

Par délibération en date du 1^{er} avril 2003, le Conseil de la concurrence a adopté le présent rapport, établi en application des dispositions de l'article 25 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, 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 mentionnées à l'article L. 464-8 du livre IV du code de commerce et les avis rendus en application des articles L. 410-2, L. 462-1, L. 462-2, L. 462-3 et du titre III du même code, ainsi que sur le fondement des articles L. 36-7 (7°) et L. 36-10 de la loi de réglementation des télécommunications.

Éditorial

A tous égards, l'année 2002 aura été importante pour le Conseil de la concurrence.

C'est en premier lieu, l'année de son quinzième anniversaire. Le succès rencontré par le colloque qu'il a organisé à cette occasion, a manifesté, avec éclat, l'intérêt que cette «jeune» institution suscite tant en France qu'à l'étranger et a témoigné de la réussite de la réforme engagée par l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 qui a, tout à la fois, libéré les prix en France et créé le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante, chargée de veiller au bon fonctionnement des marchés.

Quinze ans après, un long chemin a été parcouru. La loi sur les nouvelles régulations économiques et son décret d'application du 30 avril 2002 ont sensiblement modernisé le droit de la concurrence et développé les moyens d'action du Conseil, en introduisant notamment les procédures de transaction et de clémence. Dans le même temps, la réforme du statut administratif et budgétaire du Conseil a été menée à son terme. Elle lui a donné une pleine autonomie de gestion, laquelle non seulement correspond à son statut d'autorité administrative indépendante, mais encore lui donnera la réactivité nécessaire pour faire face aux nouveaux défis qu'il aura à affronter. Cette évolution a trouvé son prolongement naturel en ce qui concerne les relations sociales au sein du Conseil, puisque celui-ci s'est doté, au cours de l'année 2002, d'un comité technique paritaire, c'est-à-dire d'un véritable organe de dialogue social.

Ces efforts d'organisation et de modernisation paraissent avoir porté leurs fruits, puisque comme en 2001, le stock des affaires en instance a sensiblement baissé en 2002. Cette évolution, si elle se poursuit, peut laisser espérer un raccourcissement du délai de traitement des dossiers par le Conseil, et donc, un rapprochement du temps juridique et du temps économique. C'est, en tout cas, un encouragement à persévérer dans ces efforts.

Par ailleurs, 2002 a confirmé l'importance prise par les enjeux communautaires et internationaux de concurrence, avec deux événements notables auxquels le Conseil a été associé ou a participé : d'une part, l'adoption en décembre de la réforme du règlement 17 qui marque un nouveau

départ dans les relations entre les autorités nationales de concurrence et la Commission ; d'autre part, le lancement à Naples en septembre du Réseau international de la concurrence (ICN) chargé de promouvoir la convergence entre les droits nationaux et la coopération entre les autorités nationales afin d'améliorer l'efficacité de la mise en oeuvre du droit de la concurrence à l'échelle internationale.

Enfin, 2002 a apporté au Conseil son lot d'affaires particulièrement importantes ou intéressantes. Certaines fort classiques, portant sur des ententes de prix sur des marchés de produits de grande consommation ont mis en évidence, une fois de plus, la contribution au bien-être des consommateurs de la politique de la concurrence qui lutte contre les hausses artificielles de prix.

D'autres dossiers ont permis au Conseil d'aborder des problématiques nouvelles : le recours à l'argument de l'entreprise défaillante en matière de droit des concentrations, la mise en œuvre, dans le secteur de l'eau, des dispositions de l'article L. 430-9 du code de commerce qui permettent au Conseil lorsqu'il constate l'exploitation abusive d'une position dominante de demander au ministre chargé de l'économie de modifier, compléter ou résilier les accords qui ont permis la concentration de la puissance économique, la définition de la notion «*d'orientation vers les coûts*» qui apparaît de plus en plus fréquemment dans la législation et la jurisprudence, ou encore les conséquences de la position prise par la Cour de cassation en matière de prescription. Conscient de la nouveauté et de l'intérêt de ces sujets, le Conseil leur consacre des développements approfondis.

Car, c'est bien là l'objet de ce rapport annuel : faire toujours mieux connaître et comprendre les missions du Conseil, son activité, et le sens de ses décisions.

Marie-Dominique Hagelsteen

Présidente du Conseil de la concurrence

Sommaire

Rapport d'activité	7
Études thématiques	63
Analyse de la jurisprudence	101
Rapport du ministre de l'Économie sur l'exécution des décisions rendues par le Conseil de la concurrence	263

■ ■ ■ Rapport d'activité

Rapport d'activité

Titre I - Le Conseil de la concurrence	13
Chapitre I - Organisation et fonctionnement	13
Actualité du collège	13
Ressources humaines	13
Réforme du statut administratif du Conseil	13
Organisation des services	14
Budget	15
Chapitre II - Activité du Conseil en 2002	15
Flux et stock d'affaires	16
Affaires nouvelles	16
Affaires terminées	17
État du stock des affaires en instance	18
Activité du collège	20
Analyse des saisines	20
Affaires traitées	22
Résultats par secteurs économiques	23
Décisions de sanctions pécuniaires	24
Délibérations du Conseil	26
Chapitre III - Activités communautaire et internationale	26
Activité européenne	28
Règlement (CE) n° 1/2003	28
Réforme des concentrations	32
Règlement (CE) n° 1400/2002	35

Activités multilatérales	36
Coopération au sein des institutions internationales	36
Évolution des principaux thèmes fédérateurs	39
Renforcement des relations bilatérales	41

Titre II - Les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence	43

Chapitre I - Jurisprudence de la cour d'appel	43
Sur la procédure	43
Sur la compétence du Conseil	43
Sur l'établissement des procès-verbaux	44
Sur les procédés utilisés lors de l'enquête	45
Sur les opérations de visite et de saisie	45
Sur la violation du principe d'instruction à charge et à décharge	46
Sur la notification au « <i>ministre intéressé</i> »	46
Sur les observations écrites du Conseil de la concurrence	46
Sur les demandes de sursis à statuer pour complément d'information	47
Sur le fond	47
Décisions de confirmation	47
Décisions d'annulation ou de réformation	49
Sur les sanctions	50
Sur la gravité des pratiques	50
Sur le dommage à l'économie	51
Sur le rôle du maître d'ouvrage dans la concertation	51
Sur la prise en compte, des condamnations antérieures de la société absorbée	51
Sur les mesures conservatoires	51
Les conditions du prononcé d'une mesure conservatoire	51
La commercialisation des packs ADSL	52
L'affaire du GIE Sport libre	52
Sur la nature des mesures conservatoires	54
Sur l'application du droit communautaire	55

Chapitre II - Jurisprudence de la cour de cassation . . .	56
Arrêts relatifs à des mesures conservatoires	56
Arrêt du 12 février 2002	56
Arrêt du 24 septembre 2002	57
Jurisprudence relative à la procédure	58
Sur les conséquences de la décision	
du Tribunal des conflits du 18 octobre 1999	58
Sur la prescription	59
Sur le pouvoir d'évocation de la cour d'appel	59
Sur la compétence du Conseil	59
Jurisprudence relative au fond	60
Arrêt du 15 janvier 2002	60
Arrêt du 22 octobre 2002	60

Rapport d'activité

Le Conseil de la concurrence

■ Organisation et fonctionnement

Actualité du collège

Au cours de l'année écoulée, plusieurs changements sont intervenus dans la composition du Conseil de la concurrence : M^{me} Agnès Mouillard et M. Pierre Bargue, respectivement conseiller référendaire et conseiller à la Cour de cassation, ont quitté leur fonction et ont été remplacés par M^{me} Françoise Aubert, conseillère à la Cour de cassation et doyenne de la chambre commerciale et M^{me} Marie-Madeleine Renard-Payen, conseillère à la Cour de cassation. M^{me} Marie-Chantal Boutard-Labarde, professeur à l'université de Paris X a été remplacée par M^{me} Martine Behar-Touchais, professeur à l'université de Paris V. Enfin, M^{me} Élisabeth Flüry-Hérard, nommée au titre des personnalités qualifiées, est devenue membre du Conseil supérieur de l'audiovisuel et a été remplacée par M. Bruno Flichy, ancien président du Crédit du Nord.

Ressources humaines

Réforme du statut administratif du Conseil

L'année 2001 avait vu la mise en place de la seconde étape visant à consolider l'autonomie de gestion dont dispose le Conseil. Jusqu'en 2001, le chapitre 37-05 de la loi de finances ne comportait que des crédits de fonctionnement. Par ailleurs, 16 emplois du ministère étaient identifiés comme des emplois de rapporteur (alors qu'en réalité, plus de 35 rapporteurs étaient en activité au Conseil). La loi de finances pour 2002 a achevé le processus d'inscription complète des emplois du Conseil sur son chapitre

budgétaire propre : le nombre d'emplois inscrit au chapitre 37-05 est passé en deux ans de 42 à 121, progression qui traduit la simple régularisation des emplois effectivement attribués à l'institution, sans création nette de poste.

Le budget 2003 a permis de réaliser une dernière clarification : la totalité des postes de rapporteurs ont été inscrits, dans les documents budgétaires, sous l'intitulé unique d'emplois contractuels. Cette modification conduit, désormais, à recruter et employer tous les rapporteurs, qu'ils soient fonctionnaires, ou non-titulaires issus du secteur privé, sous un statut unique de contractuels permanents de l'État.

Cette situation permet de mettre en conformité les règles de gestion de ces agents avec les dispositions de l'article 3 de la loi du 11 janvier 1984 et du décret du 14 juin 1984 qui prévoient que les rapporteurs et rapporteurs généraux du Conseil de la concurrence sont des contractuels à durée indéterminée.

Seuls échappent à cette règle, les quelques agents mis à disposition du Conseil par l'administration centrale du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie (Minéfi).

L'achèvement de la mise en place de l'autonomie administrative a été l'occasion pour le Conseil de signer une convention de gestion avec la direction du personnel et de la modernisation de l'administration (DPMA) du Minéfi. Cette démarche, qui consiste à décrire précisément dans une convention les différents rôles qui, dans la gestion des personnels, incombent au Conseil et à la DPMA, est assez originale puisque le Conseil de la concurrence est la première autorité administrative indépendante à s'y engager et doit permettre d'optimiser les ressources dont il dispose.

Organisation des services

Trois nominations sont intervenues en 2002 dans l'organigramme de direction des services. M. Patrick Hubert, rapporteur général depuis 1999 a quitté ses fonctions en mai 2002 et a été remplacé en août 2002 par M. Thierry Dahan, conseiller référendaire à la Cour des comptes.

M^{me} Michèle Litvak, secrétaire générale, a été remplacée en juillet 2002 par M^{me} Marie-Hélène Mathonnière, précédemment chef du service de communication et de formation, laquelle a été remplacée à ce poste par M^{me} Virginie Guin.

Indépendamment de ces nominations individuelles, le Conseil a traduit l'ensemble des réorganisations intervenues depuis deux ans dans un nouvel organigramme qui distingue le collège, les services d'instruction et les services d'appui (administration, communication, international). Conformément aux dispositions de l'article 26 du décret du 30 avril 2002, la Présidente a officialisé, par une décision du 30 décembre 2002, cette nouvelle organisation.

Enfin, le Conseil de la concurrence s'est doté, en 2002, d'un véritable organe de dialogue social. Un décret du 7 décembre 2001 a institué un comité technique paritaire propre au Conseil de la concurrence. Des élections se

sont tenues au mois de juin 2002 et le CTP a pu se réunir à deux reprises, en octobre et décembre 2002, notamment pour examiner les réformes d'organisation de l'institution.

Budget

Les crédits de fonctionnement du Conseil sont passés de 2,5 M€ en 2001 à 2,9 M€ en 2002, soit une augmentation de 15 %. Cette augmentation exceptionnelle a été accordée pour assurer le financement du colloque international qui s'est déroulé le 13 février 2002. Il s'agissait de la première opération de cette envergure depuis la création du Conseil en 1986. Ce colloque, qui avait pour thème «*l'efficacité de la politique de la concurrence*», a réuni à Paris une centaine de délégations étrangères, ainsi que l'essentiel des organismes et des professionnels qui, en France, s'intéressent au droit de la concurrence. Les travaux du colloque ont été publiés dans la revue *La Gazette du Palais* (n°26-28 et 29-30). Il convient de souligner que la loi de finances rectificative pour 2002 a amputé le budget du Conseil de 0,25 M€ dans le cadre des mesures générales de régulation.

Les crédits de personnel se sont élevés à 5,7 M€ en 2002, soit un doublement par rapport à 2001. Cette très forte progression n'a pas grande signification, puisqu'elle ne fait que traduire la mise en place de l'autonomie de gestion budgétaire, qui conduit à transférer au Conseil des crédits auparavant gérés par la direction du personnel du Minéfi.

Au total, le budget global du Conseil s'élève à 8,6 M€. A titre d'information, on peut mettre ce chiffre en regard du montant des sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil qui s'élève en moyenne à 60 M€ par an pour les cinq dernières années, le taux de recouvrement de ces sanctions étant supérieur à 90 %.

■ Activité du Conseil en 2002

La présentation des statistiques d'activité du Conseil a été modifiée par rapport à l'année dernière, afin de distinguer plus clairement les indicateurs de flux et de stock de l'institution et les indicateurs d'activité du collège.

En effet, bien qu'ils soient étroitement liés, puisque l'activité du collège détermine largement le flux de traitement des dossiers, ces deux modes de comptage ne se recouvrent pas :

- toutes les affaires ne sont pas terminées par une décision du collège, certaines étant classées par la présidente lorsqu'elle prend acte d'un désistement ;
- certaines délibérations du Conseil ne conduisent pas à terminer une affaire, c'est le cas des sursis à statuer. C'est aussi le cas, depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, dite loi NRE, des décisions ouvrant une procédure de clémence, en application de l'article L. 464-2 du code de commerce ;

- certaines décisions du Conseil terminent plusieurs affaires, c'est le cas lorsque le collège rejette, dans une même décision, une saisine au fond et la demande de mesures conservatoires qui l'accompagne ; c'est aussi le cas lorsque le Conseil examine des affaires jointes : une même décision peut ainsi clore entre deux et une demi-douzaine de saisines, voire plus.

Il est, dès lors, nécessaire de tenir une comptabilité précise des affaires terminées, indépendamment de la comptabilité des délibérations du collège.

Cette séparation doit permettre de vérifier chaque année, pour les saisines, la relation :

affaires nouvelles – affaires terminées = variation du stock

Flux et stock d'affaires

Affaires nouvelles

En 2002, le Conseil a enregistré 108 affaires nouvelles, dont 82 saisines contentieuses et 26 demandes d'avis. Ce chiffre marque une baisse sensible, par rapport aux années précédentes, comme on peut le voir dans le tableau suivant qui retrace l'évolution du nombre des saisines contentieuses et demandes d'avis depuis 1993.

Tableau 1 : Saisines nouvelles

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Saisines contentieuses	103	114	130	115	93	135	109	109	102	82
Demandes d'avis	23	27	19	27	27	29	27	35	25	26
Total	126	141	149	142	120	164	136	144	127	108

Comme en 2001, on observe surtout une forte diminution des saisines contentieuses, qui se situent à un niveau historiquement bas, puisqu'il faut remonter aux premières années de fonctionnement du Conseil (1987-1990) pour retrouver des chiffres comparables. En revanche, les demandes d'avis restent dans la moyenne des dix dernières années.

Une analyse de longue période montre que le niveau très élevé des saisines contentieuses entre 1994 et 1999 (en moyenne 123 par an sur une période de 6 ans) résulte pour partie de l'inflation des saisines ministérielles et a constitué un phénomène transitoire qui explique très largement l'état actuel du stock des affaires en instance. Entre 1987 et 1993, la moyenne était de 105 par an, et sur les trois années 2000-2002, la moyenne annuelle est revenue à 97.

Affaires terminées

En 2002, 154 dossiers ont été terminés, soit un nombre assez proche de celui de 2001 et sensiblement plus élevé que celui connu entre 1998 et 2000.

Tableau 2 : Affaires terminées

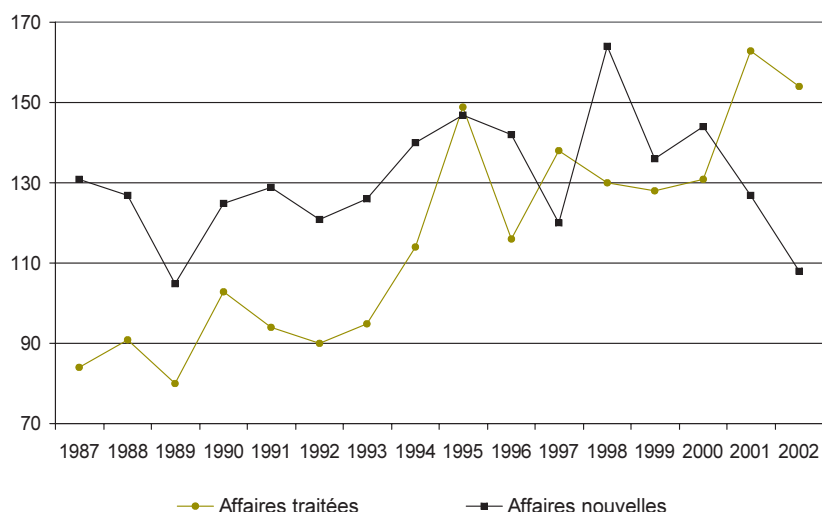
	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Saisines contentieuses	76	83	130	98	111	108	106	96	138	130
Demandes d'avis	19	31	19	18	27	22	22	35	25	24
Total	95	114	149	116	138	130	128	131	163	154

Le nombre important d'affaires terminées en 2002, bien qu'inférieur à celui, il est vrai exceptionnel de 2001, est sensiblement au-dessus de la moyenne des dix dernières années, qui se situe autour de 133.

Il est d'autant plus notable, qu'il a été obtenu essentiellement grâce à un nombre important de décisions sur les affaires contentieuses, alors que le nombre d'avis rendus se situe plutôt dans la moyenne observée depuis 10 ans.

Sur longue période, comme le montre le graphique ci-après, on observe les progrès de productivité du Conseil depuis 10 ans : le nombre d'affaires traitées, inférieur à 100 jusqu'au début des années 90, s'est stabilisé autour de 130 jusqu'en 2000, puis est devenu supérieur à 150 ces deux dernières années. Cette évolution traduit aussi l'augmentation des moyens, qui ont été obtenus progressivement pendant ces périodes.

Cet effort permet au Conseil de bénéficier à plein du retournement de tendance sur l'inflation des saisines après les niveaux très élevés connus à partir de 1994.



État du stock des affaires en instance

Comme en 2001, le nombre d'affaires terminées a donc été sensiblement plus élevé que celui des affaires nouvelles, ce qui a entraîné une nouvelle baisse du stock.

Tableau 3 : Évolution du stock

	Nombre d'affaires en cours au 31/12/2001	2002		Nombre d'affaires en cours au 31/12/2002
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Saisines au fond	348	58	102	304
Mesures conservatoires	8	24	27	5
Respect d'injonction	4	0	1	3
Avis	21	26	24	23
Total	381	108	154	335

La base de calcul de cet indicateur de stock correspond à l'année 1993, dernière année où l'état du stock au 31 décembre a pu être vérifié par comptage manuel (tableau 4).

Tableau 4

	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002
Stock au 1er janvier	249	280	307	307	333	315	377	404	417	381
Affaires nouvelles	126	141	149	142	120	192	155	144	127	108
Affaires terminées	95	114	149	116	138	130	128	131	163	154
Variation du stock	+ 31	+ 27	0	+ 26	- 18	+ 62	+ 27	+ 13	- 36	- 46
Stock au 31 décembre	280	307	307	333	315	377	404	417	381	335

Cette reconstitution, encore incomplète, d'une série longue pour cet indicateur de stock, permet de mettre en évidence une inflexion très nette de la situation depuis l'année 2000.

Alors que le Conseil avait connu, à la fin des années 1990, une situation très défavorable avec un nombre de saisines qui excédait largement ses capacités de traitement des dossiers, ce qui avait entraîné une augmentation de + 33 % du stock des affaires en instance entre fin 1997 et fin 2000, les deux derniers exercices, 2001 et 2002, ont été marqués par une décrue du stock.

La situation est toutefois très contrastée suivant le type de dossier. Pour les saisines au fond, le stock représente environ trois ans d'activité, alors que pour les demandes d'avis, le stock ne représente qu'une année d'activité.

Les mesures conservatoires constituent une catégorie à part, puisque le Conseil respecte un délai moyen de traitement de deux mois, si bien qu'il n'y a pas vraiment de stock mais un simple décalage entre flux d'entrée et

flux de sortie arrêté au 31 décembre. Ce décalage est de quelques unités et n'évolue quasiment pas d'une année à l'autre.

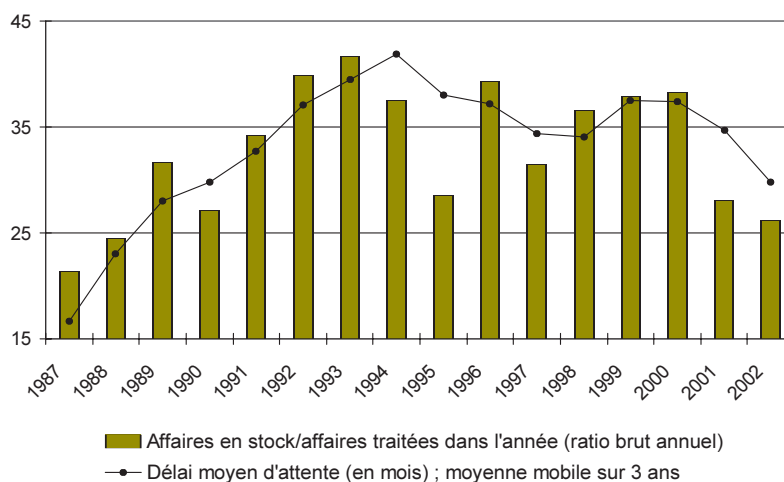
Indicateur d'évolution du stock

Un moyen classique de mesurer l'encombrement d'une juridiction ou d'une autorité administrative indépendante est de calculer le ratio «*affaires en stock/affaires traitées dans l'année*» qui donne un délai théorique d'écoulement du stock ou délai théorique d'attente pour les nouveaux dossiers. Il s'agit d'un indicateur «*prospectif*» et non d'un indicateur de délai réellement constaté pour les affaires passées. Lorsqu'il se dégrade, il est un signal d'alerte pour une dégradation future des délais. Lorsqu'il s'améliore, il peut annoncer un raccourcissement du délai de traitement des dossiers.

Cet indicateur brut est toutefois très sensible aux variations annuelles d'activité et peut amplifier artificiellement des tendances passagères. Pour donner une indication plus fiable sur l'évolution du délai d'attente attendu, on peut lisser les écarts annuels par un calcul de type «*moyenne mobile*», dans lequel la productivité du Conseil (nombre d'affaires terminées dans l'année) est prise en moyenne mobile sur 3 ans.

Le graphique ci-après présente l'évolution sur longue période de ces deux indicateurs exprimés en mois.

On note que l'évolution est favorable depuis 2000, même si le délai moyen d'attente de 30 mois reste élevé. Ce délai prévisionnel retrouve néanmoins le niveau de 1990, effaçant enfin la période de grave dégradation du stock connue au début des années 90.



La diminution du stock qui est constatée depuis deux ans ne doit pas cacher la situation préoccupante des dossiers contentieux de fond. Certes, les sorties, dans cette catégorie, ont été nettement supérieures aux entrées

(102 contre 56), mais elles bénéficient de la clôture d'un certain nombre d'affaires regroupant des saisines multiples et de plusieurs décisions de non-lieu sur des affaires prescrites.

Le bon résultat des deux derniers exercices est donc fragile et doit être consolidé par la poursuite résolue du déstockage dans les prochaines années.

Inversement, ce délai d'attente global ne rend pas compte des délais réels respectés par le Conseil pour les demandes de mesures conservatoires qui sont, en général, examinées dans un délai de deux mois.

Le Conseil prépare la publication d'autres indicateurs de résultats, qui donneront un tableau plus précis des évolutions pluriannuelles des durées de traitement des dossiers, pour chaque catégorie de saisine.

Activité du collège

L'ensemble des statistiques de cette seconde partie porte sur l'analyse qualitative des saisines et des décisions du collège. S'agissant de l'activité proprement dite, la base de référence est constituée par les décisions elles-mêmes, sans considération du nombre de saisines terminées à l'occasion du prononcé de ces décisions.

Analyse des saisines

Nature des saisines contentieuses

Le tableau suivant présente le nombre et l'origine des saisines contentieuses de fond du Conseil depuis cinq ans :

Tableau 5 : Origine des saisines

	1998	1999	2000	2001	2002
Ministre chargé de l'économie	30	24	20	16	11
Entreprises	61	44	43	41	34
Organisations professionnelles	11	11	11	3	4
Associations de consommateurs	1	1	3	5	4
Collectivités territoriales	1	1	4	2	0
Autres (y compris saisines de particuliers, irrecevables)	2	2	7	8	0
Saisines d'office	3	7	5	6	5
Respect d'injonction	0	0	0	4	0
Total	109	90	93	85	58

Le nombre de saisines contentieuses, qui s'était érodé sur la période 1999 et 2001, connaît une forte chute en 2002, qu'il faut toutefois nuancer au regard de la disparition des saisines de particuliers (- 8) qui ne constituaient pas une part normale de l'activité du Conseil, puisqu'elles aboutissaient, par nature, à des décisions d'irrecevabilité, le saisissant n'ayant pas qualité pour agir.

Hors cette correction, qui constitue plutôt une amélioration, on constate que le nombre des saisines ministérielles baisse de nouveau très sensiblement en 2002, alors que les saisines des entreprises continuent de s'éroder. Ainsi, alors que l'on comptait, au milieu des années 1990, deux saisines d'entreprises pour une saisine ministérielle, la proportion a été, en 2002, de trois saisines d'entreprises pour une saisine ministérielle.

Demandes de mesures conservatoires

Tableau 6

	1998	1999	2000	2001	2002
Demandes de mesures conservatoires	28	21	23	17	24

Ces demandes sont relativement stables sur longue période et ont été, en 2002, présentées principalement par des entreprises.

Demandes d'avis

26 demandes d'avis ont été adressées au Conseil :

- six sur le fondement de l'article L. 462-2 du code de commerce, qui prévoit que le Conseil est obligatoirement consulté sur les projets de textes restreignant la concurrence.
- quinze sur le fondement des dispositions de l'article L. 462-1 du code de commerce, qui prévoit que le Conseil peut être consulté sur toute question de concurrence par le Gouvernement, les commissions parlementaires, les collectivités territoriales, les organisations professionnelles, syndicales, de consommateurs. Parmi ces demandes, trois émanaient du ministre chargé de l'économie.
- trois sur le fondement de l'article L. 430-5 du code de commerce qui prévoit que le ministre chargé de l'économie consulte le Conseil, s'il estime qu'une opération de concentration est de nature à porter atteinte à la concurrence.
- deux demandes ont été adressées au Conseil par des personnes ou organismes n'ayant pas qualité pour le faire et ont été jugées irrecevables.

Affaires traitées

Catégories de décisions

Le nombre total de décisions rendues en 2002 s'est élevé à 107.

Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre des décisions contentieuses depuis 1998, avec leur répartition par catégories :

Tableau 7

	1998	1999	2000	2001	2002
Affaires instruites au fond :	60	49	53	56	47
- décisions de sanctions (pécuniaires et autres)	34	27	36	30	13
- décisions prononçant un non-lieu	26	22	17	26	34
Mesures conservatoires	17	12	18	8	9
Décisions d'irrecevabilité et de rejet	7	25	19	23	28
Décisions de classement/désistement	21	17	15	20	10
Sursis à statuer	3	6	7	10	6
Autres					7
Total	108	109	112	117	107

Globalement, sur une période de cinq ans, le nombre de décisions est en légère baisse, mais reste supérieur à la centaine. La baisse de 2002 par rapport à 2001 s'explique principalement par une forte diminution des décisions de classement prenant acte des désistements des plaignants, sur lesquels le Conseil n'a pas de prise.

Elle provient également d'une baisse du nombre des décisions de fond, notamment des décisions de sanction. On note toutefois que la baisse du nombre des sanctions pécuniaires infligées n'a pas eu d'influence sur leur montant global, qui est en augmentation de + 25 % par rapport à 2001 (cf. *infra*).

En sens contraire, on remarque un nouvel accroissement des décisions de rejet et d'irrecevabilité. Cette évolution est probablement la conséquence d'une politique de détection précoce et de traitement plus systématique de ce type de dossiers par les services d'instruction depuis 1999. Il n'est pas certain que ce phénomène se prolonge, dès lors que les saisines de particuliers, source importante de décisions d'irrecevabilité, se tarissent.

La comptabilisation des décisions relatives aux demandes de mesures conservatoires est assez complexe et mérite d'être explicitée.

Lorsqu'une saisine au fond, accompagnée d'une demande de mesures conservatoires, est déclarée irrecevable, la même décision prononce à la fois l'irrecevabilité de la saisine au fond et le rejet de la demande de mesures

conservatoires. Cette décision est comptabilisée dans la rubrique «*décisions d'irrecevabilité et de rejet*» (tableau 7). En 2002, dix demandes de mesures conservatoires ont été rejetées en même temps que la saisine au fond.

En revanche, lorsque la demande de mesures conservatoires est examinée, et quel que soit le sens de la décision (injonction ou rejet), elle donne lieu à une décision intitulée «*MC*» comptabilisée dans la rubrique «*mesures conservatoires*». En 2002, des mesures conservatoires ont été accordées à trois reprises, six autres ont été rejetées.

Avis

Le Conseil a rendu quinze avis en 2002 qui se répartissent de la manière suivante : quatre portent sur des questions de concentration (article L. 430-5), quatre sur des questions générales de concurrence (L. 462-1), quatre ont trait à des projets de textes législatifs ou réglementaires (L. 462-2 et L.410-2). Deux avis ont été rendus à la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications et un à la demande de la Commission de Régulation de l'Electricité. Toutes les demandes d'avis ne conduisent pas le Conseil à rendre un avis et celui-ci a rendu, comme les années précédentes, plusieurs décisions prononçant l'irrecevabilité de demandes d'avis au motif que les personnes ou organismes saisissants n'avaient pas qualité pour saisir le Conseil.

Résultats par secteurs économiques

Comme l'année précédente, l'index des décisions et avis du Conseil par secteurs d'activité a été confectionné à partir de la nomenclature NAF de l'Insee et figure dans le tome des annexes. Cette méthode permet de regrouper plus facilement et de repérer d'une façon plus scientifique les secteurs économiques dans lesquels le Conseil est intervenu au cours de l'année.

Il s'agit d'une présentation purement quantitative qui ne préjuge pas de l'importance des décisions ou des avis en terme d'apport jurisprudentiel ou de montant des sanctions.

Ainsi, les secteurs économiques dans lesquels le Conseil est intervenu, à la fois au titre de son activité contentieuse et de son activité consultative, se répartissent de la façon suivante, dans un ordre décroissant. Seuls les secteurs dans lesquels le Conseil est intervenu au moins trois fois ont été retenus.

Tableau 8

Secteurs économiques	Nombre de décisions et avis
Postes et télécommunications	14
Construction	11
Transports terrestres	8
Commerce de gros et intermédiaires de commerce	7
Activités récréatives, culturelles et sportives	6
Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur	5
Services fournis principalement aux entreprises	5
Commerce de détail et réparation d'articles domestiques	5
Santé et action sociale	4
Édition, imprimerie, reproduction	3
Industrie chimique	3
Captage, traitement et distribution d'eau	3

Décisions de sanctions pécuniaires

Montant des sanctions

Le Conseil prononce deux catégories de sanctions : les sanctions pécuniaires et les injonctions/publications des décisions. En 2002, douze décisions ont donné lieu à des sanctions pécuniaires, pour un montant total de 64 838 757 €.

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

Tableau 9

	1998	1999	2000	2001	2002
Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires	32	13	28	30	12
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	76	58	67	116	103
Montant des sanctions	13,73 M€	9,26 M€	14,64 M€ ¹ 189 M€ ²	51,15 M€	64,32 M€
Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées	14	8	4	3	8
Montant des sanctions	0,48 M€	0,1 M€	0,06 M€	0,03 M€	0,5 M€
Montant total des sanctions	14,2 M€	9,36 M€	189,1 M€	51,2 M€	64,8 M€

¹ Sans compter le montant des sanctions prononcées par la décision 00-D-28 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier.

² Avec les sanctions prononcées par la décision 00-D-28 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du crédit immobilier.

L'année 2002 se caractérise par une concentration des décisions de sanctions, puisqu'un nombre faible de décisions, 12 seulement, a conduit à sanctionner 103 entreprises et 8 organisations professionnelles, soit un nombre équivalent à celui de 2001, obtenu avec trois fois plus de décisions.

Le montant global des sanctions pécuniaires est également en augmentation de 25 % par rapport à 2001 et atteint un niveau historiquement élevé si l'on fait abstraction de l'affaires des banques en 2000.

L'évolution du montant moyen des sanctions pour les entreprises traduit aussi la même tendance (ratio montant des sanctions infligées aux entreprises sur le nombre d'entreprises sanctionnées). Ces appréciations devront être nuancées, dans un commentaire futur, au vu des arrêts que rendra la cour d'appel sur les décisions dont elle a été saisie.

Tableau 10

	1998	1999	2000	2001	2002
Taux moyen (en M€)	0,18	0,16	0,22 (hors banque) 2,82 (avec banque)	0,44	0,62

Le ministre de l'économie, est chargé du recouvrement des sanctions et de la surveillance du respect des injonctions décidées par le Conseil. Le niveau de recouvrement des sanctions prononcées est très satisfaisant (voir le rapport du ministre au Conseil, quatrième partie).

Pratiques sanctionnées

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par le Conseil en 2002, en fonction d'une typologie communément admise pour les ententes : soumissions concertées, obstacles à l'accès au marché, répartition de marché, ententes de prix. À la différence des ententes, le nombre de dossiers d'abus de position dominante (deux) ne permet pas de procéder à une ventilation.

Il est précisé que le nombre de pratiques ne correspond pas au nombre de décisions, une même décision pouvant sanctionner plusieurs catégories de pratiques.

Tableau 11

Catégories	Nombre de pratiques
Abus de position dominante	2
Ententes	21
- soumissions concertées	3
- obstacle à l'accès au marché	3
- répartition de marché	3
- ententes de prix	12
- restrictions verticales	0

Délibérations du Conseil

L'activité globale du Conseil est restée de l'ordre de la centaine de séances en 2002, soit un chiffre très satisfaisant sur longue période qui confirme le haut niveau d'activité de 2000 et 2001. Le tableau suivant retrace le nombre des séances tenues par le Conseil dans ses différentes formations depuis les cinq dernières années.

Tableau 12

	1998	1999	2000	2001	2002
Séances	89	83	109	106	100

En 2002, la répartition des séances entre les différentes formations s'est faite de la façon suivante : soixante réunions en sections et quarante en commission permanente.

■ Activités communautaire et internationale

26

Tant au plan de l'Union européenne qu'au plan international, une réalité s'impose : de nouvelles modalités de travail s'imposent aux autorités nationales de la concurrence pour faire face aux défis posés par l'internationalisation des marchés nationaux.

Cette internationalisation résulte de plusieurs facteurs. Dans l'Union européenne, le programme d'unification du marché, mis en œuvre dans le courant des années 1990, a contribué à développer les échanges commerciaux entre les pays membres. Même si l'on ne peut parler de marché unique dans tous les secteurs d'activité, la marche vers l'intégration des économies des pays membres de l'Union européenne est spectaculaire. Au plan international, plusieurs facteurs ont, dans les années récentes, contribué à une plus grande intégration des économies nationales. Les cycles successifs de négociations commerciales au plan multilatéral (d'abord dans le cadre du GATT puis dans celui de l'OMC), le vaste mouvement de dérégulation des économies nationales, l'ouverture à la concurrence de secteurs comme les télécommunications, l'énergie, le transport et, enfin la convergence des technologies dans le domaine de la société de l'information ont contribué à rendre plus poreuses les frontières nationales.

L'élargissement géographique des marchés pertinents pose problème pour les autorités de concurrence dont les pouvoirs restent géographiquement limités et qui ont, par voie de conséquence, des difficultés pour traiter des pratiques ou transactions transnationales. Dans les années récentes, un très grand nombre d'initiatives ont visé à trouver des solutions à ce problème.

Au plan européen, l'existence d'un droit supranational se superposant aux droits nationaux des membres de l'Union mis en œuvre par la Commission, lui permet d'exercer un contrôle sur les pratiques et les transactions anti-

concurrentielles transnationales. La solution supranationale n'est cependant pas facilement généralisable au reste du monde car elle suppose une intégration des économies très profonde. Une telle intégration, si elle est possible entre des pays dont les tailles et les puissances économiques sont relativement comparables, serait très difficile à réaliser entre des pays ayant des stades de développement très différents les uns des autres.

Renforcer l'efficacité globale du droit communautaire de la concurrence, tout en permettant à la Commission de concentrer ses moyens sur les seules affaires d'une importance particulière, sont les préoccupations qui sont au cœur du débat qui s'est ouvert sur la modernisation du droit communautaire de la concurrence avec la réforme du règlement 17. Mais la décentralisation de l'application du droit communautaire, souhaitable à bien des égards, suppose la mise en œuvre de moyens de coopération entre les autorités nationales, d'une part, et de moyens de coopération entre ces autorités et la Commission, d'autre part. Cette coopération doit être organisée dans le cadre d'un réseau dont les principes de fonctionnement seront définis dans le courant de 2003.

Au plan international, la solution supranationale ne peut être envisagée, mais la convergence entre les droits nationaux est utile pour assurer la cohérence des décisions d'un pays à l'autre. Une partie très importante de l'activité internationale de ces dernières années et de l'année 2002 a eu pour objet de favoriser la convergence des droits nationaux.

La réflexion des autorités de Bruxelles sur la révision du règlement communautaire concernant le contrôle de la concentration et la mise en œuvre de ce contrôle est clairement influencée par les controverses auxquelles certaines affaires transnationales ont donné lieu dans les années récentes et qui ont opposé la Commission aux autorités américaines de concurrence, ainsi que par le souci de rendre le droit européen plus pertinent. A cet égard, au-delà des textes, la création d'un groupe de travail entre la Commission et les autorités antitrust des États-Unis est à l'évidence de nature à favoriser la convergence des analyses entre les autorités américaines et européennes.

Mais le souci de convergence des droits nationaux s'exprime également dans d'autres enceintes. Pour une large part, c'est l'une des activités importantes du Comité de la concurrence de l'OCDE. De nombreuses recommandations aux autorités de la concurrence, mais également des rapports ou des compte-rendus de table-rondes sur des sujets précis de droit de la concurrence sont les moyens par lesquels cette institution essaie de définir des bonnes pratiques dans le domaine de la conception et de la mise en œuvre du droit de la concurrence. L'exemple le plus frappant, dans les années récentes, d'une telle convergence facilitée par les débats de l'OCDE a été l'adoption, par nombre de pays européens, de mesures de «*clémence*», pour les auteurs de pratiques collectives anticoncurrentielles qui dénoncent leurs propres pratiques et s'engagent à y renoncer. De telles mesures ont été initialement adoptées aux États-Unis et, leur efficacité étant démontrée, promptement adoptées dans d'autres pays.

C'est aussi la promotion de la convergence entre les droits nationaux, principalement dans le domaine du contrôle de la concentration, que vise

l'International Competition Network (ICN), nouvellement créé, en émettant des principes et des recommandations qui, s'ils n'engagent pas les États souverains, reflètent le consensus des praticiens que sont les autorités de concurrence.

Enfin, la CNUCED joue également un rôle particulièrement important, depuis de très nombreuses années, dans le dialogue Nord-Sud pour faire en sorte que la prolifération des droits nationaux de la concurrence se fasse, sinon de façon coordonnée, du moins avec le plus haut degré possible de cohérence, tout en préservant la diversité des situations nationales. A cet égard, l'ensemble de principes et de règles préconisés par les Nations Unies pour la répression des pratiques anticoncurrentielles (élaboré au sein de la CNUCED en 1980) a véritablement été le premier instrument de convergence des droits de la concurrence au plan mondial. Depuis le début de 2002, la CNUCED est en train d'actualiser ces règles.

Même si tous les pays avaient des droits identiques (ce qui n'est pas le cas et ne le sera pas dans un avenir proche, car la convergence des droits entre pays très différents les uns des autres juridiquement, économiquement et socialement, ne peut être totale), il serait nécessaire que les autorités de concurrence s'entraident pour pouvoir, dans les faits, appliquer leur droit national aux pratiques ou transactions transnationales. Ainsi des protocoles de coopération entre autorités nationales sont-ils élaborés au niveau bilatéral, mais aussi au plan régional (par exemple entre les pays du CARICOM dans les Caraïbes, entre les pays andins, entre les pays du MERCOSUR ou ceux de COMESA en Afrique). Une réflexion approfondie est engagée depuis plusieurs années au sein de l'Organisation mondiale du commerce pour savoir si un cadre de coopération multilatéral, complémentaire des accords bilatéraux ou régionaux, devrait être négocié au sein du cycle de négociation de Doha. Pendant l'année 2002, cette réflexion a surtout porté sur les éléments qui pourraient faire partie d'un tel accord. Les ministres du commerce des pays membres de l'OMC doivent décider, lors de la conférence ministérielle de Cancun en septembre 2003, s'il y a lieu d'ouvrir des négociations sur ce sujet.

L'activité européenne et internationale pour 2002 a donc été particulièrement riche.

Activité européenne

Règlement (CE) n° 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en oeuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité de Rome

Par l'adoption de ce règlement, applicable au 1^{er} mai 2004, qui se substitue à l'ancien règlement 17/62, la Commission a engagé une opération de modernisation du droit de la concurrence en Europe.

Grands principes

● Passage d'un régime d'autorisation à un régime d'exception légale et décentralisation de l'application du droit communautaire

Le règlement fait passer les accords entre entreprises d'un régime d'autorisation préalable (dont la logique veut que les accords soient nuls tant qu'ils n'ont pas été autorisés) à un régime d'exception légale (qui veut que les accords remplissant les conditions légales sont présumés valides dès le début ; le contrôle ne s'exerce qu'*a posteriori* lorsqu'une exception d'illégalité est soulevée par une partie contre cet accord ; c'est le système en vigueur en France pour l'application du droit national des ententes). En vertu de l'article 3 du nouveau règlement, les accords qui ne sont pas contraires à l'article 81§1 ou qui remplissent les conditions mentionnées à l'article 81§3, sont automatiquement réputés licites, et les accords qui sont contraires à l'article 81§1 ou ne remplissent pas les conditions de l'article 81§3 sont réputés illicites.

Cette réforme implique la suppression du système de notification, préalable et obligatoire, et d'autorisation prévu par le règlement 17 et renforce la responsabilité des autorités nationales de concurrence et des juridictions nationales en ce qui concerne l'application des articles 81 et 82. Désormais, non seulement l'article 81§1 et l'article 82 sont d'application directe, mais aussi l'article 81§3. Les autorités nationales de concurrence et les juridictions pourront désormais appliquer les dispositions du paragraphe 3 de l'article 81, aux termes desquelles les ententes qui contribuent au progrès économique peuvent être exemptées, alors que la Commission était jusqu'à la seule habilitée à appliquer cette disposition (compétence exclusive aussi appelée «*monopole de l'exemption*»).

Les entreprises devront elles-mêmes apprécier si leurs accords sont ou non anticoncurrentiels. Elle ne pourront plus se prévaloir d'une autorisation, créatrice de droits. La Commission garde cependant le pouvoir d'adopter d'office des décisions déclaratoires constatant que les prohibitions des articles 81 ou 82 ne s'appliquent pas «*lorsque l'intérêt public communautaire l'exige*», afin d'assurer une application uniforme de la loi au regard de nouveaux types d'accords non encore évalués par la jurisprudence (article 10, considérant 13). Mais les entreprises ne peuvent demander ces décisions déclaratoires, qui ne sont, de toute façon, pas créatrices de droits.

● Compétence parallèle des autorités nationales de concurrence et de la Commission pour appliquer le droit communautaire de l'antitrust

Dans ce système de compétence parallèle, les plaignants auront le choix entre plusieurs guichets pour faire appliquer le droit de la concurrence communautaire : la Commission et les autorités nationales. Une communication devrait être rédigée à leur intention pour qu'ils sachent, en cas de pratiques affectant la concurrence dans d'autres États-membres, à quelles autorités de concurrence s'adresser pour que leur plainte soit traitée au mieux.

Les autorités nationales doivent appliquer cumulativement leur droit national et le droit communautaire à des pratiques relevant des articles 81 et 82 du traité (article 3.1), sous certaines réserves, tenant à la primauté du droit

communautaire (article 3.2) : l'application simultanée du droit national et du droit communautaire doit donner des solutions homogènes et concordantes. L'autorité nationale de compétence ne pourra rendre, sur la base de son droit national, une décision contraire à la solution retenue en droit communautaire, sauf la possibilité d'être plus sévère que le droit communautaire en matière de comportements unilatéraux (abus, pratiques restrictives).

Fonctionnement du réseau

● Réseau des autorités de concurrence

L'article 11 du nouveau règlement dispose que la Commission et les autorités des États-membres appliquent les règles de concurrence en étroite collaboration. Pour assurer la bonne cohérence du nouveau dispositif, les autorités nationales constituent un réseau avec la Commission, dont les modalités de fonctionnement seront déterminées en accord avec les États-membres, selon le considérant 14. Ce réseau a été baptisé «*European Competition Network*» (ou «*ECN*»).

Beaucoup de points laissés en suspens par le règlement vont être réglés par des communications adoptées en concertation avec les autorités de concurrence, puis soumises à consultation des États-membres en comités consultatifs. La première communication, dont l'examen a commencé en 2002, porte sur la coopération au sein du réseau. Elle constitue le premier texte du «*paquet modernisation*» qui doit accompagner la mise en œuvre du nouveau règlement 1/2003 et qui comprend sept projets, dont un règlement d'application du règlement 1/2003 et cinq autres communications portant sur la coopération avec les juridictions, l'application des critères d'exemption de l'article 81§3, la notion d'affectation des échanges intracommunautaires, les avis aux entreprises et le traitement des plaintes.

Les différents points, qui devront être réglés pour l'application du règlement 1/2003, concernent essentiellement l'attribution des cas, la cohérence dans l'application des règles de concurrence et le fonctionnement du comité consultatif.

● Information réciproque sur l'ouverture des procédures communautaires

Les autorités nationales de concurrence et la Commission doivent s'informer réciproquement sur le réseau, de l'ouverture des procédures sur le fondement des articles 81 et 82 du traité, ainsi que du traitement réservé aux cas concernés. Les règles concernant l'information mutuelle de la Commission et des autorités nationales de concurrence sont les seules obligations de fonctionnement du réseau, les autres règles reposant sur la bonne volonté des autorités nationales.

● Allocation des cas

La même pratique peut être pendante devant plusieurs autorités de concurrence, que celles-ci se soient saisies d'office, aient été saisies par des

plaignants différents ou les mêmes plaignants. Le règlement semble attribuer une compétence universelle à toutes les autorités nationales et à la Commission, pour appliquer le droit communautaire *antitrust*. La communication en cours de discussion vise à établir des critères pour déterminer l'autorité de concurrence «*la mieux placée pour traiter l'affaire*», la volonté de la Commission étant de privilégier le guichet unique, mais en tenant compte de l'efficacité des poursuites menées par chaque autorité nationale, l'antériorité de la saisine étant un élément naturellement pris en compte.

● Pouvoirs d'évocation de la Commission

En vertu de l'alinéa 6 de l'article 11 du règlement, l'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision, prive les autorités de concurrence de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82.

Conformément à l'article 35 du règlement, cet alinéa ne s'applique qu'aux autorités de concurrence (désignées par l'État) qui prennent les décisions de l'article 5 du règlement, à savoir des décisions d'injonction, de mesures provisoires, de transaction et de sanctions.

● Conséquences des règlements de compétence

Lorsque plusieurs autorités de concurrence sont saisies d'une même affaire (sur plainte ou sur saisine d'office), «*le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres un motif suffisant pour suspendre leur procédure ou rejeter la plainte*» (article 13§1). La Commission peut faire de même si elle est saisie parallèlement. Si l'affaire a déjà été traitée par une autre autorité de concurrence, l'autorité la dernière saisie peut rejeter la plainte sur cette base. La recommandation (§24) limite l'application de cet article aux cas dans lesquels la même pratique, concernant les mêmes parties et le même marché, est pendante devant plusieurs autorités. La partie plaignante ou l'entreprise en cause n'a aucun rôle dans ces procédures de dessaisissement ; les renvois peuvent être effectués sans leur accord et ils sont démunis de voies de recours contre ces décisions des autorités de concurrence. Le règlement ne traite par ailleurs pas des conflits de compétence, positifs ou négatifs.

Comités consultatifs

Le Comité consultatif donne son avis sur l'avant-projet de décision de la Commission, au cours d'une réunion à laquelle sont convoquées les autorités de concurrence des États-membres. Cet avis peut être motivé, à la demande d'un ou plusieurs États-membres. Il est joint au projet de décision. Si le comité consultatif recommande sa publication, la Commission le publie. Dans tous les cas, la Commission «*tient le plus grand compte de l'avis émis par le comité consultatif*» et informe le comité de la façon dont elle l'a pris en compte.

Cette disposition, indispensable pour donner un dynamisme au fonctionnement du réseau, est importante. Les comités consultatifs peuvent aussi servir de forum de discussion :

- à la demande d'un État-membre à propos d'une affaire pour laquelle la Commission entend faire valoir son pouvoir d'évocation ;
- à la demande d'un État, ou d'office par la Commission, sur des affaires traitées par l'autorité de concurrence d'un État-membre (information préalable de l'autorité de l'État concerné) ;
- le comité peut aussi discuter de questions générales du droit communautaire, mais à la seule initiative de la Commission, semble-t-il.

Observations et consultations

Les autorités nationales de concurrence (et la Commission) peuvent présenter des observations écrites devant les juridictions saisies sur la base des articles 81 ou 82 ; elles peuvent également formuler des observations orales avec la permission des juridictions en question (article 15 du règlement). Les autorités nationales peuvent consulter la Commission sur tous les cas impliquant l'application du droit communautaire (article 11§5).

Par ailleurs, les pouvoirs d'enquête de la Commission sont considérablement renforcés, avec notamment l'instauration d'un pouvoir d'inspection au domicile des chefs d'entreprise concernés.

Groupes de travail

Lors de la réunion constitutive du groupe de travail ECN, le 29 octobre 2002, la création de quatre sous-groupes de travail a été décidée. Ces sous-groupes ont pour objet de discuter et clarifier certains points demeurant encore à détailler dans la version finale de la communication et auront en outre à concevoir les modalités concrètes de fonctionnement de la coopération au sein du réseau ECN.

- la DGCCRF co-préside le sous-groupe «*enquêtes communes*» ;
- le Conseil de la concurrence participe au sous-groupe «*attribution des cas*» ;
- le Conseil et la DGCCRF participent conjointement au sous-groupe «*clémence*».

L'association des autorités européennes de concurrence (ECA)

Parallèlement aux travaux menés avec la Commission pour la mise en place de ce réseau, les autorités européennes de concurrence se sont constituées en association (ECA) à laquelle participe également la Commission. Au cours de l'année 2001, cette association s'est réunie à deux reprises, à Athènes et à Stockholm. Au cours de ces réunions, ont été notamment évoqués les problèmes communs rencontrés par les autorités, les possibilités d'échanges et de formation pour les cadres de ces organismes, ou encore des sujets d'étude d'intérêt commun. Un groupe de travail a été constitué qui a étudié, en 2002, la problématique du transport aérien du point de vue du droit de la concurrence.

Réforme des concentrations

La DG COMP a procédé à une vaste consultation sur le Livre vert sur la révision du Règlement 4064/89 du Conseil, adopté le 11 décembre 2001.

Le 11 décembre 2002, le collège des commissaires a adopté la proposition de règlement relatif au contrôle des concentrations entre entreprises.

Par ailleurs, un projet de communication de la Commission sur l'appréciation des concentrations horizontales au regard du règlement du Conseil sur le contrôle des concentrations et un code des bonnes pratiques sur la conduite des enquêtes sont en ligne jusqu'à la fin mars et ouvertes aux observations des États.

Projet de règlement

● Test de dominance

Le test actuel prévu à l'article 2 du règlement concerne la création ou le renforcement de la position dominante.

La plupart des experts s'accordent à reconnaître que le test de création ou de renforcement de la position dominante ne recouvre pas les situations d'oligopoles non collusifs. Dans l'arrêt *Airtours*, le TPI a, en effet, limité l'application du test de dominance aux oligopoles collusifs, par le biais de la notion de position dominante collective. Cette notion ne recouvre pas le cas où la coopération, collusion ou coordination entre entreprises, ne résulte pas de contacts explicites ni d'accords établis, mais est le fait de comportements unilatéraux individuels, dictés par la structure du marché et ses caractéristiques. Dans le cas des oligopoles non collusifs, l'accroissement des prix n'est pas le résultat d'une coordination entre les oligopolistes, mais résulte du fait que la concentration diminue la pression concurrentielle à laquelle chaque partie était soumise avant la concentration.

La Commission propose une clarification de l'article 2, en ajoutant un alinéa 2, dont l'objectif affiché est de couvrir explicitement les cas d'oligopoles non collusifs, en élargissant encore la notion de position dominante.

● Répartition des cas

La Commission européenne détient une compétence exclusive pour apprécier les concentrations dites de «*dimension communautaire*», c'est-à-dire, dépassant les seuils de l'article 1 du Règlement 4064/89 sur les concentrations. Or, le Livre vert sur la révision du Règlement 4064/89 du Conseil, adopté le 11 décembre 2001, a relevé que certaines opérations de concentration qui ne remplissent pas les critères relatifs aux seuils de l'article 1 peuvent être d'intérêt communautaire et qu'inversement, toutes les opérations dites de dimension communautaire n'ont pas forcément un «*intérêt communautaire*». L'application des critères peut donc conduire, dans certains cas, à une mauvaise allocation des affaires. Par ailleurs, les notifications multiples sont sources de coûts, de perte de temps et d'incertitude juridique (appréciation des marchés). Enfin, elles ont tendance à augmenter graduellement (perspectives de l'élargissement de la Communauté).

Dans la perspective d'une amélioration du partage des compétences entre la Commission et les autorités de concurrence des États-membres et afin d'éviter les notifications multiples, dans la mesure du possible en faisant prévaloir le principe du guichet unique («*one-stop-shop*»), la Commission

avait déjà essayé en 1996, sans succès, d'étendre sa juridiction aux concentrations ne remplissant pas les critères de chiffres d'affaires de l'article 1, mais devant faire l'objet d'une notification dans au moins trois États-membres (règle dite des «trois plus»). Le Conseil de l'Union avait refusé, estimant préférable de revoir les seuils à la baisse. Le Livre vert soumis à consultation des États-membres reprenait cette disposition. A l'issue de la consultation, la Commission a choisi un autre dispositif pour régler le partage des compétences.

La Commission propose aujourd'hui de ne pas changer les critères quantitatifs de l'article 1, mais de «*rationaliser*» les mécanismes de renvoi existant entre la Commission et les États-membres, grâce à une modification des articles 9 et 22 du Règlement et en habilitant les parties aux opérations de concentrations à demander à la Commission et aux États-membres les renvois prévus par ces articles, avant même la notification de l'opération. Elle réintroduit à l'article 22 une règle des «trois plus», mais fondée sur le consentement des États-membres. Un État-membre pourrait demander à la Commission d'examiner une concentration qui, bien que n'ayant pas une dimension communautaire, affecte significativement la concurrence à l'intérieur du territoire de cet État-membre et affecte le commerce entre les États-membres. La Commission informerait sans délai les autorités compétentes des autres États-membres de cette requête ; ceux-ci pourraient se joindre à cette requête ; si trois États ou plus effectuent cette demande, la Commission est exclusivement compétente pour apprécier l'affaire et dispose de tous les pouvoirs prévus par le Règlement.

La Commission peut aussi informer les États-membres qu'elle considère qu'une opération, bien que n'ayant pas une dimension communautaire, a des effets transfrontaliers significatifs. Dans ce cas, elle «*invite*» les États-membres concernés à effectuer une demande de renvoi.

● Autres dispositions du projet de règlement

Les parties pourraient demander des délais supplémentaires, durant la phase 2 d'examen des concentrations, après la proposition de remèdes ou pour permettre un approfondissement de l'enquête dans les cas les plus difficiles.

Les pouvoirs d'enquête de la Commission seraient alignés sur ses pouvoirs en matière d'*antitrust*, à l'exception des pouvoirs de perquisition aux domiciles privés.

Enfin, la publication de l'avis des États-membres lors des comités consultatifs est prévue (cf. art. 19).

Autres textes

La notice sur les concentrations horizontales éclaire le raisonnement suivi par la Commission dans l'examen de ces affaires. Le processus de décision de la Commission, critiqué pour son opacité, est revu par un projet de code des bonnes pratiques. Il est prévu notamment d'améliorer les compétences en économie de la Direction générale de la concurrence, par la création d'un

poste de chef économiste, doté d'un service propre, la création d'un «*peer panel review*» durant la phase 2 du contrôle (un panel d'agents de la DG COMP, expérimentés et indépendants de la *Merger task force*, devrait passer au crible le raisonnement de l'équipe de la *Task force* et donner son avis aux stades cruciaux de la procédure). La réforme a aussi pour but d'améliorer les droits de la défense grâce à des réunions de prénotification, à l'accès plus précoce des parties au dossier immédiatement après l'ouverture de la phase 2, à l'accès *ad hoc* des parties, durant l'enquête, aux arguments présentés par les tiers, à des réunions triangulaires réunissant les tiers et les parties à la concentration. Des réunions de bilan ou états des lieux auraient lieu à des moments décisifs de la procédure. Au moins cinq réunions sont envisagées à différents stades :

- au terme de la phase 1 ;
- deux semaines après le passage en phase 2 ;
- avant la communication des griefs ;
- à la suite de la réponse des parties à la notification de griefs ;
- avant la saisine du Comité consultatif.

Il est également prévu de renforcer le rôle des conseillers-auditeurs (*hearing officers*).

Règlement (CE) n° 1400/2002 de la Commission du 31 juillet 2002 concernant l'application de l'article 81§3 du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées dans le secteur automobile

Sont exemptés les accords verticaux d'achat ou de vente de véhicules neufs, de pièces de rechange et de services de réparation et d'entretien, pour lesquels la part de marché du fournisseur ne dépasse pas certains taux :

- 30 % pour les véhicules automobiles non distribués dans des réseaux de distribution sélective et pour les pièces de rechange ;
- 40 % pour les véhicules automobiles distribués dans des réseaux de distribution sélective quantitative ;
- pour les réparateurs lorsque le réseau des réparateurs agréés du fournisseur en cause détient une part de marché ne dépassant pas 30 % ;
- pour les véhicules distribués dans des réseaux de distribution sélective qualitative, sans condition de plafond.

Toutefois, sont toujours écartées de l'exemption, sans condition de seuils, les accords verticaux contenant les restrictions suivantes :

- imposition de prix de vente minimal ou d'un prix de vente fixe ;
- restrictions relatives au territoire ou à la clientèle, sur lequel ou à laquelle, un distributeur ou un réparateur peut vendre les biens ou services contractuels.

Le constructeur automobile doit désormais choisir entre la distribution sélective et la distribution exclusive.

Le «*multimarquisme*» est encouragé car l'exemption ne s'applique pas aux obligations de non concurrence (obligations imposant à l'acheteur d'acquiescer

auprès du fournisseur plus de 30 % de ses achats totaux) ou aux obligations empêchant les membres d'un système de distribution, de vendre des véhicules ou des pièces de rechange de fournisseurs concurrents ou de fournir des services de réparation et d'entretien pour les véhicules automobiles de fournisseurs concurrents.

De même, ne sont pas exemptés les contrats liant vente et service après-vente : le distributeur peut désormais assurer lui-même ce service ou le sous-traiter à des opérateurs agréées. Les clauses de localisation par lesquelles le constructeur impose au distributeur l'emplacement où il peut établir ses points de vente ou de livraison dans le marché commun sont illicites.

Ce règlement est entré en vigueur le 1^{er} octobre 2002. Toutefois, les accords déjà en vigueur au 30 septembre et exonérés sur le fondement de l'ancien règlement, continuent à bénéficier de cette exemption jusqu'au 30 septembre 2003. Par ailleurs, l'interdiction des clauses de localisation n'est applicable qu'à compter du 1^{er} octobre 2005.

Activités multilatérales

En 2002, les activités multilatérales en matière de droit et politique de la concurrence ont poursuivi la tendance observée ces dernières années visant au resserrement des relations entre autorités de concurrence au sein du réseau constitué dans chaque pays pour répondre aux défis de la «*globalisation*». La coopération au sein des organisations internationales se confirme, tandis que se poursuivent, au plan international, les débats sur les divers thèmes fédérateurs du droit de la concurrence.

Coopération au sein des institutions internationales

Organismes intergouvernementaux

Trois organisations internationales permettent aux autorités nationales de concurrence de traiter de manière complémentaire des problèmes posés par des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'affecter à des degrés divers les échanges et le commerce international : l'Organisation de coopération et développement économique (OCDE), l'Organisation des Nations Unies (ONU) et l'Organisation mondiale du commerce (OMC). Par ailleurs, l'association internationale des autorités de concurrence (ICN), organisation à caractère non inter-étatique, a été lancée à Naples, à l'automne 2002.

A l'OCDE, organisation réunissant l'ensemble des pays les plus développés, ainsi que quelques observateurs des pays en développement (Brésil, Argentine), le Comité du droit et de la politique de la concurrence est présidé par M. Frédéric Jenny, vice-président du Conseil de la concurrence. Cette organisation constitue un forum d'échanges d'informations sur les développements des politiques de concurrence mises en œuvre par les États-membres de cette organisation ainsi qu'un laboratoire de recherche et de réflexion sur l'application de ces politiques. En 2002, le Comité de la

concurrence ainsi que ses groupes de travail sur la régulation et la coopération internationale ont accentué leurs réflexions sur les aspects internationaux de la politique de la concurrence, confirmant en particulier l'importance et l'utilité du développement d'une coopération internationale active dans le domaine du contrôle des concentrations.

Deux axes ont été privilégiés : d'une part, les problèmes soulevés par l'examen des concentrations internationales dans les marchés émergents ou innovants, d'autre part, l'application de la politique de la concurrence aux ententes injustifiables («*hard core cartels*»). Dans ce cadre, des tables-rondes ont été organisées, auxquelles des représentants du monde des affaires ont été conviés. L'examen de la réforme réglementaire s'est poursuivi et a concerné, en 2002, la Turquie et la Finlande. De même, de nombreux programmes relatifs aux activités extérieures de l'OCDE ont été mis en place et ont concerné des pays non-membres. Ces programmes visent à assister le développement des activités des autorités nationales de concurrence de ces pays et en particulier de la Chine. Dans le même esprit, l'OCDE a poursuivi, en 2002, le cycle de «*Forums globaux*» inaugurés en 2001 dans l'ensemble des matières sur lesquelles travaillent chacun de ses grands comités. C'est ainsi que s'est tenu le second Forum global sur la concurrence en février 2002 en vue de permettre de créer un dialogue régulier et une confrontation d'expériences entre pays de l'OCDE et pays non-membres, permettant ainsi de prolonger et d'amplifier les réflexions menées au sein du groupe conjoint sur les Échanges internationaux et la concurrence de cette même Organisation. Ce second Forum global a réuni une quarantaine de pays en développement de quatre continents (au lieu de seize pays seulement en 2001). Cette forte participation a été rendue possible par une étroite coopération entre le Conseil de la concurrence et le secrétariat de l'OCDE, à l'occasion de l'organisation de la journée internationale célébrant le quinzième anniversaire du Conseil de la concurrence.

Dans le cadre de l'ONU, les autorités de concurrence des pays de l'OCDE font l'objet d'une coordination souple, placée sous la présidence d'un chargé de mission du Conseil de la concurrence à l'occasion des sessions annuelles du Groupe intergouvernemental d'experts (GIE) sur la concurrence de la Conférence des Nations unies pour la coopération et le développement (CNUCED). La CNUCED et son secrétariat disposent d'un degré élevé de confiance de la part des pays en développement et c'est la raison pour laquelle le Conseil de la concurrence (tout comme les autorités de concurrence équivalentes des pays les plus importants de l'OCDE) veille à irriguer aussi régulièrement et concrètement que possible de ses expériences les travaux du Groupe de la CNUCED. A l'occasion de la session du GIE de juillet 2002, les réunions formelles ont donné principalement l'occasion aux pays en développement de présenter les modifications et innovations relatives à leurs droits nationaux.

Les débats ont porté sur trois thèmes : le contrôle des concentrations à exercer à la lumière des critères du développement, les relations entre autorités de concurrence et autorités réglementaires, et enfin l'assistance technique et les programmes de travail de formation en matière de concurrence. Ce dernier thème a pris une importance d'autant plus accentuée cette année que l'Agenda Post-Doha a placé les questions de renforcement des capacités

des pays en développement («*capacity building*») au centre des préoccupations de la société internationale, en incluant dans ce renforcement l'expertise sur les «*nouveaux sujets*» dont la concurrence. Un exposé du gestionnaire du programme «*Trainfortrade*» au sein du secrétariat de la CNUCED a reçu un accueil très favorable de la part des pays en développement et de certains pays développés, en raison de la qualité des services désormais offerts par la CNUCED en matière de formation et d'assistance technique dans le domaine de la concurrence.

Au sein de l'OMC, le groupe de travail sur l'interaction du commerce international et de la politique de la concurrence, présidé par M. Frédéric Jenny, vice-président du Conseil de la concurrence, a tenu trois réunions formelles en 2002. Au cours de ces réunions, le groupe a poursuivi son travail d'inventaire sur la pertinence, pour la politique de la concurrence, des principes fondamentaux de l'OMC, ainsi que des principes de traitement national, de transparence et de traitement de la nation la plus favorisée et sur les moyens de promouvoir la coopération entre les pays membres de cette organisation dotés ou non d'autorités de concurrence. Ce groupe a permis de préparer la conférence de Doha qui a décidé, le 14 novembre 2001, d'approfondir et de clarifier la réflexion conduite sur ces différents sujets, en tenant tout spécialement compte des besoins des pays en développement, notamment en matière de flexibilité, en vue de futures négociations sur les thèmes suivants : «*Principes fondamentaux en matière de concurrence, y compris transparence, non-discrimination et équité au plan de la procédure, dispositions relatives aux ententes injustifiables, modalités d'une coopération volontaire, soutien en faveur du renforcement progressif des institutions chargées de la concurrence dans les pays en développement au moyen du renforcement des capacités*».

Constitution des autorités nationales de concurrence en réseau

Le Réseau international de la concurrence (ICN en anglais) a tenu sa première réunion annuelle à Naples en Italie les 28 et 29 septembre 2002.

Le Réseau international de la concurrence est une organisation non gouvernementale, créée en octobre 2001, réunissant les autorités de concurrence de près de 75 pays et travaillant avec des représentants du secteur privé, des universitaires et des organisations internationales. Le Conseil de la concurrence est membre du réseau et l'un des vice-présidents fait partie de son comité directeur. Les délibérations du réseau, qui sont non contraignantes, sont adoptées par consensus.

L'objet du Réseau international de la concurrence est de promouvoir, au plan pratique, la convergence entre les droits nationaux et la coopération entre les autorités nationales de la concurrence afin d'améliorer l'efficacité de la mise en œuvre du droit de la concurrence au plan international.

Lors de sa réunion de Naples, le Réseau international de la concurrence s'est particulièrement intéressé aux problèmes posés par le contrôle des concentrations transfrontalières et à la faculté pour les autorités de concurrence d'assurer un rôle de conseil auprès des autorités publiques en émettant des avis sur des sujets généraux de concurrence. Le Réseau interna-

tional de concurrence a adopté huit principes directeurs concernant le contrôle des concentrations lors de sa conférence initiale ainsi qu'un ensemble de pratiques recommandées en matière de procédures de notification. Les principes concernent la souveraineté nationale des autorités de concurrence, la transparence du contrôle de la concentration, la coordination entre autorités nationales, la convergence des analyses, la durée des procédures et les problèmes de confidentialité des informations. Les pratiques recommandées concernent la définition et le caractère objectif des seuils de notification, le moment de la notification, etc.

La prochaine réunion du Réseau international de la concurrence (ICN) aura lieu au Mexique en juin 2003. Outre l'approfondissement des thèmes déjà mentionnés, le Réseau étudiera les questions liées à l'assistance technique et au développement des capacités d'analyse pour les pays qui n'ont pas encore une longue expérience dans le domaine de la mise en œuvre du droit de la concurrence.

Évolution des principaux thèmes fédérateurs du droit et de la politique de la concurrence

Les activités de ces diverses organisations mettent en évidence plusieurs thèmes fédérateurs qui viennent structurer les débats internationaux en matière de concurrence et qui permettent à l'Union européenne et ses États-membres d'avancer une série de propositions concrètes en vue de futures négociations en matière de concurrence à l'OMC.

Contribution du droit et de la politique de la concurrence au développement économique et lutte contre les cartels internationaux

Avec les résultats de la Conférence de Doha, la thématique de la contribution du droit de la concurrence au développement économique est devenue une préoccupation centrale, tant à l'OCDE qu'à l'OMC ou à la CNUCED : comment veiller à ce que le droit de la concurrence et les institutions destinées à sa mise en œuvre exercent une influence vertueuse, en particulier dans les pays en développement (PVD) et notamment dans les pays les moins avancés ? L'intérêt des PVD pour le sujet de la concurrence à l'OMC a progressivement émergé au cours des deux dernières années, notamment à la suite d'un effort d'explication et de la réduction des prétentions initiales de l'Union européenne (qui n'en est plus à souhaiter la création d'un «*Conseil mondial de la concurrence*» doté de pouvoirs supranationaux sur le modèle de ceux confiés à la Commission européenne) mais aussi d'un renforcement du processus de travail en commun entre les secrétariats de l'OMC et de la CNUCED rejoins par celui de l'OCDE. Les PVD comme les pays développés commencent à identifier assez précisément les dommages causés au développement et aux consommateurs par des pratiques anticoncurrentielles internationales.

Pour ne retenir que la catégorie la mieux identifiée des pratiques anticoncurrentielles, et celle sur laquelle il existe le plus d'informations claires, les enquêtes des autorités de concurrence dans le monde ont mis au jour

trente-neuf cartels durant les années 1990 (dont cinq font encore l'objet d'enquêtes). Ces cartels, étudiés par l'OMC, la CNUCED, l'OCDE et la Banque mondiale, ont produit des effets négatifs sur au moins trente-et-un pays, tandis que vingt-quatre cartels ont opéré, pendant au moins 4 ans, dans des secteurs d'activité des plus diversifiés (aluminium, vitamines, produits pharmaceutiques, gros équipement électrique etc.). L'effet de seize de ces cartels sur les importations de pays en développement dépassent 81,10 milliards d'euros (chiffre minimal). Le dommage net à l'économie peut être estimé à hauteur de 20 à 40 % de la valeur de ces importations, soit 16 à 32 milliards d'euros. Ce montant est à rapprocher du total des aides bilatérales et multilatérales diverses reçues par les PVD durant les années 1990, soit 50 milliards d'euros. Une étude de la Banque mondiale a montré que le calcul du dommage à l'économie provoqué par les seuls cartels clairement identifiés, représente donc au minimum le tiers du volume des aides perçues par les PVD. Pour mémoire, sur la période 1990-1999, le seul cartel des vitamines a prélevé indûment 183 millions de dollars US sur le Brésil, 77,61 sur la Chine, mais 178,48 sur Hong-Kong et 245,22 sur Singapour. Ces chiffres sont à rapprocher des 147,64 millions de dollars prélevés par le même cartel sur le Royaume-Uni et 153,78 sur l'Italie. Une ONG indienne influente dans les milieux politiques et très active au plan international (association de consommateurs) a résumé comme suit une position de plus en plus répandue dans les PVD : *«Que doivent faire les États ? Adopter une loi sur la concurrence ; placer le consommateur au centre de leur objectif ; inclure des organismes représentants de consommateurs dans les conseils dirigeant les autorités de concurrence ; et permettre aux associations de consommateurs de poursuivre des firmes engagées dans des pratiques anticoncurrentielles»*.

Donner un sens aux engagements négociés d'ouverture des marchés notamment dans les pays en développement

L'accès au marché dans de nombreux pays qui ne disposent pas d'un droit effectif de la concurrence, est entravé par les pratiques anticoncurrentielles d'importateurs ou de distributeurs locaux : monopolisation des importations par quelques entreprises de commerce, relations verticales restrictives de concurrence, par exemple dans le cas du Japon (cf. l'affaire Kodak Fuji), abus de position dominante et cartels mis en œuvre par des entreprises locales visant à exclure les importateurs, etc. De la part des pays tolérant ou favorisant de telles pratiques, des concessions en matière d'élimination des barrières douanières, voire des barrières non tarifaires, sont souvent illusoire, si elles ne s'accompagnent pas d'engagements sur le fonctionnement concurrentiel effectif des marchés permettant un accès réel des importateurs à ces marchés.

Les négociateurs de l'*Uruguay Round* avaient d'ailleurs craint que les concessions en matière d'ouverture des marchés de télécommunications ne restent lettre morte si les monopoles ou entreprises dominantes locales mettaient en œuvre des pratiques anticoncurrentielles visant à protéger leurs marchés. Aussi, des dispositions en matière de concurrence ont-elles été intégrées aux accords GATT, sans toutefois prévoir de mécanismes de

mise en œuvre appropriés pour ces dispositions. Malheureusement, il n'existe rien pour les autres secteurs, en dépit du fait que les mêmes problèmes se posent dans nombre d'entre eux. La réflexion menée à l'OMC en matière de concurrence pourrait faire apparaître l'utilité d'un éventuel accord dans cette enceinte afin d'assurer une réelle mise en œuvre des dispositions relatives à la concurrence dans les accords de libéralisation des services prévus par le GATT.

Dissuader les pays membres de l'OMC d'utiliser le droit de la concurrence comme une arme stratégique pour protéger leurs marchés

Une prolifération très rapide des droits de la concurrence nationaux peut être observée. Plus de cent pays ont, d'ores et déjà, ce type d'instrument et une vingtaine d'autres sont en train d'élaborer de telles législations (dont la Chine, l'Inde, le Nigéria et un certain nombre de pays latino-américains). Dans certains pays, malheureusement, ce droit est conçu ou appliqué de façon stratégique pour protéger des entreprises locales ou augmenter les coûts d'entrée sur le marché des entreprises étrangères, d'une manière assez similaire à l'application qui peut être faite dans certains pays avec les instruments de défense commerciale (instruments *antidumping* par exemple).

Pour éviter de tels effets, et compte tenu du fait que la prolifération des droits de la concurrence est due pour une large part à la dérégulation, laquelle va se poursuivre, il est important de veiller à ce que les pays membres de l'OMC aient des droits nationaux de concurrence non discriminatoires, transparents et qui respectent les droits de la défense des entreprises.

Renforcement des relations bilatérales avec certains pays ou groupes de pays

En 2002, le Conseil de la concurrence a renforcé significativement ses relations avec certains pays ou groupes de pays.

Visite d'une délégation en Chine

Pour la première fois, une délégation du Conseil de la concurrence dirigée par la présidente du Conseil de la concurrence, Mme Marie-Dominique Hagelsteen, s'est rendue en Chine pour y rencontrer les responsables de la préparation du nouveau droit de la concurrence chinois. Cette visite a été complétée par plusieurs missions du vice-président Frédéric Jenny et d'un rapporteur du Conseil en Chine tout au long de l'année 2002. Au terme d'un an d'adhésion de la Chine à l'OMC, le premier bilan que l'on peut dresser est que ce pays a entrepris une très grande partie des démarches juridiques internes rendues indispensables du fait de son statut de membre de l'OMC, même si de nombreux problèmes subsistent, notamment dans les domaines de la distribution et des services financiers.

Au cours de multiples rencontres, les délégations du Conseil de la concurrence ont présenté le système communautaire en matière de concurrence

et son articulation avec les droits nationaux. De plus, les représentants du Conseil ont insisté sur l'importance de lutter contre le système de monopole administratif, qui va à l'encontre de l'intérêt des consommateurs chinois et freine l'efficacité du marché en général. Il est, en effet, indispensable que la Chine recherche la sécurité juridique, par l'instauration d'un principe de transparence et de non-discrimination des mesures administratives.

Visite d'une délégation au Vietnam

Dans la perspective de son adhésion prochaine à l'OMC, le Vietnam a entrepris de se doter d'une loi sur la concurrence. C'est donc tout naturellement que, dans le cadre de la coopération entre la France et le Vietnam et avec le soutien logistique de la Maison du droit vietnamo-française, institution bilatérale de coopération juridique siégeant à Hanoï, l'expertise du Conseil a été sollicitée.

Les premiers échanges et réunions de travail ont eu lieu à l'automne 2000. Un nouveau séminaire s'est déroulé en mai 2002, sous la direction de M^{me} Micheline Pasturel, vice-présidente du Conseil de la concurrence. Le vice-ministre du commerce vietnamien a participé en personne à toutes les réunions qui se sont tenues dans le cadre de ce séminaire.

Le projet de loi vietnamien traite non seulement des pratiques anticoncurrentielles et des concentrations mais aussi de la concurrence déloyale. Certains points de ce projet ont donné lieu à des discussions approfondies, notamment en ce qui concerne les abus de position dominante et les concentrations. La connaissance des dossiers, dans toutes les matières traitées par la loi, est attribuée, de manière homogène, à l'Autorité de concurrence dont la création est prévue et qui sera dotée de très larges pouvoirs. Les représentants du Conseil de la concurrence ont souligné l'intérêt qui s'attache, tant sur le plan du fonctionnement interne de la concurrence que sur le plan du crédit international des décisions de la future autorité, à ce que l'Autorité de concurrence comprenne quelques experts et jouisse de toute l'indépendance nécessaire au bon accomplissement de sa mission.

Participation à des séminaires de formation en Russie

Deux rapporteurs du Conseil de la concurrence se sont rendus, à la demande du ministère anti-monopole russe, à des séminaires régionaux organisés à Irkoutsk (Sibérie) et Khabarovsk (Sibérie orientale). Il s'agissait, dans le cadre d'un projet de la Commission européenne, de procéder à des échanges avec les autorités régionales de concurrence afin de faciliter la convergence des droits et des pratiques de la Russie et de l'Union européenne. Ces échanges devraient être poursuivis, notamment par l'accueil de fonctionnaires russes en France.

Relations avec les pays de la Ligue arabe et les pays de l'Afrique

Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion, au cours de l'année 2002, de participer à divers séminaires relatifs à la politique de la concurrence, organisés par l'OMC et la CNUCED, en matière, notamment, de télécommunications.

Plusieurs délégations se sont rendues dans différents pays arabes (Maroc, Égypte, Tunisie, Qatar, Bahrein), au siège de la Ligue arabe, ainsi que dans les pays anglo-saxons ou francophones d'Afrique (Afrique du Sud, Kenya, Zimbabwe, Île Maurice et Gabon) pour exposer le rôle de la concurrence et ses enjeux, dans une perspective de coopération et d'intégration économique régionale. La Ligue arabe est en cours d'adoption de règles et principes en matière de concurrence, susceptibles de renforcer les conditions d'association de certains de ces pays à l'Union européenne dans le cadre du Partenariat euro-méditerranéen.

Accueil de délégations étrangères

Le Conseil a, enfin, comme les années précédentes, reçu plusieurs délégations étrangères, notamment, de Russie, de Bulgarie, de Roumanie et de Pologne.

Les recours contre les décisions du Conseil de la concurrence

■ Jurisprudence de la cour d'appel

Au cours de l'année 2002, la cour d'appel de Paris a statué sur vingt-sept recours exercés contre les décisions du Conseil et a rendu vingt-trois arrêts statuant au fond. Dans seize cas, la cour a confirmé les décisions du Conseil. Dans trois affaires, elle a partiellement réformé la décision du Conseil : dans un cas, elle a réduit les sanctions prononcées ; dans le deuxième cas, elle a modifié la formulation de la mesure conservatoire prononcée ; dans le troisième cas, elle a confirmé le rejet de la demande de mesures conservatoires mais réformé la décision en ce que celle-ci avait rejeté la saisine, et renvoyé l'affaire devant le Conseil pour instruction de la saisine au fond. La cour a réformé totalement deux décisions et en a annulé deux, dont une partiellement. Elle a prononcé une décision de sursis à statuer et a rendu trois décisions de dessaisissement à la suite du désistement des requérants.

Sur la procédure

Sur la compétence du Conseil

Dans un arrêt rendu le 13 novembre 2002, la cour d'appel a rejeté le déclinaire de compétence présenté par le préfet et a sursis à statuer jusqu'à l'expiration du délai imparti au préfet pour saisir le Tribunal des conflits et, le cas échéant, jusqu'à la décision de cette juridiction.

La cour était saisie d'un recours formé contre la décision 02-D-14, par laquelle le Conseil avait condamné le Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts et plusieurs conseils régionaux de cet ordre pour avoir organisé une entente visant, au moyen notamment d'une note proposant une interprétation fallacieuse d'un texte de loi, à inciter des élus et des maîtres d'ouvrages à confier aux seuls géomètres-experts tous les travaux de topographie, y compris ceux dépourvus d'incidence foncière, pour lesquels ces derniers ne bénéficient pas d'un monopole légal et se trouvent en concurrence avec les géomètres-topographes.

Le Conseil avait retenu sa compétence, qui était contestée, estimant qu'en diffusant à des tiers une note contenant une interprétation erronée d'un texte de loi et restrictive de concurrence (puisqu'elle visait à étendre le monopole des géomètres-experts), le Conseil supérieur de l'Ordre était sorti de sa mission de service public et était intervenu dans le cadre d'une pure activité de services, au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce. Ce faisant, le Conseil s'était conformé à la jurisprudence de la Cour de cassation, résultant, notamment, d'un arrêt du 16 mai 2000 (Ordre national des pharmaciens).

Le préfet soutenait que le seul commentaire de dispositions légales, par le représentant d'un Ordre, chargé d'assurer le respect des lois et règlements qui régissent l'exercice de la profession, ne saurait constituer une activité de services par laquelle le Conseil supérieur se serait livré à une pratique étrangère à sa mission de service public.

La cour a jugé que le Conseil n'avait pas outrepassé les limites de sa compétence. Elle a retenu que la note ne se bornait pas à un simple rappel de la législation, mais qu'elle constituait, en réalité, un argumentaire destiné à être diffusé auprès de décideurs publics afin de les contraindre à réserver aux géomètres-experts le monopole de l'ensemble des travaux topographiques. Dès lors, cette note ne constituait pas une décision par laquelle l'ordre assurait, auprès de ses membres, au moyen de prérogatives de puissance publique, la mission de service public qui lui était dévolue par la loi, mais entraînait bien dans le champ d'application de l'article L. 410-1 du code de commerce.

Sur l'établissement des procès-verbaux

La cour d'appel, dans un arrêt du 9 avril 2002 (Bloc matériaux), a validé le procédé de rédaction d'un procès-verbal d'audition, par itérations successives. A la suite d'une audition, un projet de procès-verbal non signé avait été envoyé pour observations à la personne entendue, laquelle avait demandé que des modifications y soient apportées. Figuraient au dossier du Conseil, non seulement le procès-verbal définitif, mais également le projet de procès-verbal non signé comportant les observations manuscrites de la personne entendue, un bordereau de remise de pièces non mentionné dans le projet de procès-verbal, ainsi qu'une correspondance échangée entre le service d'enquête et l'intéressée. La cour constate que les modalités de rédaction du procès-verbal définitif, qui ont permis de prendre en considération les commentaires de la personne entendue, ne font pas grief aux

requérantes, d'autant que le Conseil ne s'est fondé que sur les seules énonciations du procès-verbal définitif et non sur les documents intermédiaires.

Par ailleurs, dans un arrêt du 7 mai 2002 (Masterfoods), la cour d'appel a réintégré dans la procédure du Conseil de la concurrence, les procès-verbaux d'audition qui avaient été écartés par celui-ci aux motifs, notamment, qu'ils ne comportaient pas la mention de l'objet de l'enquête ni l'indication que cet objet avait été indiqué aux intéressés et qu'ainsi, il n'avait pas été satisfait à l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves. La cour estime que *«la mention pré-imprimée sur les procès-verbaux selon laquelle l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue suffit à justifier de l'indication de cet objet jusqu'à preuve contraire, laquelle n'est pas rapportée en l'espèce»*. L'arrêt de la cour d'appel fait suite à l'arrêt de la Cour de cassation du 20 novembre 2001 (Bec frères), survenu postérieurement à la décision du Conseil, dans lequel a été reconnue la valeur probatoire, jusqu'à preuve contraire, de la mention pré-imprimée de l'objet de l'enquête sur les procès-verbaux. Ainsi, lorsque l'objet de l'enquête est indiqué sur le procès-verbal au moyen d'une mention pré-imprimée, c'est donc à la partie qui prétend avoir été abusée qu'il incombe de démontrer que l'administration a usé de manœuvres déloyales dans le recueil des preuves.

Sur les procédés utilisés lors de l'enquête

Dans l'arrêt précité du 9 avril 2002, la cour d'appel estime que le fait, pour les enquêteurs, de conseiller à une société de demander à son fournisseur la communication de ses tarifs par écrit, alors que cette société aurait utilisé le refus du fournisseur pour étayer ses allégations de pratiques anti-concurrentielles, ne constitue nullement un procédé déloyal d'enquête dès lors que l'article L. 441-6 du code de commerce prévoit que tout producteur doit communiquer ses tarifs et conditions de vente à l'acheteur qui les lui demande.

Sur les opérations de visite et de saisie

Dans un arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques, la cour d'appel, répondant au moyen de nullité des opérations de visite et de saisie soulevé par le défendeur en raison de l'absence, sur les lieux, du mandataire social de l'entreprise ou de son représentant, a précisé que l'article L. 450-4 du code de commerce exige la présence de l'occupant des lieux ou de son représentant lors du déroulement des opérations de saisie et perquisition mais *«n'impose nullement la présence d'une personne ayant le pouvoir de diriger, gérer ou le pouvoir d'engager à titre habituel l'entreprise»*.

La cour d'appel a jugé, dans l'arrêt précité du 9 avril 2002 (Bloc matériaux), qu'aucune prescription légale n'exige que les procès-verbaux soient signés par toutes les parties ayant assisté aux opérations de visite et de saisie.

Sur la violation du principe d'instruction à charge et à décharge

Dans l'arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques, la cour d'appel rappelle que le rapporteur qui, *«aux termes de l'article L. 450-6 du code de commerce, définit les orientations de l'enquête»*, est *«seul compétent pour apprécier l'utilité d'une enquête supplémentaire»* ; que non lié par les qualifications proposées par la saisine, il *«instruit à charge et à décharge»* et *«qu'à ce titre, il apprécie librement les enquêtes qui lui paraissent utiles, sans être tenu par les propositions éventuellement formulées par les mis en cause»*.

Sur la notification au «ministre intéressé»

Dans l'arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques, la cour d'appel reprend une jurisprudence déjà adoptée dans un arrêt du 29 juin 2000 (Ligue nationale de football), selon laquelle le ministre intéressé au sens de l'article L. 463-2 du code de commerce, est le ministre qui est intervenu pour *«apprécier, favoriser ou condamner les pratiques examinées par le Conseil»*. En l'espèce, le ministre du travail et des affaires sociales avait adressé un courrier à la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique, dans lequel il avait procédé à un rappel de l'application des dispositions de l'article L. 138-9 du code de la sécurité sociale sur le plafonnement des remises consenties aux laboratoires et aux grossistes-répartiteurs et fait part à son correspondant de son intention de rappeler la réglementation aux professions concernées. La cour estime que, ne s'étant donc pas prononcé, dans ces conditions, sur les pratiques examinées par le Conseil, ce ministre ne pouvait être qualifié de ministre intéressé.

Sur les observations écrites du Conseil de la concurrence devant la cour d'appel

Dans un arrêt du 9 avril 2002 (SA Geodis Overseas France), la cour d'appel a annulé à la fois la procédure de recours et la décision du Conseil 01-D-63, en raison des observations déposées par ce dernier devant elle. La cour relève que le Conseil a développé, dans ses observations écrites, des éléments nouveaux qui ne figuraient pas dans la décision déférée. Elle ajoute que l'égalité des armes a été rompue dans la mesure où les requérantes se sont trouvées confrontées devant la cour, non seulement au ministre chargé de l'économie, saisissant, mais aussi au Conseil qui, ayant infligé des sanctions, a aggravé, par ses observations, les données retenues dans sa décision. La cour estime que le fait que les requérantes aient pu répliquer aux observations du Conseil ne suffit pas à rétablir l'équilibre entre les parties et que, si elle se bornait à écarter les observations du Conseil, l'éventualité qu'elle ait pu être influencée par celles-ci ne pourrait être écartée avec certitude. Considérant que la procédure de recours est *«irréremédiablement viciée»* et doit donc être annulée, la cour en déduit que les requérantes se trouvent privées de la faculté d'introduire un nouveau recours contre la décision du Conseil qu'elle estime par conséquent devoir annuler également.

Cet arrêt est demeuré isolé à ce jour et fait l'objet d'un recours en cassation. Le principe du dépôt des observations du Conseil devant la cour est prévu par l'article 9 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 (et existe pour toutes les autres autorités administratives indépendantes).

En outre, on relèvera que la Cour européenne des droits de l'homme a elle-même estimé, dans un arrêt du 27 janvier 1997 (Nideröst-Huber), que la faculté pour un tribunal cantonal suisse de présenter des observations devant la juridiction d'appel, à savoir le tribunal fédéral, au soutien de sa décision, ne se heurtait pas à l'exigence du procès équitable, dans la mesure où ces observations étaient présentées aux parties au litige dans un délai raisonnable (§22 et 31).

Sur les demandes de sursis à statuer pour complément d'information

La cour d'appel a jugé, dans un arrêt du 7 mai 2002 (Benetton France Trading) que le Conseil de la concurrence n'était tenu de procéder à un supplément d'information qu'en présence d'indices sérieux de pratiques anticoncurrentielles qui auraient été négligées dans l'instruction de l'affaire.

Sur le fond

Décisions de confirmation

Statuant sur le fond, la cour d'appel a confirmé la plupart des décisions du Conseil. Les arrêts de confirmation les plus marquants portent :

Sur les répartitions de parts de marché et l'éviction concertée d'un concurrent

Dans l'arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques, la cour d'appel a confirmé l'analyse du Conseil selon laquelle l'accord entre les grossistes-répartiteurs de la région Nord prévoyant une répartition du marché entre eux, avec une tolérance de glissement de parts de marché de 0,10 %, et prévoyant, lorsque les limites de ces fourchettes étaient dépassées, un mécanisme compensatoire de restitution de chiffre d'affaires, constituait une entente anticoncurrentielle (01-D-07). Dans le même arrêt, la cour d'appel approuve le Conseil d'avoir décidé de sanctionner le refus discriminatoire des grossistes répartiteurs de livrer les pharmacies ayant choisi la société ORP comme grossiste-répartiteur, dans les conditions habituelles de livraison (pratiques de refus ou limitations des livraisons, de sur-enchère commerciale au moyen, notamment, de remises et de cadeaux divers). Ces pratiques, qui visaient à empêcher l'implantation d'ORP dans la région Nord et en Seine Maritime (et partant, à l'éliminer du marché) et qui ont pu avoir pour effet de limiter son expansion, sont anticoncurrentielles.

La cour estime qu'«un accord visant à stabiliser des parts de marché au plan national [a] en lui-même pour objet ou [peut] avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché», même si les parts de marché ont évolué en dépit de l'entente.

Sur les échanges d'informations avant les soumissions aux appels d'offre

Dans un arrêt du 29 janvier 2002 (SA Appia), la cour d'appel confirme l'appréciation du Conseil (01-D-14) sur l'existence d'une entente généralisée entre entreprises à l'occasion d'un appel d'offres relatif à un marché d'enrobés bitumineux, démontrée par l'existence d'un faisceau d'indices, parmi lesquels ont été relevés la similarité des entreprises attributaires pour les marchés de 1989 et de 1994, les similarités dans le montant des soumissions, les échanges d'informations entre soumissionnaires, des répartitions entre entreprises des revenus des travaux effectivement réalisés par rapport à des quotas convenus *a priori*, et enfin, des concertations sur les prix (les prix moyens des offres les moins disantes étant supérieurs de 14 % aux prix moyens des marchés emportés par les mêmes entreprises au cours de la même période).

Sur les contrats de concession

Dans un arrêt du 29 janvier 2002 (Saturg), la cour d'appel a confirmé l'analyse du Conseil dans sa décision 01-D-16 et a considéré que *«le contrat de concession est un contrat de gré à gré, librement négocié par la collectivité publique avec la personne physique ou morale de son choix ; que, dès lors, l'engagement de pourparlers entre la collectivité publique concédante et un groupement de sociétés pressenti pour être concessionnaire, de même que les réunions entre entreprises membres du groupement afin de préparer une offre destinée à la collectivité publique, ne constituent pas en elles-mêmes des ententes anticoncurrentielles, en l'absence d'éléments de preuve établissant que ces sociétés se sont regroupées pour porter atteinte à la concurrence»*. Par ailleurs, la cour note qu'aucun élément du dossier n'a permis de démontrer que la constitution de ce groupement était anticoncurrentielle en soi, ni qu'elle avait asséché le marché en faisant disparaître la concurrence. Il n'est pas établi, notamment, que la constitution de ce groupement aurait mis l'autorité concédante dans l'impossibilité de demander des propositions alternatives.

Sur l'effet cumulatif des contrats

Dans un arrêt du 7 mai 2002 (Masterfoods), la cour d'appel a confirmé la décision 00-D-82 du Conseil, dans laquelle celui-ci avait écarté l'application de la théorie de l'effet cumulatif des contrats dans l'appréciation de la pratique consistant, pour les producteurs de glace, à prêter gratuitement des congélateurs aux détaillants, en contrepartie de l'engagement de ces derniers de n'y exposer, en exclusivité, que les glaces desdits producteurs.

Le Conseil avait, en effet, estimé que n'était pas caractérisée la première condition permettant l'application de l'effet cumulatif des contrats, soit une part de marché importante, la part de marché détenue par l'ensemble des fabricants de glace en cause étant, en l'espèce, inférieure à 47 %. La cour d'appel ayant réintégré dans la procédure des procès-verbaux écartés par le Conseil, la part de marché cumulée à prendre en considération était désormais de 65,9 %. La cour a par conséquent été conduite à examiner les autres critères définis habituellement par la jurisprudence communautaire

pour établir l'effet cumulatif (arrêt Délimitis du 28 février 1991). Elle énonce ainsi que *«l'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier au regard de la nature et de l'importance des contrats sur le marché en cause, de l'existence de possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau des contrats, et des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence, à savoir, notamment, le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, le degré de saturation de ce marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes»*. En l'espèce, l'arrêt relève que de nouvelles sociétés sont entrées sur le marché, que les contrats peuvent être résiliés avec un bref préavis de 15 jours, que les meubles sont restitués à hauteur de 20 % chaque année, ce qui témoigne d'une certaine fluidité du marché, que 27 % des distributeurs sont propriétaires de leurs meubles, que 52,3 % d'entre eux ont la faculté de placer plusieurs meubles dans leurs locaux, que le marché ne semble pas arrivé à saturation et enfin que la coexistence de sociétés de tailles diverses permet de maintenir un degré élevé de concurrence. En conclusion, la cour d'appel estime qu'il n'est pas établi que l'effet cumulatif des contrats parallèles de prêt de meubles, assortis d'une clause d'exclusivité de marque, aurait eu, pour la période considérée, des effets anticoncurrentiels.

Décisions d'annulation ou de réformation

Statuant sur le fond, la cour d'appel de Paris n'a réformé ou annulé totalement que trois décisions du Conseil : la décision 01-D-31 (arrêt du 12 février 2002), la décision 98-D-61 (arrêt du 12 mars 2002 sur renvoi après cassation), la décision 01-D-63 (arrêt du 9 avril 2002). Cette dernière annulation était motivée par le contenu des observations écrites du Conseil, présentées dans le cadre du recours devant la cour (voir *supra*).

Sur les bordereaux des prix unitaires (BPU)

Dans son arrêt du 12 février 2002, la cour d'appel a réformé la décision du Conseil de la concurrence 01-D-31 du 5 juin 2001. Les pratiques sanctionnées étaient relatives à des échanges d'informations entre entreprises, avant le dépôt de leurs offres, lors de la soumission à des marchés d'électrification rurale et d'éclairage public, passés par le syndicat départemental d'énergie et d'équipement de la Vendée, selon la forme des marchés à bons de commande par appel d'offres restreint. Le syndicat avait organisé, en 1995, les procédures d'appel d'offres pour 40 marchés d'une durée maximale de trois ans et avait établi le bordereau des prix unitaires servant de base aux propositions des soumissionnaires, chaque offreur devant formuler ses propositions sous forme d'un rabais ou d'une majoration par rapport aux prix du bordereau unitaire. Ces échanges d'informations avaient eu lieu lors de réunions de travail, dont l'existence n'était pas contestée, qui visaient à réévaluer les chapitres de l'ancien bordereau de prix unitaire élaboré par le maître d'œuvre en 1991, pour les mêmes marchés qui venaient à expiration en 1995.

Le Conseil avait estimé que ces échanges d'informations nécessaires à cette actualisation, effectués par les entreprises en prévision des renouvel-

lements des marchés en question en 1995, à l'insu du maître d'ouvrage et des autres candidats, portaient nécessairement sur leurs structures de coûts, leurs capacités techniques et sur leurs prix, et avaient eu pour objet et pour effet potentiel de réduire l'indépendance de leurs offres, lors de leurs soumissions aux marchés d'électrification et d'éclairage de 1995.

Les entreprises contestaient devant la cour d'appel le lien de causalité entre le travail réalisé en commun sur le bordereau de prix unitaire de 1991 et la soumission de 1995, qui avait eu lieu sept mois plus tard.

La cour d'appel a accueilli leur moyen : la concertation entre entreprises n'a pu, selon l'arrêt, perturber de manière significative le jeu de la concurrence lors de la passation en 1995 des marchés d'électrification, pour trois raisons :

- les entreprises devaient formuler leurs offres en 1995 sur la base du BPU élaboré par le seul maître d'œuvre et aucun élément de preuve ne démontre qu'elles se seraient entendues sur le montant des rabais et majorations proposés par elles en réponse à la consultation de 1995 ;
- le BPU est élaboré à partir de données connues de tous, sans prise en compte de la situation individuelle de chaque entreprise ; le Conseil n'a pas démontré la corrélation nécessaire entre un échange d'informations sur les coûts de revient des entreprises, la structure de leurs prix ou leurs capacités techniques et la détermination de leurs soumissions en 1995 ;
- le Conseil n'a pas rapporté la preuve d'une entente générale de répartition de marché.

En conclusion, la cour a considéré que la concertation reprochée aux entreprises n'avait pu avoir qu'un effet négligeable sur les propositions qu'elles ont ensuite présentées à la suite du lancement des appels d'offres correspondant aux marchés litigieux.

Sur la définition du marché pertinent

Dans un arrêt du 12 mars 2002 (SA Routière de l'Est parisien), la cour d'appel a tiré les conséquences d'un arrêt de la Cour de cassation, en date du 22 mai 2001, contestant la définition du marché pertinent retenue par le Conseil. La cour d'appel a jugé, contrairement au Conseil, qu'il existait un marché du traitement des ordures ménagères, sans établir de distinction entre les techniques de traitement, puisque les collectivités demanderesse les considéraient toutes comme substituables pour satisfaire leurs besoins d'élimination des déchets. Le marché ainsi défini étant plus large que le marché retenu par le Conseil, la société mise en cause ne se trouvait plus en situation de position dominante.

Sur les sanctions

Sur la gravité des pratiques

La durée des pratiques, leur amplitude géographique (l'ensemble du territoire national étant, au cas d'espèce, concerné) et leur mise en œuvre par des entreprises bénéficiant d'une exclusivité légale sont des éléments pouvant

être pris en compte pour apprécier leur gravité (arrêt du 22 janvier 2002, relatif aux répartiteurs pharmaceutiques).

Sur le dommage à l'économie

La cour prend en compte le fait que les médicaments sont des biens de première nécessité (même arrêt).

Sur le rôle du maître d'ouvrage dans la concertation

La cour d'appel approuve le Conseil en ce qu'il a modéré la sanction encourue par des entreprises membres d'une entente sur les marchés publics, compte tenu du rôle actif du maître d'ouvrage dans la concertation (arrêt du 29 janvier 2002, SA Appia).

Sur la prise en compte, au titre de la sanction appliquée à l'entreprise absorbante, des condamnations antérieures de la société absorbée

Après avoir constaté la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles par la société Gerland routes, absorbée depuis les faits par la société Appia, le Conseil avait, dans l'appréciation du montant de la sanction prononcée à l'encontre de la société Appia, tenu compte des antécédents de la société absorbée. La société Appia faisait valoir que n'exerçant pas de contrôle sur la société Gerland au moment des faits qui avait valu à cette dernière une condamnation, on ne pouvait aggraver sa peine au titre d'une réitération qui lui serait imputable. La cour qui choisit de réduire, pour d'autres motifs, la sanction prononcée par le Conseil, semble, en revanche, confirmer la solution adoptée par ce dernier : *«Mais considérant que la société Appia... assure la continuité juridique et fonctionnelle de la société Gerland routes par l'effet de la fusion-absorption...»* (arrêt du 29 janvier 2002, SA Appia).

Sur les mesures conservatoires

Les conditions du prononcé d'une mesure conservatoire

Dans un arrêt du 21 mai 2002, rendu sur un recours formé contre la décision 02-MC-04, la cour d'appel a rappelé les principes énoncés par la Cour de cassation dans un arrêt du 18 avril 2000 NumériCâble, selon laquelle le prononcé de mesures conservatoires ne nécessite pas le constat préalable du caractère manifestement illicite des pratiques dénoncées mais seulement du lien de causalité entre ces pratiques et l'atteinte relevée : *«...Les pratiques dénoncées doivent être en relation directe et certaine avec une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, sans qu'il soit besoin de démontrer, à ce stade, leur caractère manifestement illi-*

cite». Cet arrêt confirme, par ailleurs, l'appréciation du Conseil s'agissant de l'atteinte au secteur par les pratiques dénoncées. Il démontre que la cour est vigilante, comme le Conseil, à la situation des marchés innovants ou à la phase décisive de structuration de marchés nouveaux, pendant laquelle il faut éviter que l'opérateur dominant ne prenne une avance qui risque d'être irréversible sur ses concurrents (voir aussi les arrêts de la cour d'appel des 30 mars 2000 (SA France Télécom) et 9 avril 2002 (SA France Télécom) en ce qui concerne la fourniture d'accès à Internet haut débit).

La commercialisation des packs ADSL

Dans l'arrêt France Télécom du 9 avril 2002, la cour d'appel a rejeté le recours de France Télécom contre la décision du Conseil de la concurrence 02-MC-03 du 27 février 2002.

La cour confirme l'analyse du Conseil sur le fond, s'agissant, d'une part, de la position dominante de France Télécom sur le réseau local de télécommunications et pour la fourniture de l'accès à Internet à haut débit et, d'autre part, de l'abus anticoncurrentiel consistant en une *«discrimination structurelle résultant des conditions opérationnelles de la commercialisation des packs ADSL»* en faveur de sa filiale Wanadoo. En effet, France Télécom, qui bénéficie du réseau de ses 750 agences, a mis en place, à partir de celles-ci, *«un système performant de vérification de l'éligibilité des lignes et de passation des commandes, pour la mise en service des connexions ADSL dans des délais compatibles avec une distribution de masse, service dont ne bénéficie pas, dans les mêmes conditions de fiabilité et de sécurité, et en l'absence d'une implantation territoriale comparable, la société T-Online»*. De fait, Wanadoo bénéficie pour la distribution de son pack ADSL eXtense du support des agences France Télécom, lesquelles orientent systématiquement la demande sur les produits Wanadoo, et est à même de fournir à ses abonnés des services de vérification d'éligibilité de leur ligne à l'ADSL et de passation des commandes, rapides et efficaces, les clients pouvant, dès lors, bénéficier d'une connexion dans un délai de quatre jours. Ses concurrents, en revanche, se voient imposer, pour les mêmes services, *«une procédure lourde et formaliste»* entraînant, outre des refus d'accès injustifiés, des délais de connexion plus longs.

L'atteinte grave et immédiate au secteur est d'autant plus constituée que celui-ci présente des tendances monopolistiques : *«Ces pratiques portent une atteinte grave à la concurrence en ce qu'elles renforcent les tendances monopolistiques des secteurs concernés et permettent à France Télécom de structurer le marché à sa guise»*, dans une période décisive de structuration du marché.

L'affaire du GIE Sport libre

Dans un arrêt du 4 juin 2002 (GIE Sport libre), la cour d'appel a confirmé la décision 02-MC-06, rendue le 30 avril 2002, en matière de mesures conservatoires, par le Conseil de la concurrence.

Dans cette décision, le Conseil, saisi par la société RMC Info, avait prononcé une mesure conservatoire à l'encontre du GIE Sport libre, afin que ce dernier mette fin à des comportements susceptibles d'entraver l'exploitation par la société RMC Info de ses droits exclusifs de diffusion radiophonique de la coupe du monde de football.

La société RMC Info avait, en effet, conclu, le 4 décembre 2001, avec la société Kirchmédia (détentriche de droits radiophoniques exclusifs sur les matchs de la coupe du monde de football 2002, en vertu d'un accord avec la FIFA), un contrat lui assurant l'exclusivité de ces mêmes droits pour la diffusion radiophonique sur le territoire français. Ce contrat comportait l'obligation de chercher à couvrir toute l'étendue du territoire national. Les zones d'émission de RMC Info étant limitées à environ la moitié de la population française, la station avait cherché à passer avec d'autres radios des accords de sous-licence.

Au nom du pluralisme et du principe de liberté d'information, les principales radios généralistes avaient créé, le 17 décembre 2001, un GIE, dénommé Sport libre, auquel elles avaient confié l'exclusivité de leur politique d'achat de droits sportifs. RMC Info et le GIE n'étaient pas parvenus à négocier un accord de sous-licence. Se trouvant, par ailleurs, dans l'incapacité de négocier individuellement avec les adhérents du GIE (puisque les règles applicables au sein de ce dernier interdisaient toute négociation individuelle aux adhérents), RMC Info demandait au Conseil de la concurrence, compte tenu de l'imminence de la coupe du monde, de prendre des mesures d'urgence à l'encontre du GIE.

Le Conseil de la concurrence a enjoint au GIE Sport libre de suspendre, en ce qui concernait la retransmission radiophonique des matchs de la coupe du monde de football, les clauses de ses statuts et de son règlement intérieur qui limitaient strictement la capacité de ses membres à négocier ou conclure, à titre individuel, tout accord relatif à la retransmission d'événements sportifs.

La cour constate que le GIE regroupe les principales radios, et que ses clauses prévoient l'abandon du droit de négociation individuel de chacun des membres, ce qui peut comporter un effet restrictif de concurrence. Elle souligne que la revendication du droit à l'information n'autorise pas, en l'état de la législation qui n'interdit nullement la concession exclusive d'un droit de retransmission des événements sportifs, à se livrer à une pratique prohibée. Elle considère que le fait que le GIE ait été notifié à la Commission européenne n'empêche pas le Conseil *«de faire usage des pouvoirs conservatoires que lui confère l'article L. 464-1 du code de commerce afin de faire cesser une pratique antérieure à la notification pour laquelle il existe des indices très sérieux d'illégalité»*.

Elle relève que le GIE a été vraisemblablement conçu pour empêcher RMC de bénéficier de son contrat d'exclusivité, ce qu'attestent les déclarations publiques de son président, et souligne l'atteinte portée aux intérêts des consommateurs puisque, en raison des pratiques, les auditeurs demeurant dans la partie du territoire français non couverte par RMC, auraient été privés de retransmission des matchs de la coupe

du monde de football. Elle estime la mesure décidée par le Conseil, à la fois strictement proportionnée à ce qui est nécessaire à la cessation du trouble constaté ainsi qu'au rétablissement des conditions de la concurrence, et justifiée par l'urgence.

Sur la nature des mesures conservatoires

Le degré de précision des injonctions prononcées par le Conseil

Dans sa décision 02-MC-03 du 27 février 2002, le Conseil de la concurrence avait ordonné à France Télécom de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet, un serveur d'accès Extranet leur permettant d'accéder aux mêmes informations que celles dont disposait Wanadoo Interactive et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion ADSL, dans les mêmes conditions tarifaires et d'efficacité que celles accordées à Wanadoo Interactive. En outre, afin de pallier le désavantage structurel dont pâtissaient les FAI concurrents de Wanadoo, le Conseil avait exigé que ce dispositif autorise le traitement de masse en ligne. Dans cette attente, la commercialisation des packs était suspendue.

Les parties requérantes soutenaient, en se prévalant d'un arrêt de la cour d'appel du 26 février 2002 concernant l'ART, que les mesures étaient trop vaguement définies et insuffisamment motivées. La cour d'appel juge, dans son arrêt du 9 avril 2002, que les mesures étaient suffisamment motivées par l'analyse de la discrimination structurelle effectuée par le Conseil et par ailleurs, que *«le Conseil n'a pas à se substituer à France Télécom pour définir les éléments techniques de l'accès au serveur»*. La cour vérifie en outre que le délai dans lequel la mesure doit être mise en œuvre n'est pas indéterminé (en l'espèce, un délai de 4 mois avait été imparti à France Télécom).

L'orientation vers les coûts

Le Conseil de la concurrence avait enjoint à la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en faisait la demande, une offre de prestations d'accueil concernant, au moins, les sites de diffusion hertzienne installés sur les vingt-neuf premières zones de diffusion définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, détaillée poste par poste, et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé (02-MC-04).

Dans un arrêt du 21 mai 2002, la cour d'appel confirme le pouvoir du Conseil de prendre toute décision en matière de mesures conservatoires *«de nature à prévenir ou à redresser les situations économique déviantes»*, même si ces mesures ne sont pas demandées par les parties, étant rappelé que *«l'énumération des mesures conservatoires figurant à l'article L. 464-1 du code de commerce n'est pas limitative»*.

La cour estime, en revanche, que la mesure excède ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence : *«(...) l'immédiateté et la gravité de l'atteinte*

à la concurrence (...) n'imposent pas que le principe d'orientation vers les coûts (...) soit appliqué dans toute sa rigueur alors qu'en l'état de l'instruction, la qualification d'infrastructure essentielle des sites de TDF n'est pas avérée».

La cour note la fragilité du secteur et souligne que l'orientation vers les coûts est de nature à pénaliser l'opérateur historique et à exercer un impact nocif sur la concurrence en décourageant l'investissement. Toutefois, elle insiste sur la nécessaire prise en considération des coûts pour s'assurer qu'ils sont en conformité avec les principes garantissant le libre jeu de la concurrence, *«c'est-à-dire, s'agissant d'une société en position dominante, proportionnels à la valeur du service»*.

La cour reprend donc tous les éléments contenus dans l'injonction du Conseil, mais en supprimant la référence au concept d'orientation vers les coûts qu'elle remplace par *«un prix proportionné à la valeur du service»* proposé par TDF.

Sur l'application du droit communautaire

Dans un arrêt du 26 juin 2002 (SA Pharma-Lab), la cour d'appel a statué sur un recours contre une décision du Conseil, rendue en matière de mesure conservatoire (02-MC-07), par laquelle avait été admise la *«recevabilité»* de la saisine, mais rejetée la demande de mesures conservatoires en l'absence d'atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise, du secteur, de l'économie ou des consommateurs.

La cour rappelle que la voie du recours prévue par l'article L. 464-8 du code de commerce n'est pas ouverte à l'encontre des décisions par lesquelles le Conseil de la concurrence déclare une saisine au fond recevable.

Elle rappelle également le principe selon lequel une pratique anticoncurrentielle relève de l'application des articles 81 et 82 du traité, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter sensiblement les échanges intracommunautaires. Par ailleurs, la cour valide l'application du droit communautaire par le Conseil de la concurrence à des pratiques commises sur le territoire français, bien qu'elles ne produisent pas d'effet sur ce territoire dès lorsqu'elles sont susceptibles d'affecter de manière sensible le commerce entre États-membres.

La cour rappelle encore le principe d'application directe du droit communautaire, consacré en droit national, par l'article L. 470-6 du code de commerce : *«(...) pourvu que leur droit national leur ait conféré les pouvoirs nécessaires à cette fin, les autorités nationales de concurrence sont compétentes pour appliquer les dispositions d'effet direct des articles 81 (§1) et 82 du traité CE en tant que ces dispositions font partie intégrante de l'ordre juridique applicable sur le territoire de chacun des États-membres ; (...) l'habilitation des autorités françaises à mettre en œuvre les règles de concurrence communautaires résulte des dispositions de l'article L. 470-6 du code de commerce selon lesquelles, pour l'application des articles 81 à 83 du traité CE, le Conseil de la concurrence dispose des pouvoirs qui lui sont reconnus par les articles du livre quatrième du code de commerce, les règles de procédure prévues par ces textes étant applicables»*.

Selon la cour d'appel, *«les critères d'appréciation du bien-fondé [des mesures conservatoires] sont ceux définis par le droit communautaire et [...] les dispositions de l'article L. 464-1 du code de commerce doivent, en tant que de besoin, être interprétées à la lumière de celui-ci»*. Dans la mesure où la jurisprudence communautaire conditionne l'octroi d'une mesure provisoire à *«l'existence d'une présomption d'infraction raisonnablement forte»*, la cour d'appel se démarque de l'analyse du Conseil en considérant que cette présomption ne résulte pas du dossier, s'agissant aussi bien de l'entente entre les laboratoires que de l'abus de position dominante. La cour rejette le recours de la société Pharma-Lab pour ce motif, qu'elle substitue à celui retenu par le Conseil, tenant à l'absence de préjudice.

Dans l'arrêt du 16 juillet 2002 (SA Pharmajet), la cour d'appel statuait sur le recours formé contre la décision du Conseil du 12 juin 2002 (02-MC-09), par laquelle avait été rejetée une demande de mesures conservatoires présentée par la société Pharmajet, grossiste exportateur en pharmacie, qui se plaignait de décisions de cessation de livraisons prises par plusieurs laboratoires. S'agissant des conditions d'octroi des mesures conservatoires, elle rappelle que *«[...] si l'autorité compétente pour prononcer des mesures conservatoires n'est pas tenue de constater une infraction aux règles de la concurrence présentant le même degré de certitude que celui requis pour la décision finale, elle doit néanmoins être convaincue de l'existence d'une présomption de manquement raisonnablement forte»*. Dans ce cadre, la cour approuve le Conseil d'avoir tenu pour non établie l'existence d'une entente des laboratoires visant à contrarier l'exercice des activités de l'exportateur et écarte, au vu des pièces du dossier, un éventuel abus de position dominante des laboratoires mis en cause.

■ Jurisprudence de la Cour de cassation

En 2002, la Cour de cassation a rendu 8 arrêts sur des pourvois formés contre des arrêts de la cour d'appel de Paris, statuant sur des recours contre des décisions du Conseil.

Arrêts relatifs à des mesures conservatoires

Arrêt du 12 février 2002 (société Scan Coupon)

Dans une décision 99-MC-07 du 13 octobre 1999, le Conseil de la concurrence avait estimé qu'il n'était pas exclu que la société Sogec gestion, opérateur dominant et historique sur le marché du traitement des coupons publicitaires de réduction, ait abusé de sa position dominante au détriment de la société Scan coupon, et avait prononcé des mesures conservatoires à son encontre.

Il était reproché à la société Sogec gestion d'avoir imposé aux annonceurs des contrats d'adhésion comprenant des clauses d'exclusivité de gestion

de l'ensemble des coupons de réduction émis, ne laissant d'autre choix à ces annonceurs que la résiliation totale du contrat. Il lui était reproché également d'avoir imposé des clauses de tacite reconduction, d'avoir mis des obstacles à l'exécution du contrat de Scan coupon avec l'enseigne Casino (en refusant d'envoyer à Scan coupon les coupons qu'elle devait traiter) et enfin, d'avoir installé gratuitement, sur les ordinateurs des distributeurs, son propre logiciel de traitement des coupons.

Le Conseil avait considéré que ces pratiques portaient une atteinte grave et immédiate au secteur concerné en empêchant l'émergence de toute concurrence, et avait enjoint à Sogec, notamment de suspendre l'application de la clause d'exclusivité contenue dans les contrats d'adhésion et de ne plus proposer de contrats comportant de telles clauses.

La cour d'appel, dans un arrêt du 16 décembre 1999, avait réformé la décision du Conseil et rejeté la demande de mesures conservatoires en relevant, d'une part, le caractère limité dans le temps de la clause d'exclusivité litigieuse et le fait que son caractère injustifié n'était pas démontré, d'autre part, l'apparition, sur le marché concerné, de plusieurs prestataires de service, dont Scan coupon, qui ne permettait pas de retenir une atteinte au secteur ou à l'intérêt des consommateurs.

La Cour de cassation casse l'arrêt déféré pour absence de motivation suffisante. Elle retient que la cour d'appel n'a pas démontré en quoi le comportement caractérisé par le Conseil ne serait pas abusif, ni en quoi l'existence d'opérateurs sur le marché contredirait l'analyse du Conseil sur l'atteinte grave au secteur. Elle retient encore que la cour d'appel ne pouvait infirmer l'analyse du Conseil, en s'abstenant, par ailleurs, de se livrer à une analyse concrète du marché (comparaison des parts de marché des opérateurs, analyse de leur capacité à répondre à la demande des fabricants ou distributeurs).

Arrêt du 24 septembre 2002 (société Phototelem)

L'arrêt du 24 septembre 2002 traite pour l'essentiel de la procédure propre à l'examen des demandes de mesures conservatoires. La Cour de cassation rappelle que *«si, à l'occasion de l'examen de la recevabilité d'une saisine ou d'une demande de mesures conservatoires, un rapporteur (...) use de la faculté que lui confère l'article 15 du décret du 29 décembre 1986 de présenter des observations orales en séance, aucune violation du principe de la contradiction ni du principe de l'égalité des armes ne saurait résulter du défaut de communication préalable et écrite de ces observations aux parties, dès lors qu'elles sont présentées dans le cadre des débats contradictoires et que les parties disposent de la même faculté»*. Elle constate, par ailleurs, qu'aucun texte n'impose au Conseil la transcription des auditions de témoins auxquelles il procède en séance, aucune atteinte aux droits de la défense n'en résultant dès lors que ces auditions sont recueillies contrairement au cours des débats et que les parties qui forment un recours peuvent demander à la cour d'appel de les renouveler.

Jurisprudence relative à la procédure

Sur les conséquences de la décision du Tribunal des conflits du 18 octobre 1999 - Arrêt du 12 mars 2002

La cour d'appel de Paris avait été saisie d'un recours contre la décision 98-D-34 du 2 juin 1998, par laquelle le Conseil avait sanctionné Air France et Aéroports de Paris (ADP) pour entente anticoncurrentielle, et ADP pour abus de position dominante. Le Conseil avait considéré que le regroupement des activités du groupe Air France, autorisé par la direction générale de l'aviation civile, procédait d'une entente entre le groupe Air France et ADP et que la décision prise par cet établissement de refuser à TAT d'ouvrir à partir d'Orly-ouest de nouvelles liaisons, ainsi que l'obligation faite à TAT d'utiliser le personnel d'ADP pour les services d'assistance en escale, étaient des pratiques constitutives d'abus de position dominante. La cour d'appel avait rejeté le déclinatoire de compétence déposé par le préfet et sursis à statuer dans l'attente de la décision du Tribunal des conflits, saisi par le préfet.

Par une décision du 18 octobre 1999, le Tribunal des conflits avait considéré que les décisions d'ADP 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 cet aérogare, se rattachaient à la gestion du domaine public aéroportuaire et à l'usage, par ADP, de prérogatives de puissance publique, et relevaient, par conséquent, de la seule compétence des autorités administratives. Le Tribunal des conflits avait cependant considéré que la pratique d'ADP, consistant à contraindre la compagnie TAT à recourir à ses services d'assistance en escale, était détachable de l'appréciation de la légalité d'un acte administratif et susceptible de constituer un abus de position dominante et, par conséquent, d'être sanctionnée par le Conseil de la concurrence.

Dans un arrêt du 14 mars 2000 (Aéroports de Paris), la cour d'appel de Paris, avait néanmoins constaté que la décision du Conseil avait été annulée en toutes ses dispositions par la décision rendue par le Tribunal des conflits, tant à l'égard d'Air France que d'ADP. La cour n'avait pas distingué les deux pratiques d'abus de position dominante reprochées à ADP et n'avait pas davantage distingué les sanctions se rapportant à chacune d'elle.

En outre, la cour avait estimé que la décision du Tribunal des conflits emportait annulation de l'ensemble de la procédure d'enquête, ce qui l'empêchait par conséquent, de se substituer au Conseil pour rechercher si l'obligation faite à la TAT d'utiliser les services d'ADP était constitutive ou non d'un abus de position dominante.

La Cour de cassation censure cet arrêt au motif que l'un des deux chefs de sanction au titre de l'abus de position dominante n'avait pas été annulé, et que l'annulation de la procédure était seulement limitée aux pièces relatives à l'entente et à l'une des pratiques constitutives d'un abus de position dominante.

Sur la prescription - Arrêt du 26 février 2002 (Compagnie nationale des experts)

Dans un arrêt du 26 février 2002 (Compagnie nationale des experts), la Cour de cassation confirme sa jurisprudence antérieure relative à la prescription, telle qu'elle résulte de son arrêt du 17 juillet 2001 (Thomson Multimédia Marketing France), en l'appliquant au cas où le ministre est partie saisissante. Elle censure, par conséquent, un arrêt de la cour d'appel qui avait admis que le délai de prescription devant le Conseil s'était trouvé suspendu à l'égard du ministre, lequel avait été mis dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif dans la procédure en cours devant le Conseil. La Cour estime qu'en ajoutant ainsi à l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenu L. 462-7 du code de commerce), un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel a violé ce texte.

Sur le pouvoir d'évocation de la cour d'appel - Arrêt du 26 février 2002 (Compagnie nationale des experts)

Dans le même arrêt du 26 février 2002, la Cour de cassation confirmant sa jurisprudence antérieure (30 mai 2000, Canal Plus) décide, qu'après avoir annulé la procédure suivie devant le Conseil postérieurement à la notification du rapport et le dépôt des mémoires en réponse, la cour d'appel pouvait, en application des articles 15 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenu l'article L. 464-8 du code de commerce) et 561 du nouveau code de procédure civile, juger l'affaire au fond en se prononçant sur les griefs notifiés et en substituant sa propre décision à celle du Conseil.

Sur la compétence du Conseil – Arrêt du 19 novembre 2002

Dans un arrêt du 19 novembre 2002, la Cour de cassation avalise l'analyse selon laquelle *«la résiliation par un établissement public d'une convention d'occupation du domaine public à la suite du non paiement de redevances dont le taux est par ailleurs contesté ainsi que le refus opposé à une demande de concession, constituent des décisions par lesquelles une personne publique assure la mission de gestion du domaine public, qui lui est confiée, au moyen de prérogatives de puissance publique»* et que *«les conditions critiquées de fixation du niveau des redevances d'occupation temporaire du domaine public sont indissociables de la gestion de ce domaine»*. La Cour confirme ainsi l'arrêt de la cour d'appel qui avait rejeté le recours formé contre la décision du 20 septembre 2000 (00-D-41), par laquelle le Conseil s'était déclaré incompétent pour connaître des pratiques dénoncées par la société Au Lys de France, liées à la fixation des redevances et aux procédures de sélection, mises en œuvre par les Aéroports de Paris lors de l'attribution de concessions situées dans l'aéroport de Roissy-Charles de Gaulle.

Cette décision de la Cour de cassation s'inscrit dans la ligne de son précédent arrêt du 16 mai 2000 (NAVSA) concernant des redevances exigées par la

société Semmaris de la part des entreprises gérant des distributeurs de boissons sur l'emprise du marché d'intérêt national de Rungis.

Jurisprudence relative au fond

Arrêt du 15 janvier 2002 (Société Les Meilleures Éditions)

Dans un arrêt du 29 février 2000 (Syndicat général du Livre et de la communication écrite), la cour d'appel avait annulé la décision (99-D-41) par laquelle le Conseil avait condamné quatre syndicats, réunis au sein du comité intersyndical du livre parisien (CILP), pour une pratique concertée visant à exercer diverses pressions sur la société Les Meilleures éditions, afin de l'empêcher de faire imprimer ses journaux à moindre coût dans une imprimerie de labeur. La cour d'appel avait jugé qu'il convenait de rechercher, pour caractériser une entente, *«si l'une au moins des parties à l'entente, peut être considérée comme acteur économique exerçant une activité sur le marché»*. Dans la mesure où le Conseil avait relevé que les syndicats en cause n'exerçaient pas d'activité économique et où la constatation d'une atteinte à la concurrence résultant d'une action ponctuelle de la part de ceux-ci ne pouvait suffire à leur conférer la qualité d'acteurs économiques, la cour a estimé que l'article 7 de l'ordonnance était inapplicable en l'espèce.

60

La société Les Meilleures éditions, demanderesse au pourvoi, soutenait que l'application de l'article 7 n'imposait pas que les pratiques revêtent un caractère habituel ou répétitif.

La Cour de cassation confirme l'analyse de la cour d'appel, au motif que celle-ci ne s'est pas fondée sur le caractère isolé des agissements, mais sur l'absence d'activité économique exercée par les syndicats poursuivis.

A cette occasion, la Cour de cassation réaffirme le principe de l'absence d'immunité syndicale au regard du droit de la concurrence, dès lors qu'une organisation syndicale *«se livrerait à une activité économique, distincte de sa mission première de défense des intérêts de ses adhérents»*.

Arrêt du 22 octobre 2002 (société Vidal)

Dans un arrêt du 22 octobre 2002, la Cour de cassation a apporté des précisions sur la notion de boycott. Dans une décision du 9 novembre 1999 (99-D-68), le Conseil, saisi par la société Vidal qui s'estimait victime d'un boycott émanant de la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA), avait prononcé un non-lieu à poursuivre la procédure, estimant qu'il n'était pas établi que la pratique dénoncée (envoi d'une lettre par la FFSA à ses adhérents pour leur demander de ne pas participer à un salon professionnel organisé par la société Vidal) ait eu un objet anticoncurrentiel ou un effet sensible sur la concurrence. Statuant sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait confirmé la décision du Conseil, la Cour de cassation énonce que *«le boycott constitue une action délibérée en vue*

d'évincer un opérateur du marché» et décide qu'ayant estimé que les pratiques arguées de boycott par la société Vidal ne pouvaient être ainsi qualifiées dès lors que la volonté d'éviction de la société Vidal par la FFSA n'était pas établie, la cour d'appel a statué à bon droit.

■ ■ ■ Études thématiques

Études thématiques

L'orientation des prix vers les coûts	67
Contexte et finalité des injonctions d'orientation vers les coûts	68
Mise en oeuvre des injonctions d'orientation vers les coûts	79
Conclusion	88
Le régime de la prescription en droit national de la concurrence	89
La détermination du point de départ de la prescription	90
L'interruption et la suspension de la prescription	91
Les effets et la portée de l'acquisition de la prescription ..	96
Conclusion	97

Études thématiques

■ L'orientation des prix vers les coûts

Les directives européennes fixant le cadre de l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications ont fixé comme principe que les tarifs d'interconnexion aux infrastructures de réseau des opérateurs historiques devaient être orientés vers les coûts supportés pour la fourniture de ce service.

L'injonction, faite à une entreprise d'orienter ses tarifs vers ses coûts, déroge au principe de la libre détermination des prix par le jeu de la concurrence, institué par l'article L. 410-2 du code de commerce. De façon générale, les prix s'établissent à un niveau concurrentiel, en fonction non pas des seuls coûts des entreprises mais également de la demande qui leur est adressée. Il n'est donc pas surprenant que la jurisprudence du Conseil de la concurrence en matière d'orientation vers les coûts soit peu abondante.

Dans les années récentes, le Conseil a eu recours à ce type d'injonctions dans le secteur des télécommunications (décision Kosmos 01-MC-07) et dans les secteurs connexes de l'édition d'annuaires, du renseignement téléphonique et du marketing direct (décision 02-D-41). Dans ces deux cas, le Conseil a tenu compte des dispositions réglementaires en vigueur (code des postes et télécommunications). Il a également prononcé une injonction d'orientation vers les coûts dans l'affaire TDF (décision 02-MC-04) qui concernait les infrastructures nécessaires à la mise en place de la télévision numérique terrestre.

La première partie de la présente étude décrit le contexte et la finalité des injonctions d'orientation vers les coûts. Une injonction de ce type n'est pas, en règle générale, un instrument approprié pour remédier à des problèmes de concurrence. En revanche, elle peut permettre de favoriser l'émergence de nouveaux marchés et accompagner utilement le processus de libéralisation de secteurs anciennement sous monopole. La seconde partie aborde les problèmes de mise en œuvre pratique. Les problèmes d'incitation et d'asymétrie d'information, bien connus dans le domaine de la régulation des monopoles publics, sont brièvement passés en revue. Les méthodologies mises au point dans le secteur des télécommunications et précisées dans les textes réglementaires, fournissent une référence utile pour le Conseil de la concurrence.

Contexte et finalité des injonctions d'orientation vers les coûts

L'orientation vers les coûts n'est pas, en règle générale, un instrument approprié pour remédier à des problèmes de concurrence

Le principe d'orientation vers les coûts n'est pas inscrit dans la doctrine des infrastructures essentielles. Dans la plupart des cas, le caractère non discriminatoire de l'accès suffit à garantir l'exercice d'une concurrence par les mérites. Cependant, le critère de non-discrimination est parfois inopérant, en particulier dans les cas de forte intégration verticale. Dans ces situations, les tests de ciseau tarifaire, qui consistent à imposer un écart suffisant entre les tarifs d'accès et les prix de détail, permettent de restaurer l'efficacité de court terme. Toutefois, la volonté d'ouvrir les marchés à la concurrence et de favoriser le développement de marchés émergents, qui s'inscrit dans une perspective de long terme, peut justifier d'agir directement sur le tarif d'accès.

La doctrine des infrastructures essentielles ne fait pas référence au principe d'orientation vers les coûts

Comme le rappelle l'avis 02-A-08 du Conseil, la notion de facilité ou d'infrastructure essentielle est, à l'origine, une création jurisprudentielle des tribunaux américains appliquant les dispositions des sections 1 et 2 du *Sherman Act*. La première application de cette notion remonte à l'affaire *United States vs. Terminal Railroad*. Dans cette affaire, le financier américain Jay Gould avait, en formant une association, notamment avec des sociétés de transport ferroviaire, acquis le contrôle de la totalité des infrastructures nécessaires pour charger ou décharger le fret et permettre le trafic passager des deux côtés du Mississippi aux alentours de Saint-Louis. Le gouvernement fédéral attaqua l'association sur le fondement des dispositions du *Sherman Act* qui prohibent la monopolisation. La Cour suprême des États-Unis, qui se prononça sur cette affaire en 1912, fut cependant sensible aux arguments des parties qui soutenaient que la réunion des infrastructures permettant de traverser le Mississippi à Saint-Louis dans une même entité était de nature à permettre des gains d'efficacité substantiels. Pour permettre l'exercice de la concurrence à l'aval dans le secteur du transport ferroviaire, sans pour autant renoncer aux gains d'efficacité permis par la concentration, la Cour suprême des États-Unis choisit, d'une part, d'obliger l'association à admettre en son sein toute compagnie ferroviaire qui en ferait la demande, aux mêmes conditions que celles qui avaient été consenties aux compagnies ferroviaires déjà membres de l'association. Elle a permis, d'autre part, aux compagnies ferroviaires qui ne souhaitaient pas devenir membres de l'association de pouvoir accéder aux infrastructures à un coût leur assurant qu'elles ne seraient pas désavantagées dans la concurrence par rapport aux compagnies membres de l'association.

Ainsi fut posé, pour la première fois en droit de la concurrence, le principe selon lequel une entreprise en situation de monopole ou de position dominante, qui détient une infrastructure à laquelle les entreprises opérant sur un marché aval (ou amont) doivent nécessairement avoir accès pour

concurrencer, sur ce marché, l'entreprise détentrice de l'infrastructure, doit permettre l'accès à cette dernière sur une base équitable et non discriminatoire.

La première application de cette notion par le Conseil de la concurrence remonte à une décision 90-D-22 du 26 juin 1990. La ressource essentielle consistait dans les installations de stockage et d'acheminement aux avions de carburant sur les aéroports de Roissy et d'Orly. Il y a lieu de noter que l'appellation de structure essentielle ou de facilité essentielle ne figure pas dans la décision. La qualification «*d'infrastructure essentielle*» a, pour la première fois, été utilisée par le Conseil dans une décision 96-D-51, Héli-Inter Assistance, confirmée par la cour d'appel dans un arrêt du 9 septembre 1997. Par la suite, la jurisprudence et la doctrine se sont donc attachées à préciser les conditions d'applicabilité du principe limitant la liberté économique du détenteur d'une infrastructure essentielle. A cet égard, les principes dégagés aux États-Unis sont, pour l'essentiel, les mêmes que ceux dégagés dans le droit européen ou le droit français de la concurrence. La limitation de la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle s'applique lorsque :

- en premier lieu, l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ;
- en deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;
- en troisième lieu, l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;
- en quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
- en cinquième lieu, l'accès à l'infrastructure est possible.

Dans ces circonstances, l'accès doit être garanti dans des conditions transparentes, équitables et non discriminatoires, ce qui n'implique en aucune manière l'application automatique d'un principe d'orientation vers les coûts.

L'accès non discriminatoire à l'infrastructure essentielle suffit à garantir l'efficacité de court terme

Les barrières à l'accès à un marché aval qu'une entreprise, détenant une infrastructure essentielle, peut opposer à ses concurrents, peuvent en général être levées en imposant à cette entreprise de pratiquer des tarifs d'accès non discriminatoires.

Ainsi, dans sa décision 00-MC-01, relative à la fourniture par France Télécom d'un service d'accès à haut débit aux opérateurs concurrents, le Conseil n'a, de fait, pas fait référence aux coûts. Il a enjoint à France Télécom, «*de proposer aux opérateurs tiers, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la présente décision, une offre technique et commerciale d'accès au circuit virtuel permanent pour la four-*

niture d'accès à Internet à haut débit par la technologie ADSL ou toute autre solution technique et économique équivalente permettant aux opérateurs tiers l'exercice d'une concurrence effective, tant par les prix que par la nature des prestations offertes». Dans cette affaire, le Conseil a été saisi par 9 Telecom, opérateur de réseau de télécommunication, qui souhaitait offrir aux fournisseurs d'accès à Internet un service de collecte du trafic généré par leurs abonnements ADSL, concurrent des services proposés par France Télécom. La société 9 Télécom ne pouvant, à l'époque, accéder à la boucle locale et donc desservir directement les abonnés, elle avait demandé à France Télécom d'avoir accès au «*circuit virtuel*», technique qui permet à l'abonné d'être le client du nouvel opérateur pour un service de données à haut débit tout en restant client de France Télécom pour le service téléphonique vocal. France Télécom, en réponse, n'avait offert à cet opérateur que la possibilité de lui acheter en gros l'offre Netissimo pour la revendre au détail, possibilité ne permettant pas à l'opérateur d'élaborer une offre spécifique, éventuellement plus performante techniquement ou plus avantageuse économiquement que celle qu'avait élaborée l'opérateur dominant.

C'est à la suite de l'injonction prononcée par le Conseil dans cette affaire que l'offre ADSL Connect ATM a été rendue disponible par France Télécom en avril 2000. Saisie d'une demande de règlement de différend par la société Liberty Surf (décision 01-253 du 2 mars 2001), l'ART a réaffirmé le principe de non-discrimination : *«Il résulte de tout ce qui précède que l'offre ADSL Connect ATM, qui consiste en la fourniture d'un service d'accès à haut débit, doit être regardée comme entrant dans le champ des dispositions susmentionnées du paragraphe 7 de l'article 16 de la directive 98/10/CE précitées. L'offre ADSL Connect ATM ayant été publiée par France Télécom, elle doit être qualifiée d'accès au sens des dispositions précitées de l'article L. 34-8 du code des postes et télécommunications. Il s'ensuit que France Télécom doit respecter le principe de non-discrimination, tel que défini par les dispositions précitées tant de l'article L. 34-8 que de l'article 16 de la directive 98/10/CE, en offrant les mêmes conditions et la même qualité que pour ses propres services ou pour ceux de ses filiales et associés».*

Cependant, dans le cas de l'offre Connect ATM, l'application du principe de non-discrimination s'avérait particulièrement délicate puisque France Télécom n'utilise pas elle-même la prestation que le Conseil lui a enjoint de fournir. Le principe de non-discrimination s'avère également non opératoire en présence d'une structure très intégrée verticalement. En effet, pour une entreprise intégrée, au sens où le seul objectif poursuivi par l'ensemble de la structure est la maximisation du profit total des activités, le prix de cession interne n'a pas de signification économique et peut être l'objet de manipulation comptable.

Les problèmes posés par l'intégration verticale du détenteur de l'infrastructure ont été illustrés dans la décision 02-D-41, citée ci-dessus, par les conditions de cession de la base annuaire internes au groupe France Télécom : *«Considérant que les termes fixés dans les conventions pour la mise à disposition de la base annuaire prévoient des conditions tarifaires en apparence identiques entre Pages Jaunes et d'autres éditeurs de services*

d'annuaires ou de renseignement concurrents ; que, pour autant, le coût de l'acquisition de la base annuaire imputé par le pôle service par opérateur pour l'activité de renseignement par téléphone de France Télécom est inférieur au montant facturé à un opérateur concurrent qui souhaiterait exclusivement, comme Sonera, exercer une telle activité ; que cette situation, qui est en contradiction apparente avec l'identité des conditions contractuelles stipulées, est due à la rétrocession de la base annuaire effectuée par Pages Jaunes au profit de France Télécom pour l'exercice de l'activité de renseignement par téléphone ; que le passage par Pages Jaunes apparaît artificiel dans la mesure où la base de données pourrait être cédée directement par la division multimédia de France Télécom». Dans cette affaire, la disproportion était cependant telle que le Conseil a pu conclure que l'injonction de non-discrimination n'avait pas été respectée.

Effet de ciseau et ouverture à la concurrence

Dans les affaires concernant l'Internet qui vont être évoquées ci-dessous, la prestation amont n'existait pas et le Conseil a précisément demandé sa création. Mais dans la plupart des cas, l'architecture verticale du marché, avec une prestation amont vendue aux concurrents et une prestation aval vendue aux clients finals, est déjà en place. Les cas délicats sont ceux où le détenteur de l'infrastructure amont est également actif en aval et où il est verticalement intégré.

Dans la mesure où il s'agit de permettre aux concurrents d'exercer une concurrence effective sur le marché aval ou connexe dépendant de l'accès à l'infrastructure, il peut suffire de s'assurer qu'ils ne sont pas victimes d'un effet de ciseau (ou *squeeze*) sur ce marché, compte tenu, d'une part, du prix d'accès à cette infrastructure qui leur est facturé, et, d'autre part, des prix de détail pratiqués par le détenteur de l'infrastructure sur le marché amont. Il s'agit donc de vérifier que l'écart entre les prix amont (redevance d'accès payée par les opérateurs alternatifs) et aval (prix payé par les consommateurs finals) est suffisant pour que des concurrents raisonnablement efficaces puissent exercer leur activité. L'avantage des tests de ciseau est de ne faire intervenir ni les coûts amont ni les prix de cession interne de l'opérateur intégré.

Dans une affaire relative à l'offre de France Télécom permettant l'accès à Internet des écoles et des établissements scolaires (décision 98-MC-03 du 19 mai 1998), le Conseil a constaté que le tarif d'interconnexion des concurrents de France Télécom offert par cette entreprise à ses concurrents sur le segment amont (collecte de trafic régional IP) était au moins supérieur de plus de 60 % au forfait global proposé aux établissements scolaires pour la fourniture de l'accès à Internet. Le Conseil a enjoint à la société France Télécom de «suspendre l'application de son offre concernant l'accès aux écoles et aux établissements scolaires publics et privés sous contrat à Internet, jusqu'à ce que cette société propose aux opérateurs longue distance une offre tarifaire spécifique et non discriminatoire d'interconnexion à son réseau de télécommunications local pour l'accès à Internet des établissements scolaires». Il peut cependant arriver que la vérification de la présence d'un effet de ciseau ne soit pas aussi évidente que dans le cas précédent (cf. problèmes méthodologiques des tests de ciseau, *infra*).

La situation dans laquelle les concurrents ne peuvent pas exercer leur activité, en aval, peut être due à plusieurs facteurs. Les entreprises en aval peuvent être victimes de tarifs discriminatoires ou prédateurs de la part de l'entreprise intégrée. Mais il se peut également, que les entreprises actives en aval soient moins efficaces que l'opérateur intégré ou encore que le prix sur le marché aval soit très bas, par exemple parce que le marché est en croissance et qu'une «*guerre des prix*» s'y déroule, sans qu'une pratique de prédation puisse être imputée à l'opérateur intégré.

Les effets de ciseau peuvent-ils provenir d'un comportement stratégique du détenteur de l'infrastructure essentielle visant à évincer les concurrents ? Cette question est très discutée dans la littérature économique. Dans de nombreux cas, l'opérateur intégré n'a pas intérêt à évincer des entreprises plus efficaces que lui en aval. En effet, l'opérateur intégré arbitre entre servir lui-même les consommateurs finals et percevoir les redevances d'accès des opérateurs concurrents en aval. Si ces derniers sont plus efficaces que lui en aval (leur coût incrémental pour cette activité est plus faible que le sien), alors, dans le cas d'une concurrence en prix avec biens homogènes sur le marché aval, l'opérateur intégré choisit de percevoir les redevances d'accès. Ce résultat est *a fortiori* valide si les biens sont différenciés (voir par exemple Flochel, 2001).

Quelle que soit l'origine d'un éventuel effet de ciseau, on peut tenter d'y remédier en agissant directement sur l'écart de prix, qui est la variable cruciale du point de vue des concurrents. C'est le sens des tarifications à la «*marge perdue*», qui visent à assurer le détenteur de l'infrastructure qu'il récupèrera la marge qu'il perd en ne fournissant pas lui-même la totalité du marché aval. Ainsi, il lui est indifférent de servir lui-même les clients finals ou de percevoir les redevances d'accès des utilisateurs de l'infrastructure (qui sont ses concurrents en aval). Pour cela, il faut que l'écart entre le tarif d'accès et le prix de détail soit égal au coût incrémental de l'opérateur intégré sur le segment compétitif. Autrement dit, la redevance d'accès doit être égale au coût total de la prestation amont pour l'opérateur intégré, ce coût total étant la somme du coût direct de l'accès et du coût d'opportunité (bénéfice perdu par l'opérateur intégré en ne servant pas lui-même les consommateurs finaux). On supprime ainsi toute incitation pour le détenteur de l'infrastructure à évincer des concurrents plus efficaces que lui.

Cependant cette règle, même si elle est compatible avec l'efficacité économique de court terme, a été critiquée car elle ne permet de faire entrer sur le marché aval que les entreprises plus efficaces que l'opérateur intégré, au sens du coût incrémental. Autrement dit, seules pourront entrer, si on applique cette règle dans toute sa rigueur, les entreprises dont le coût est plus faible que le coût incrémental de la branche aval de l'opérateur intégré. Ce coût pouvant être très faible, il se peut qu'en pratique, aucun nouvel entrant n'ait la capacité d'exercer son activité sur le marché aval. Or, on admet en général que la présence d'une pluralité d'opérateurs est socialement optimale à long terme, car elle permet des innovations techniques ou des efforts de gestion, qui se traduiront par des réductions de coût et finiront par profiter aux consommateurs. Les gains futurs peuvent aussi consister en une plus grande variété des produits ou des offres tarifaires. Enfin, la

présence d'une pluralité d'entreprises (même moins efficaces que l'opérateur intégré) peut contribuer à réduire les rentes informationnelles de l'entreprise en place.

Ainsi, la volonté d'ouverture des marchés justifie d'aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire pour garantir l'efficacité de court terme (à savoir la règle de la marge) et d'agir directement sur le prix d'accès.

L'orientation vers les coûts permet d'accompagner le processus de libéralisation de certains secteurs et de soutenir la création de nouveaux marchés

Les injonctions d'orientation vers les coûts peuvent être utiles dans un contexte d'ouverture à la concurrence. Elles permettent, en exerçant une pression à la baisse sur les prix, de favoriser l'émergence de nouveaux marchés. Mais cette mesure doit être utilisée de manière transitoire et n'a pas vocation à être généralisée à toutes les infrastructures essentielles.

La libéralisation des industries de réseau

Après avoir rappelé que *«des conditions équitables, proportionnelles et non discriminatoires d'interconnexion et d'interopérabilité sont des facteurs clés pour favoriser le développement de marchés ouverts et compétitifs»*, la directive 97/33/CE considère que *«la fixation des tarifs d'interconnexion est déterminante pour la structure et l'intensité de la concurrence lors du passage à un marché libéralisé et que les organismes puissants sur le marché doivent être en mesure de prouver que leurs redevances d'interconnexion sont déterminées selon des critères objectifs, respectent les principes de transparence et d'orientation en fonction des coûts...»*.

De même, la loi du 26 juillet 1996 de réglementation des télécommunications prévoit, dans son article L. 34-8, que les exploitants de réseaux ouverts au public figurant sur la liste des opérateurs puissants, sont tenus de publier une offre tarifaire d'interconnexion, préalablement approuvée par l'ART. Cet article précise dans son troisième alinéa que les tarifs d'interconnexion rémunèrent l'usage effectif du réseau de transport et de desserte, et reflètent les coûts du service rendu. Le Conseil a confirmé, dans son avis 01-A-01 du 16 mars 2001, portant sur la tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ des réseaux tiers, que l'orientation vers les coûts de l'accès aux infrastructures essentielle de FT est compatible avec le droit de la concurrence.

Plusieurs caractéristiques du secteur des télécommunications justifient le recours privilégié à l'orientation vers les coûts des tarifs d'interconnexion, en particulier, l'intégration verticale des opérateurs nationaux et leur présence sur l'ensemble des marchés aval, qui facilite les subventions croisées entre activités et rend peu significatifs les tests de non-discrimination, en dépit de la séparation comptable des activités. Mais surtout, l'orientation vers les coûts permet, dans un contexte d'ouverture à la concurrence d'un secteur, d'atteindre des objectifs de régulation qui vont au-delà de la simple

instauration de conditions de concurrence efficaces sur les marchés concernés. Le principal objectif poursuivi par le régulateur est, en effet, l'entrée sur les marchés de nouveaux opérateurs, malgré les barrières à l'entrée qui protègent l'opérateur historique, comme l'ancienneté de son réseau, en partie amorti, la capillarité de ce réseau, les économies d'échelle dont il bénéficie du fait de son ancienneté, et les réticences des clients au changement d'opérateur. L'orientation vers les coûts permet de faire bénéficier les opérateurs entrants des économies d'échelle de l'opérateur historique, bien qu'ils n'aient pas encore atteint une taille critique. De plus, certains des marchés aval concernés (Internet, téléphone mobile) sont des marchés émergents dont les perspectives de développement dépendent de la possibilité d'une baisse rapide des prix de détail. Plus généralement, le coût des services de télécommunications est un élément clé de la compétitivité d'une économie. Or, l'orientation vers les coûts des tarifs amont favorise la baisse des prix en évitant que le client final paie une double marge, sur le service final et sur le service intermédiaire.

Dans le cadre de l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence, l'article 4 de la loi du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité prévoit que *«les tarifs d'utilisation du réseau public de transport et des réseaux publics de distribution applicables aux utilisateurs sont calculés de manière non discriminatoire à partir de l'ensemble des coûts de ces réseaux»*. L'article 2 du décret du 26 avril 2001, relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution de l'électricité, dispose que *«les tarifs d'utilisation des réseaux publics sont calculés à partir de l'ensemble des coûts de ces réseaux, tels qu'ils résultent de l'analyse des coûts techniques, de la comptabilité générale des opérateurs»*. Dans le cadre de son activité consultative, le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de rappeler les conditions d'application du principe d'orientation vers les coûts aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité (avis 02-A-05 du 18 avril 2002).

Le cas des tarifs d'accès et l'affaire Kosmos

L'interconnexion se distingue de l'accès par la réciprocité des prestations : l'opérateur interconnecté envoie du trafic et en reçoit. Avant la modification introduite par l'ordonnance du 25 juillet 2001, l'article L. 34-8 du code des postes et des télécommunications ne prévoyait pas que l'accès au réseau des utilisateurs et fournisseurs de services de télécommunications autres que le service téléphonique au public, ainsi que des services de communication audiovisuelle, donne lieu à une rémunération reflétant les coûts du service rendu. Seuls les principes d'objectivité, de transparence et de non-discrimination étaient retenus. Ces dispositions s'appliquaient, notamment, à la fourniture de services d'accès à haut débit.

L'ordonnance du 25 juillet 2001 a introduit la référence aux coûts pour ce type d'accès. L'alinéa IV de l'article L. 34-8 prévoit désormais que les exploitants de réseaux ouverts au public figurant sur la liste des opérateurs puissants font droit aux demandes d'interconnexion des titulaires d'une autorisation délivrée en application des articles L. 33-1 et L. 34-1 dans des

conditions objectives, non discriminatoires et transparentes. Ces exploitants assurent, dans les mêmes conditions, un accès à leur réseau aux utilisateurs et fournisseurs de services de télécommunications, autres que le service téléphonique au public, ainsi qu'aux services de communication audiovisuelle, autres que les services de radiodiffusion sonore ou de télévision diffusés par voie hertzienne terrestre ou par satellite, ou distribués par câble. Cet alinéa conclut que la fourniture des accès mentionnés au présent alinéa, par un exploitant figurant sur la liste des opérateurs exerçant une influence significative sur un marché pertinent des télécommunications, donne lieu à une rémunération reflétant les coûts du service rendu.

Cette modification a également eu pour effet de faire bénéficier de cette disposition l'accès des fournisseurs de services téléphoniques au titre de l'article L. 34-2, qui n'est pas non plus considéré comme une prestation d'interconnexion et ne bénéficie donc pas des tarifs publiés dans le catalogue d'interconnexion. Le Conseil en a tiré les conséquences dans sa décision 01-MC-07 du 21 décembre 2001. Après avoir constaté, d'une part, que les tests d'effet de ciseau tarifaire présentés par l'ART, dans son avis, montraient qu'un fournisseur de services de cartes à code, tel que la société Kosmos, ne pouvait aligner ses tarifs sur ceux de France Télécom sans subir de pertes, et, d'autre part, que les tarifs équivalents publiés au catalogue d'interconnexion étaient inférieurs à ceux proposés à Kosmos, le Conseil a enjoint à France Télécom *«d'orienter vers les coûts qu'elle supporte pour la fourniture de ce service les tarifs qu'elle pratique sur ses prestations de collecte de trafic téléphonique émanant de son réseau téléphonique commuté public fixe en France métropolitaine et à destination des numéros spéciaux de ses clients fournisseurs de services de télécommunications au titre de l'article L. 34-2 du code des postes et télécommunications, tels Kosmos, pour leurs services de cartes à code au public»*.

Le secteur des annuaires et renseignements téléphoniques est également soumis à des dispositifs de régulation

La cour d'appel, dans un arrêt du 29 juin 1999, reprenant dans des termes similaires l'injonction prononcée par le Conseil dans sa décision 98-D-60 du 29 septembre 1998, avait enjoint à la société France Télécom de proposer ces données *«dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande»*.

Dans l'affaire précitée opposant la société Filetech, spécialisée dans le marketing direct, à la société France Télécom sur le marché des fichiers destinés à la réalisation d'opérations de marketing direct, bien que n'ayant pas explicitement employé le terme *«d'infrastructure essentielle»*, la cour d'appel a conclu *«qu'il ressort de l'ensemble de ces constatations que la liste des abonnés au téléphone constitue pour les opérateurs intervenant sur le marché des fichiers de prospection une ressource à laquelle aucune autre base de données ne peut être substituée»*, que ces opérateurs avaient besoin de cette base et que *«France Télécom, qui était titulaire au cours de la période examinée d'un monopole légal sur le marché des télécommunications entre points fixes, était le seul opérateur en mesure de commer-*

cialiser la liste des abonnés au téléphone, tenue à jour et expurgée des noms de ceux de ces abonnés figurant sur les listes orange et safran». Ces caractéristiques, qui sont celles d'une infrastructure essentielle détenue par une entreprise en situation de monopole, ont justifié l'injonction faite à la société France Télécom en ces termes :

- *«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» ;*
- *«de proposer un service permettant la mise en conformité des fichiers contenant des données nominatives détenues 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 orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande, à l'instar, s'agissant de la prestation de déduplication ou topage, de la prestation prévue au catalogue de France Télécom à la rubrique prévoyant la mise en conformité des fichiers tiers externes avec la liste safran et la déduplication ou le topage de ces fichiers».

La Cour de cassation, dans l'arrêt de rejet qu'elle a rendu sur le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel, s'est appuyée sur le code des postes et télécommunications (arrêt n° 2030 du 4 décembre 2001 - pourvoi n° 99-16.642) *«Mais attendu que l'arrêt a retenu à la charge de la société France Télécom un abus de position dominante ayant consisté à entraver, notamment par des pratiques de prix excessifs et discriminatoires, l'accès à la liste des abonnés au service téléphonique expurgée de ceux inscrits en liste orange, ressource essentielle pour toutes les entreprises de marketing, et relevé que la liste orange ne pouvant, par nature, pas être divulguée, France Télécom ne pouvait que proposer des listes d'abonnés expurgées de ceux inscrits sur cette liste ou proposer une prestation de mise en conformité des fichiers externes avec la liste orange ; qu'en cet état, et dès lors qu'en vertu de l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications, la société France Télécom est tenue, jusqu'à la mise en service de l'organisme prévu par ce texte, de mettre à la disposition de 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 à un prix reflétant les coûts, la cour d'appel a pu prononcer l'injonction visée au moyen qui, seule, était de nature à mettre un terme aux pratiques condamnées».*

La Cour de cassation se réfère à l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications qui dispose que *«France Télécom édite un annuaire universel sous forme imprimée et électronique et fournit un service universel de renseignements.»* Mais c'est l'article L. 33-4 de ce code qui mentionne le principe d'orientation vers les coûts : *«Sur toute demande présentée en vue d'éditer un annuaire universel ou de fournir un service universel de renseignements, même limitée à une zone géographique déterminée, les opérateurs sont tenus de communiquer, dans des conditions non discrimi-*

natoires et à un tarif reflétant les coûts du service rendu, la liste de tous les abonnés ou utilisateurs auxquels ils ont affecté, directement ou par l'intermédiaire d'un distributeur, un ou plusieurs numéros du plan national de numérotation prévu à l'article L. 34-10.».

L'émergence d'un nouveau marché : l'exemple de la télévision numérique terrestre

Dans le cadre de la mise en place des infrastructures nécessaires à la télévision numérique terrestre, le Conseil de la concurrence a enjoint «à la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en fait la demande une offre de prestations d'accueil concernant, au moins, les sites de diffusion hertzienne installés sur les 29 premières zones de diffusion définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, détaillée poste par poste, et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé» (décision 02-MC-04 du 11 avril 2002). Cette décision illustre la volonté du régulateur de faire prévaloir des prix d'accès relativement bas pour assurer l'ouverture effective du marché dans des délais raisonnables.

Dans la décision 02-MC-04 du 11 avril 2002, le Conseil a considéré, dans un premier temps, que la question de la reproductibilité des sites pylônes détenus par TDF ne se posait pas site par site mais pour l'ensemble du réseau et «qu'il ne peut donc être exclu, à ce stade de l'instruction, que les sites de TDF situés dans les 29 zones définies par le CSA, dans son appel à candidatures du 24 juillet 2001, constituent une infrastructure essentielle à laquelle TDF serait tenu de proposer l'accès à des conditions transparentes, non discriminatoires et orientées vers les coûts». Il a ensuite constaté qu'il n'était pas non plus exclu, à ce stade de l'instruction, que les offres faites à Antalis ne répondent pas à l'exigence de transparence nécessaire à l'exercice d'une concurrence effective et soient abusivement élevées, Antalis ayant fourni des estimations montrant que ces offres étaient de 2 à 11 fois supérieures au coût réel du service. En revanche, les éléments du dossier ne lui ont pas paru étayer de façon suffisamment probante l'accusation d'Antalis selon laquelle TDF lui appliquerait des charges d'accès supérieures à celles qu'elle se facturerait à elle-même. Il a, au vu de l'ensemble de ces considérations, enjoint à la société TDF de «communiquer à toute entreprise... une offre de prestation d'accueil concernant, au moins, les sites de diffusion hertzienne..., détaillée poste par poste et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoires, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé».

La cour d'appel, dans son arrêt du 21 mai 2002, a réformé cette décision, en considérant, «sur le principe d'orientation vers les coûts, que les mesures doivent être limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence ; que si l'immédiateté et la gravité de la pratique de l'atteinte à la concurrence commandent que TDF corrige son offre pour la rendre compatible avec le droit de la concurrence, elle n'impose pas que le principe d'orientation vers les coûts lui soit appliqué dans toute sa rigueur alors qu'en

l'état de l'instruction, la qualification d'infrastructure essentielle des sites de TDF n'est pas avérée». La cour d'appel a reformulé l'injonction d'une façon différente, exigeant que les tarifs soient établis «à un prix proportionné à la valeur du service qu'elle [TDF] propose».

En ces termes, l'injonction renvoie à la jurisprudence européenne selon laquelle une pratique de prix abusifs à l'égard de particuliers ou de professionnels, dans le cadre d'un monopole, peut être établie, s'il existe une disproportion manifeste entre ce prix et la valeur du service correspondant (CJCE, 13 novembre 1975, General Motors, 26/75). La jurisprudence ultérieure a précisé que cette «disproportion manifeste» pouvait s'apprécier par comparaison avec les coûts de revient ou avec les prix de produits équivalents. Ainsi, la décision 00-D-27 du 13 juin 2000 (prison du Val d'Oise), «*Considérant que, selon la jurisprudence de la CJCE, une pratique de prix abusifs à l'égard de particuliers ou de professionnels, dans le cadre d'un monopole, peut être établie, s'il y existe une disproportion manifeste entre ce prix et la valeur du service correspondant (CJCE General Motors 13 novembre 1975 et CJCE 11 novembre 1986 British Leyland), ou si une telle anomalie manifeste apparaît à la suite d'une comparaison effectuée sur une base homogène dans le cadre d'une analyse des composants du prix pratiqué (CJCE 14 février 1978 UBC et CJCE 13 juillet 1989 Tournier) ; une telle pratique n'existera pas si la disproportion constatée comporte une justification (CJCE 8 juin 1971 Deutsche Grammophon et CJCE 13 juillet 1989 Tournier)*».

Les tarifs de détail et le service universel

La question de l'éventuelle orientation vers les coûts des tarifs sur les marchés de détail doit être abordée avec une grande prudence, car l'objectif d'ouverture à la concurrence doit être concilié avec la volonté de garantir au consommateur des prix abordables dans le cadre du service universel.

La directive 98/10/CE du Parlement européen et du Conseil du 26 février 1998, concernant l'application de la fourniture d'un réseau ouvert (ONP) à la téléphonie vocale et l'établissement d'un service universel des télécommunications dans un environnement concurrentiel, justifie cependant l'orientation vers les coûts des tarifs de détail des opérateurs puissants par le souci de garantir aux consommateurs l'accès aux services de téléphonie vocale à un prix abordable, alors que les conditions d'une concurrence effective sur le marché ne sont pas réunies.

L'article L. 34-1-1, inséré par Ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 article 18 *Journal officiel* du 28 juillet 2001, dispose : «*Sans préjudice des dispositions de l'article L. 35-2, les opérateurs inscrits sur la liste établie en application du a du 7° de l'article L. 36-7, fixent les tarifs du service téléphonique au public de manière à ce qu'ils reflètent les coûts correspondants. Ces tarifs sont indépendants de la nature de l'utilisation qui est faite du service par les utilisateurs. Ils sont suffisamment détaillés pour que l'utilisateur ne soit pas obligé de payer des compléments de services qui ne sont pas nécessaires à la fourniture du service demandé. Les opérateurs portent ces tarifs et leurs modifications à la connaissance du public au moins huit jours avant la date de leur mise en application*».

Néanmoins, le Conseil soulignait dans l'avis 01-A-01 le fait qu'une application trop stricte du concept d'orientation vers les coûts, qui ne laisserait, par exemple, comme marge à France Télécom qu'une rémunération du capital, à un taux fixé chaque année par l'ART, risquerait de contraindre artificiellement la marge des opérateurs entrants et de décourager les nouvelles entrées. Il concluait : *«La possibilité doit être laissée à France Télécom d'intégrer dans ses tarifs de détail une marge commerciale raisonnable. Il va de soi que le caractère raisonnable de cette marge ne peut s'apprécier que par rapport au niveau des coûts réellement supportés par France Télécom, soit la charge de terminaison d'appel et les coûts d'acheminement de l'appel du poste fixe jusqu'au point d'interconnexion avec le réseau mobile»*. De façon plus générale, le Conseil notait que, si France Télécom n'est pas tenue d'orienter mécaniquement ses tarifs de détail vers les coûts, la prise en compte de ces derniers constitue une précaution indispensable pour s'assurer de la conformité de ses tarifs au droit de la concurrence, notamment afin de s'assurer qu'ils ne revêtent pas un caractère prédateur et n'exposent pas les concurrents à un effet de ciseau tarifaire.

Mise en œuvre des injonctions d'orientation vers les coûts

La mise en œuvre des injonctions d'orientation vers les coûts renvoie au même type de problèmes d'incitation et d'asymétrie d'information que ceux rencontrés dans le domaine de la régulation des monopoles publics. Les avancées méthodologiques réalisées dans le secteur des télécommunications fournissent un guide utile pour le Conseil de la concurrence.

La mise en œuvre de l'orientation vers les coûts pose de délicats problèmes méthodologiques

La mise en œuvre pratique du principe d'orientation vers les coûts pose plusieurs questions de méthode : L'orientation vers les coûts doit-elle être stricte, les tarifs d'accès équivalant strictement aux charges précisément évaluées, ou doit-elle laisser place à une marge *«raisonnable»* ? Quels sont les coûts pertinents à prendre en compte ? Le taux de rémunération du capital doit-il cependant tenir compte du risque encouru par l'actionnaire ? Doit-on aller jusqu'à prendre en compte la charge de la dette ?

Ces questions traduisent la difficulté que le régulateur rencontre pour donner des incitations efficaces aux différents acteurs concernés (gestionnaire de l'infrastructure, investisseurs, utilisateurs, entrants potentiels) dans un contexte d'information asymétrique. Il faut cependant souligner que la plupart de ces problèmes ne sont pas propres aux situations dans lesquelles l'orientation vers les coûts est jugée appropriée, mais sont communs à tous les modes de tarification des infrastructures de réseaux, ainsi qu'aux analyses concurrentielles faisant référence aux coûts (prédation, ciseau tarifaire).

La gestion des incitations dans un contexte d'information asymétrique

La plupart des questions pratiques de mise en œuvre de l'orientation vers les coûts concernent la répartition des coûts fixes dans le temps, entre utilisateurs et entre activités. Ces questions exigent de faire des choix et des arbitrages délicats, qui ont une influence sur les incitations du détenteur de l'infrastructure à investir pour réduire ses coûts, sur les décisions d'entrée des concurrents potentiels, ainsi que sur la décision des opérateurs présents d'utiliser l'infrastructure existante ou de construire une infrastructure alternative.

Lorsque les infrastructures en cause ont une durée de vie relativement longue, supportent plusieurs activités ou sont utilisées par plusieurs utilisateurs, les problèmes de répartition des coûts fixes dans le temps, entre activités ou entre utilisateurs, sont particulièrement complexes. L'importance des coûts fixes dans les industries de réseau leur donne encore plus d'acuité.

L'entreprise qui détient l'infrastructure, répartit les coûts fixes dans le temps, entre utilisateurs et entre activités en fonction des objectifs de rentabilité et de développement. De son point de vue, la seule référence aux coûts, qui soit économiquement rationnelle, est celle qui englobe l'ensemble des activités et des utilisateurs et qui couvre la période de temps sur laquelle elle doit assurer la rentabilité des investissements. Les subventions croisées ne sont pas interdites en soi en droit de la concurrence. Elles peuvent être bénéfiques dans certains cas, notamment pour le financement de la recherche.

Du point de vue de l'autorité de concurrence ou du régulateur, ces choix ne doivent pas avoir pour effet d'empêcher l'accès à l'infrastructure et aux marchés qui en dépendent. Ce serait le cas, par exemple, en cas d'allocation anticoncurrentielle des coûts fixes, ceux-ci étant répartis de telle façon qu'une activité ouverte à la concurrence serait subventionnée par une activité exercée en situation de monopole.

A partir du moment où le régulateur interfère dans ce type de choix, il doit aussi avoir pour objectif de ne pas obérer la rentabilité et les perspectives de développement de l'entreprise, et donc s'assurer que les modes de répartition imposés ne découragent pas les investissements futurs. Ce point a été souligné par le Conseil dans son avis 02-A-05 du 18 avril 2002 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité : *«Le Conseil observe qu'une mauvaise rémunération des gestionnaires de réseaux pourrait être de nature à entraver les investissements des réseaux et donc à freiner le développement de la concurrence. S'agissant de monopoles investis par le II de l'article 2 de la loi du 10 février 2000 des missions de service public de développement et d'exploitation des réseaux, afin de permettre la desserte rationnelle du territoire national, l'interconnexion avec les pays voisins et le raccordement et l'accès des utilisateurs dans des conditions non discriminatoires à leurs infrastructures, les gestionnaires de réseaux pourraient être empêchés d'accomplir ces missions par la non couverture de leurs charges et être amenés à refuser l'accès aux réseaux dans des conditions qui inciteraient à les soupçonner d'abus de position dominante.»*.

L'avis 02-A-08 du Conseil rappelait également que *«le droit de propriété étant l'un des fondements nécessaires au fonctionnement de l'économie de marché et au développement dynamique de nos sociétés, l'expropriation implicite que représente pour le détenteur d'une facilité essentielle, l'obligation de permettre à ses concurrents (en aval ou en amont) d'accéder à la facilité qu'il détient, est étroitement encadrée, afin d'éviter que l'intervention de l'autorité de concurrence n'ait pour effet de décourager l'investissement dans de telles infrastructures et de nuire à l'efficacité économique»*. Autrement dit, les autorités doivent arbitrer entre l'avantage de court terme que représente une baisse de prix pour les consommateurs et la nécessité de préserver les incitations suffisantes à l'investissement en vue de moderniser les installations et de réaliser des gains de productivité.

L'obligation d'orienter ses tarifs vers les coûts peut également réduire l'incitation du détenteur de l'infrastructure essentielle à réduire ses coûts. Ce problème d'efficacité vaut également pour le coût d'usage du capital, dans l'hypothèse où les décisions d'investissement de l'entreprise sont soumises à de l'aléa moral (la firme a la possibilité, moyennant un effort inobservable pour le régulateur, de réduire les coûts de ses investissements ou d'augmenter leur efficacité).

Le niveau de la demande, qui intervient dans le dimensionnement de l'infrastructure, doit être pris en compte dans la tarification. Le calcul de tarifs ou de coûts unitaires nécessite une évaluation précise, qui peut poser des problèmes particulièrement complexes lorsque la demande s'exprime en minutes d'interconnexion ou en capacité. S'agissant du partage des coûts fixes entre utilisateurs, on sait qu'il peut être efficace de faire supporter une part plus importante de coûts fixes aux catégories d'utilisateurs dont l'élasticité-prix de la demande est la plus faible (tarification à la Ramsey-Boiteux), ce qui peut contredire le principe de non-discrimination.

Les autres modes de tarification d'accès posent des problèmes analogues

Les tarifications de type *«price cap»* consistent à imposer à l'opérateur historique un plafond globalisé pour l'ensemble de ses tarifs d'accès, à charge pour lui de moduler en fonction de ses informations sur ses coûts et sur la demande. Cependant, comme le notait une étude (*«Ouverture à la concurrence et évaluation des coûts dans le secteur des télécommunications»*, Les entretiens de l'autorité, 27 mai 1999) de l'ART, *«pour être réellement incitatif, le contrat tarifaire doit fixer des objectifs qui contraignent effectivement l'opérateur à effectuer des gains de productivité plus rapides qu'il ne l'aurait fait spontanément sans contrat. [...] En définitive, il n'est pas facile pour le régulateur de prévoir ce que seront les gains de productivité spontanés de l'opérateur et il est probable que cette asymétrie d'information conduise l'opérateur à proposer un contrat peu contraignant pour lui»*.

L'ART observait, de plus, que l'introduction de clauses de révision en fonction des bénéfices réalisés pendant l'année écoulée ne permet pas de résoudre le problème. L'opérateur peut, en effet, anticiper cette future expropriation des bénéfices provenant des gains de productivité, ce qui limite d'autant l'incitation à fournir les efforts correspondants. Au total, les

contrats *«price cap»* ne sont sans doute pas la meilleure réponse à l'arbitrage auquel fait face le régulateur : donner des incitations pour atteindre l'efficacité d'une part, réduire les rentes informationnelles d'autre part.

La mise en œuvre des tests de ciseau tarifaire, ou de prédation, nécessite d'évaluer les coûts pertinents

Les tests de ciseau, qui comparent le tarif d'accès au prix de détail, posent également des problèmes méthodologiques sur le type de coût à prendre en compte. Il s'agit, en effet, de vérifier si l'écart entre les deux prix est suffisant pour permettre à des opérateurs tiers d'exercer leur activité. Cette approche dispense de connaître les coûts du détenteur de l'infrastructure (coûts *«amont»*), mais ne supprime pas toutes les asymétries d'information, puisqu'elle nécessite tout de même la connaissance des coûts incrémentaux relatifs à l'activité exercée en aval.

En pratique, il importe, d'ailleurs, de choisir une référence pour ces coûts aval : faut-il prendre en compte les coûts de la branche aval de l'opérateur intégré, ou ceux des concurrents (présents ou potentiels) ou encore ceux d'un opérateur *«raisonnablement efficace»* ? Pour calculer les coûts pertinents en aval, quelle structure de consommation ou d'activité doit-on prendre en compte, celle de l'opérateur intégré, celle des concurrents ou une structure moyenne ? Des questions voisines se posent pour les tarifs utilisés dans les tests. En particulier, doit-on, pour tenir compte de l'avantage de l'opérateur historique, pénaliser ce dernier en appliquant un coefficient réducteur à ses prix (ce qui rend le test de ciseau plus sévère à son égard) ?

Il n'existe pas de réponse universelle à ces questions. Les choix dépendent, dans chaque cas d'espèce, de l'appréciation portée sur d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles et sur l'évolution souhaitable du marché à moyen et long terme.

La mise en œuvre de l'orientation vers les coûts s'appuie sur les textes réglementaires dans le secteur des télécommunications

Dans le cadre du processus d'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications, et, plus récemment, du secteur de l'électricité, les questions posées ci-dessus ont fait l'objet d'une réflexion approfondie et les choix méthodologiques retenus ont été en grande partie précisés dans un cadre réglementaire. En ce qui concerne les autres marchés pour lesquels une injonction d'orientation vers les coûts est jugée nécessaire, les réponses apportées pour le secteur des télécommunications fournissent au Conseil un guide d'analyse utile.

Le rappel du dispositif réglementaire

Les conditions de la mise en œuvre de l'obligation d'orientation vers les coûts imposée par la loi aux opérateurs exerçant une influence significative (au sens de l'article L. 36-7 du code des postes et télécommunications) sur un marché pertinent des télécommunications ont été inscrites dans le cadre

réglementaire. Les articles D. 99-12 à D. 99-22 du code des postes et télécommunications fixent, en particulier, les obligations d'ordre comptable qui pèsent sur ces opérateurs et les pouvoirs d'audit de l'ART, de façon à réduire les problèmes d'asymétrie d'information. Le système d'allocation et de déversement de coûts et des recettes de France Télécom fait notamment l'objet d'un audit, sur la base d'un cahier des charges défini par l'ART et financé par France Télécom.

L'article D. 99-17 décrit les principes sur lesquels doivent reposer les tarifs d'interconnexion :

1. Les coûts pris en compte doivent être pertinents, c'est-à-dire liés par une forme de causalité, directe ou indirecte, au service rendu d'interconnexion ;
2. Les coûts pris en compte doivent tendre à accroître l'efficacité économique à long terme, c'est-à-dire que les coûts considérés doivent prendre en compte les investissements de renouvellement de réseau, fondés sur la base des meilleures technologies industriellement disponibles et tendant à un dimensionnement optimal du réseau, dans l'hypothèse du maintien de la qualité de service ;
3. Les tarifs incluent une contribution équitable, conformément au principe de proportionnalité, aux coûts qui sont communs à la fois aux services d'interconnexion et aux autres services, dans le respect des principes de pertinence des coûts énoncés à l'article D. 99-18 et de l'équilibre économique de l'opérateur ;
4. Les tarifs incluent une rémunération normale des capitaux employés pour les investissements utilisés ;
5. Les tarifs peuvent faire l'objet d'une modulation horaire pour tenir compte de la congestion de la capacité de transmission et de commutation du réseau général de l'opérateur ;
6. Les tarifs unitaires applicables pour un service d'interconnexion sont indépendants du volume ou de la capacité des éléments du réseau général utilisée par ce service.

L'article D. 99-18 prévoit que sont exclus des coûts spécifiques à l'interconnexion, les coûts commerciaux (publicité, marketing, administration des ventes hors interconnexion, facturation et recouvrement hors interconnexion) et les coûts d'accès de la boucle locale. Sont également exclus des coûts communs pertinents, les coûts de la recherche générale et de l'enseignement supérieur des télécommunications.

L'article D. 99-19 dispose qu'à partir des tarifs 1997, tant que l'ART n'aura pas arrêté une autre méthode en application de l'article D. 99-20, les tarifs d'interconnexion sont fondés sur les coûts moyens comptables prévisionnels pertinents. L'article D. 99-20 précise qu'*«après concertation au sein du comité de l'interconnexion et consultation publique, l'Autorité de régulation des télécommunications définira une méthode tendant vers une meilleure efficacité à long terme des coûts pris en compte que celle résultant de la méthode initiale énoncée à l'article D. 99-19 tout en respectant les principes énoncés à l'article D. 99-17. A cette fin, elle s'appuie sur la comparaison*

des résultats de modèles technico-économiques et de modèles fondés sur la comptabilité de l'opérateur en maintenant la référence aux comparaisons internationales disponibles».

Cette nouvelle méthode a été arrêtée avec l'adoption par l'ART, le 5 novembre 2002, de la décision 02-1027 portant sur l'adoption des coûts moyens incrémentaux de long terme comme coûts de référence pour les tarifs d'interconnexion de France Télécom. Dans cette décision, l'ART justifie ainsi ce processus : *«En 2001, l'Autorité a entrepris des travaux en vue de l'adoption dès 2002 des coûts moyens incrémentaux de long terme ou CMILT, comme coûts de référence de l'interconnexion. Ce changement se justifie à la fois par des raisons de meilleure efficacité économique mais aussi par souci de cohérence avec le dégroupage de la boucle locale, où ces coûts sont déjà utilisés. Le processus suivi a été conforme aux dispositions de l'article D.99-20, associant le secteur à la fois à la définition de la méthode et à l'élaboration d'un modèle technico-économique. Dans le cadre de cette concertation, l'Autorité a défini une méthodologie semblable à celle suivie dans de nombreux pays européens, reposant sur la comparaison entre deux modèles, l'un dit 'bottom-up' développé avec le secteur, l'autre dit 'top-down' basé sur un modèle de l'opérateur historique».*

Cette décision donne la définition suivante des coûts moyens incrémentaux de long terme :

- *«Il s'agit de coûts incrémentaux moyens. Leur calcul revient à se placer à un niveau de production donné, à définir un incrément de production et à estimer le coût moyen lié à cet incrément et uniquement à cet incrément. Les tarifs d'interconnexion doivent intégrer, outre les coûts calculés sur la base de CMILT, une contribution équitable aux coûts communs afin de respecter la contrainte budgétaire de l'opérateur ;*
- *les CMILT sont calculés dans une perspective de long terme : à cet horizon, tous les coûts sont considérés comme variables, c'est-à-dire que l'opérateur peut optimiser tous ses postes de coûts au regard du niveau de production considéré. De plus, l'approche se veut prospective et l'opérateur est considéré comme efficient, c'est-à-dire qu'il utilise la meilleure technologie disponible.*

Les CMILT doivent répondre à un principe d'efficience et peuvent être estimés sur la base de deux types de modèles technico-économiques :

- *top-down c'est-à-dire fondé sur des coûts de remplacement établis à partir de la comptabilité analytique et de prévisions d'évolution du réseau de France Télécom, et sur un réseau correctement dimensionné au regard du trafic ;*
- *bottom-up c'est-à-dire basé sur un réseau optimisé sous certaines contraintes intégrant les meilleures pratiques du marché. Ce modèle est construit en concertation avec le secteur.»*

L'article D. 99-22 prévoit que le taux de rémunération du capital employé est fixé par l'ART en tenant compte du coût moyen pondéré des capitaux de l'opérateur et de celui que supporterait un investisseur dans les activités de réseaux de télécommunications en France. Il a, par exemple, été fixé à 12,1 % pour 2001.

Un décret du 12 septembre 2000 a également précisé les coûts de référence pour l'accès à la boucle locale, qui sont les coûts moyens incrémentaux de long terme pour les éléments de réseaux (article D. 99-24). Deux décisions de l'Autorité (00-1171 et 00-1176 du 31 octobre 2000) ont adopté des lignes directrices relatives à la vérification de l'orientation des tarifs vers les coûts dans le cadre de l'accès à la boucle locale.

Cet encadrement réglementaire s'appuie sur les recommandations du rapport Champsaur en faveur des coûts moyens incrémentaux de long terme (CMILT). Les coûts incrémentaux se définissent par les coûts supplémentaires induits pour la production d'un autre bien, par rapport à un portefeuille de biens déjà existant, alors que le coût marginal est le coût de la production d'une unité supplémentaire d'un bien par rapport aux autres unités déjà produites. Les coûts incrémentaux, dont on rappellera qu'ils ne prennent en compte que les coûts fixes directement liés au service demandé, et non une contribution à l'ensemble des coûts fixes, sont particulièrement adaptés aux caractéristiques du secteur des télécommunications et aux objectifs poursuivis dans le cadre de la régulation. En effet, la prépondérance des coûts fixes, la rapidité du progrès technique, la multiplicité des services qui peuvent être supportés sur le réseau général et la diversification des activités de l'opérateur historique plaident en faveur du non partage de l'ensemble des coûts fixes. Par ailleurs, le choix des CMILT, qui valorisent les investissements par des méthodes économiques (remplacement selon la meilleure technologie disponible) et non comptables, favorise l'usage des équipements existants et évite les duplications inefficaces, en faisant bénéficier les opérateurs entrants des économies d'échelle dont seul l'opérateur en place peut profiter, du fait de l'ancienneté de ses activités. Ainsi les nouveaux entrants se trouvent placés dans des conditions proches de celles dont bénéficie l'opérateur historique, sans nécessité d'avoir atteint une taille critique ⁽¹⁾.

Les modalités de l'intervention du Conseil s'inspirent de ces dispositions

Le Conseil, lorsqu'il doit prendre en compte les coûts de l'accès aux infrastructures de France Télécom, s'appuie largement sur les règles méthodologiques définies par l'ART et sur les avis rendus par celle-ci selon les dispositions prévues par l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications.

Pour les affaires sortant du champ d'application du dispositif réglementaire décrit ci-dessus, le Conseil considère que les principes dégagés dans ce cadre constituent une référence utile. L'absence de systématisation de la collecte des informations relatives aux coûts donne toutefois, pour les cas concernés, beaucoup d'acuité aux problèmes d'asymétrie d'informations.

● Le calcul des coûts pertinents dans un test de ciseau

Le cadre méthodologique défini ci-dessus laisse cependant encore place à de nombreuses questions, relatives, notamment, aux évaluations et aux prévisions concernant la demande. Ainsi, dans l'affaire Kosmos, citée ci-dessus, le Conseil constate : «... que le test de prédation relatif au 'Ticket

Universel' communiqué par l'ART dans son avis montre que les tarifs des communications locales facturés aux clients sont légèrement inférieurs aux coûts qui seraient supportés par France Télécom pour la fourniture de ce service ; ... que France Télécom fournit dans ses observations des données alternatives relatives à la répartition du trafic en fonction des destinations, aux durées moyennes totales et efficaces des communications ainsi qu'à la proportion des appels émis depuis les publiphones, supposées correspondre au trafic réellement observé sur ce produit pour l'année 2001 qui remettent en cause les résultats obtenus par l'ART».

● La mise à disposition de la base annuaire de France Télécom

Le Conseil a répondu à un certain nombre de questions posées par les coûts de référence, pour une prestation non directement liée à l'utilisation des infrastructures de réseau de France Télécom, dans le cadre d'une saisine pour non-respect de l'injonction prononcée par la cour d'appel, le 29 juin 1999, dans l'affaire Filetech. Il a notamment abordé à cette occasion les questions suivantes : le caractère strict de l'orientation vers les coûts, le choix entre coûts incrémentaux et coûts marginaux et la rémunération du capital engagé.

Le Conseil avait été saisi par les sociétés Sonera et Scoot France, exerçant une activité de renseignement et de publication d'annuaires, qui soutenaient que France Télécom n'avait pas respecté l'injonction qui lui avait été faite de fournir une 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 avec la liste orange, dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande.

Dans la décision 02-D-41 du 26 juin 2002, le Conseil a relevé que France Télécom n'avait pas respecté l'injonction relative à la non-orientation vers les coûts des prix de consultation de la base annuaire *via* les services offerts par la société Intelmatique. Il a également constaté le caractère discriminatoire des prix de cession des données annuaires indiqués en ligne L. 12 du catalogue de prix de l'opérateur public pour les utilisateurs souhaitant exercer un service de renseignement mais ne souhaitant pas exercer une activité d'édition d'annuaires imprimés. En revanche, il a sursis à statuer sur le respect de l'injonction relative à l'orientation vers les coûts des tarifs de l'activité de gestionnaire de fichier, en estimant qu'il n'avait pas les éléments nécessaires pour se prononcer.

Dans cette affaire, le Conseil s'est inspiré de «la pratique constante de l'ART en semblable matière» pour énoncer que les coûts pertinents pour apprécier le respect des injonctions d'orientation vers les coûts de la cour d'appel sont les coûts incrémentaux, en considérant que France Télécom ne peut fonctionner, pour les besoins de son activité de service téléphonique, sans établir un fichier commercial de ses abonnés, dont l'annuaire n'est qu'un produit dérivé. Il a défini, dans le cas d'espèce, le coût incrémental comme étant celui des opérations supplémentaires nécessaires pour établir l'annuaire (le fichier commercial étant supposé réalisé), le tout selon

la technologie la plus efficace et avec un juste calcul de la charge en capital aux coûts d'aujourd'hui (et non aux coûts historiques). Les coûts fixes communs, qui ne dépendent pas de la seule fourniture de la liste consolidée et qui seraient de toute manière supportés si France Télécom ne fournissait pas cette prestation, ont été exclus de ces coûts incrémentaux.

En revanche, le Conseil n'a pas retenu la position des parties plaignantes, qui soutenaient que seuls les coûts marginaux de mise à disposition supportés par France Télécom lors de la mise à disposition de sa base annuaire devaient être retenus. Selon ces parties, ces coûts marginaux s'entendaient comme les seuls frais techniques engagés à chaque commande pour l'ouverture du dossier, la sélection des adresses et l'édition du fichier sur un support (disquette, CD-Rom, bande magnétique), y compris l'amortissement du matériel informatique et logiciels nécessaires pour ces opérations. Le Conseil n'a pas non plus souscrit à la thèse selon laquelle les coûts devaient s'entendre nets des recettes tirées de l'annuaire universel.

France Télécom, d'une part, persistait «à considérer que des coûts communs devraient être répartis entre la base annuaire et la gestion commerciale de la clientèle selon des critères pertinents», et d'autre part, soutenait que les éléments de coûts qu'elle avait fournis ne concernaient que les opérations liées au traitement de sa base annuaire, et étaient totalement indépendants des opérations concernant son propre fichier de facturation clientèle. France Télécom remettait également en cause l'analyse selon laquelle l'annuaire constituait un produit dérivé du fichier commercial de ses abonnés en soutenant que : *«La caractéristique principale du système d'information annuaire tient au fait qu'il est spécifique au traitement des données annuaires et qu'il a été depuis très longtemps, déployé et mis en oeuvre dans le seul but de réunir les données nécessaires à la confection des annuaires de France Télécom. On aurait pu imaginer que la base des données annuaire puisse être issue d'autres fichiers France Télécom (fichier client, fichier facturation). Or pour des raisons éditoriales, pour des raisons de faisabilité technique, pour des raisons de qualité, et pour des raisons d'ordre organisationnelle notamment, ce n'est pas la réalité».*

Sur ces différents points, le Conseil a considéré qu'il n'avait pas les éléments nécessaires afin de déterminer quelles étaient les modalités de constitution de l'annuaire et les coûts y afférents et a renvoyé l'affaire pour un complément d'instruction.

S'agissant de l'examen du respect de l'injonction d'orientation vers les coûts des tarifs de consultation en ligne de l'annuaire proposés par Intelmatique, les éléments réunis par l'instruction mettaient en évidence une marge d'exploitation substantielle pour l'activité de consultation en ligne de l'annuaire pour les années 1999 (46 %) et 2000 (30 %). Le Conseil a rappelé que l'appréciation de l'orientation des tarifs de consultation en ligne vers les coûts doit, certes, tenir compte d'une rémunération raisonnable des capitaux engagés. Mais il a constaté que le *ratio* bénéfices/capitaux engagés de la société Intelmatique ne pouvait être que supérieur à 21 % pour l'année 1999 et à 15 % pour l'année 2000. Il a estimé, en rapprochant ces taux de ceux proposés par l'ART pour les activités de service universel de France Télécom (10,9 % pour 1999 et 9,9 % pour 2000), que ces taux apparaissaient supérieurs à un taux de rémunération raisonnable des capitaux engagés.

En répondant aux observations de France Télécom, le Conseil a également eu l'occasion d'observer que le respect du principe d'orientation des tarifs vers les coûts est indépendant de la recherche d'éventuels effets de ciseau tarifaire dont pourraient être victimes les concurrents de l'opérateur. Il a, enfin, estimé que les comparaisons effectuées avec les tarifs pour des services européens équivalents ne sauraient faire obstacle à l'application du principe d'orientation vers les coûts retenu par l'injonction prononcée par la cour d'appel de Paris.

L'ensemble de ses considérations lui ont permis de conclure que les tarifs de consultation en ligne des données de la base annuelle, pour les années 1999 et 2000, ne sont pas orientés vers les coûts des opérations techniques nécessaires pour offrir ce service.

● L'accès aux pylônes de TDF

La question des coûts pertinents à prendre en compte se posait également dans la saisine de la société Antalis concernant la distribution par TDF de services techniques de la télévision numérique terrestre. Antalis, s'appuyant sur les résultats d'une étude réalisée par un cabinet de consultants, soutenait que les propositions tarifaires de TDF étaient de 2 à 11 fois supérieures au coût réel du service, selon que les coûts pertinents pris en compte étaient les coûts totaux ou les coûts marginaux. TDF faisait valoir que la méthode des coûts marginaux ne se justifiait pas, la télévision numérique devant, à brève échéance, remplacer la télévision hertzienne. Elle comparait également ses offres avec des offres faites par d'autres diffuseurs, nationaux et étrangers. Dans le cadre de l'examen d'une demande de mesures conservatoires, le Conseil ne s'est pas prononcé sur le juste niveau des coûts, mais a fondé l'injonction prononcée à titre conservatoire, notamment sur les écarts significatifs entre coûts estimés et tarification pratiquée, relevés également par le CSA.

Conclusion

L'obligation faite à une entreprise d'orienter ses tarifs vers ses coûts peut parfois permettre aux autorités de concurrence de s'assurer que l'accès à une infrastructure essentielle détenue par cette entreprise sera offert, dans des conditions équitables et non discriminatoires. Mais surtout, elle constitue l'un des moyens privilégiés d'ouvrir à la concurrence des industries de réseaux, et de favoriser un niveau de prix bas sur les marchés aval, en faisant bénéficier les nouveaux entrants des avantages de coûts des opérateurs historiques. Les problèmes de méthode que pose la vérification du respect des injonctions sont nombreux, mais ils sont communs à toutes les analyses concurrentielles qui font référence aux coûts et le Conseil peut s'appuyer sur les travaux menés par les régulateurs sectoriels. Les choix faits en matière de coûts de référence, ne sont cependant valables que pour une activité et une situation concurrentielle donnée. Ils ne peuvent être transposés tels quels à d'autres contextes mais peuvent cependant guider l'analyse.

● ● ●

(1) - Entretiens de l'ART - Colloque du 27 mai 1999 «ouverture à la concurrence et évaluation des coûts dans le secteur des télécommunications».

■ Le régime de la prescription en droit national de la concurrence

Depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, la prescription a été une des questions procédurales les plus discutées devant le Conseil de la concurrence et devant ses instances de contrôle, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation. Entre les années 1995 et 2001, les solutions jurisprudentielles en la matière ont été nombreuses, parfois contradictoires. La présente étude se propose de dresser un tableau des questions qui ont déjà été tranchées et des principes fondant les solutions retenues.

L'institution d'un régime de prescription répond à un souci de sécurité juridique. En fixant un délai au-delà duquel le titulaire d'un droit, demeuré passif jusque là, ne peut plus l'exercer, la prescription contribue à la consolidation des situations acquises et favorise ainsi la paix sociale. En effet, notamment en matière pénale, la prescription repose sur l'idée que le temps passé ayant fait oublier à la société le trouble causé par l'infraction, ou en ayant atténué l'intensité, il n'est plus nécessaire ni opportun d'en poursuivre l'auteur. L'idée procède aussi d'un pragmatisme évident : avec le temps, les preuves sont difficiles, voire impossibles, à recueillir et les sanctions ne sont plus ni l'écho d'un besoin social ni un mode efficace de punition de l'auteur de l'infraction.

Le droit de la concurrence, en ce qu'il est un droit punitif, a intégré ces principes indispensables dans le cadre de la vie économique, dont la nature même est de se trouver en perpétuelle évolution.

L'ordonnance de 1986 a ainsi posé, en son article 53, devenu l'article L. 462-7 du code de commerce, le principe selon lequel *«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»*.

Dans le cadre d'observations présentées à la cour d'appel de Paris à l'occasion d'un recours formé contre une de ses décisions, le Conseil avait précisé qu'il considérait que *«(...) l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 n'a pas entendu créer un régime de prescription postérieurement à sa saisine laquelle interrompt valablement la prescription ayant couru antérieurement (...)*» (CA 1^{er} décembre 1995, L'Entreprise industrielle (Marché de fourniture du barrage de Saint-Egrève), *BOCCRF* n° 3, 28 février 1996).

Par un arrêt du 1^{er} décembre 1995 (L'Entreprise industrielle), la cour d'appel de Paris a censuré cette interprétation, en posant pour principe que l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 *«(...) établit un délai de prescription et définit la nature des actes ayant pour effet de l'interrompre»* et que *«toute prescription dont l'acquisition a pour conséquence de rendre irrecevable une action ou d'interdire la sanction d'un fait, recommence à courir après qu'elle a été interrompue, sous réserve d'une éventuelle cause (...) de suspension de son cours (...)*». Il en résulte que la prescription extinctive de trois ans s'applique tant à la période antérieure qu'à la période

postérieure à la saisine du Conseil de la concurrence. Cette analyse a ultérieurement été validée par la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juillet 1997¹ rendu sur le pourvoi formé contre l'arrêt du 1^{er} décembre 1995.

La question de la suspension du délai de la prescription s'est posée à son tour. Par un arrêt du 9 mars 1999 (CA Paris, 9 mars 1999, Société Concurrence, *BOCCRF* n° 5, 20 mars 1999), la cour d'appel, faisant droit au recours d'une entreprise dont la saisine avait abouti à une décision de non-lieu prononcée par le Conseil sur le fondement de la prescription, a estimé que le cours de la prescription était suspendu à l'égard de la partie saisissante, *«mise dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif»*. Dans un arrêt du 12 octobre 1999 (CA Paris, 12 octobre 1999, Compagnie nationale des experts d'art, *BOCCRF* n° 18, 30 octobre 1999), la cour d'appel a appliqué le même raisonnement à la saisine du ministre de l'économie. Dans la mesure où les dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, applicables à l'époque, ne prévoyaient aucune possibilité pour les saisissants, entreprises ou ministre de l'économie, d'intervenir dans le cours de la procédure, pour faire accomplir des actes d'instruction du dossier, la suspension était, pour ainsi dire, d'application automatique. Cette jurisprudence aboutissait, en pratique, à ce que la prescription ne puisse plus s'accomplir après la saisine du Conseil, sauf dans le cas où ce dernier se saisissait d'office.

La chambre commerciale de la Cour de cassation a, par deux arrêts en date des 17 juillet 2001² et 26 février 2002³, censuré cette analyse. Elle a, en effet, retenu *«(...) qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte susvisé (article 27 de l'ordonnance) un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel l'a violé»*.

A la suite de ces deux derniers arrêts, les questions de prescription ont connu un regain d'actualité devant le Conseil. Elles seront examinées en ce qui concerne, tout d'abord, le point de départ du délai de prescription, puis l'interruption ou la suspension de ce délai pour conduire, enfin, à l'étude de la portée et des effets de l'acquisition de la prescription.

La détermination du point de départ de la prescription

La détermination du point de départ de la prescription des pratiques anticoncurrentielles est une donnée variable qui dépend de la manière dont les faits se sont déroulés dans le temps.

Sur ce point, la mission de protection d'un ordre public économique, dont est investi le Conseil de la concurrence, ainsi que le caractère punitif des mesures qu'il prononce, ont conduit ce dernier à analyser les faits dont il était saisi en s'inspirant des principes appliqués par la jurisprudence pénale pour qualifier les actes soumis à son examen. Ainsi que le Conseil l'a énoncé dans une décision 02-D-09, les pratiques anticoncurrentielles peuvent revêtir un caractère instantané ou continu. Le principe retenu est que, comme en droit pénal, le délai de prescription commence à courir dès que les faits constitutifs d'une pratique anticoncurrentielle sont consommés.

Les pratiques instantanées

Les pratiques anticoncurrentielles à caractère instantané sont des pratiques qui se réalisent en un trait de temps. Ces pratiques sont juridiquement consommées dès la commission des faits qui les constituent. Le point de départ de la prescription se situe le lendemain du jour où l'acte a été accompli⁴.

Tels peuvent être qualifiés, par exemple, un refus de vente opposé par une entreprise en position dominante ou une entente dans le cadre d'une soumission à un appel d'offre. Dans ces cas de figure, l'infraction est consommée le jour où intervient le refus de vente ou le jour du dépôt des offres. Le délai de prescription commencera à courir à compter du lendemain de ce jour.

Par ailleurs, certains agissements prohibés par les dispositions des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce, accomplis de façon instantanée, peuvent continuer à engendrer des pratiques anticoncurrentielles.

Une telle situation a été traitée par la cour d'appel, dans un arrêt en date du 29 janvier 2002, Société Saturg, par lequel elle a précisé que «(...) si un accord de volontés intervenu en période prescrite a continué d'être appliqué durant la période de trois années précédant la saisine du Conseil, les effets anticoncurrentiels qui en sont résultés en temps non prescrit peuvent être sanctionnés».

Relèvent de la même analyse les agissements qualifiables au regard des articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce commis en période non prescrite, par une filiale commune constituée en période prescrite⁵.

Les pratiques continues ou successives

Les pratiques anticoncurrentielles revêtent le caractère de pratiques continues lorsque l'état délictuel se prolonge dans le temps par la réitération constante ou la persistance de la volonté coupable de l'auteur après l'acte initial. Il s'agit ainsi de pratiques caractérisées par la continuité de la volonté anticoncurrentielle sans qu'un acte matériel ait nécessairement à renouveler la manifestation dans le temps, de telle sorte que le calcul du point de départ de la prescription ne commencera à courir qu'à compter de la cessation des pratiques⁶.

Telles peuvent être qualifiées, par exemple, la diffusion d'un tarif ou d'un barème de prix imposés dont la durée est indéterminée, ou encore la diffusion de statuts d'organismes professionnels anticoncurrentiels ou, enfin, la mise en œuvre de subventions croisées par une entreprise en position dominante sur un marché⁷.

L'interruption et la suspension de la prescription

Aux termes de l'article L. 462-7 du code de commerce, la prescription des faits susceptibles d'être qualifiés de pratiques anticoncurrentielles au sens

des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce peut être interrompue par tout acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction. Il existe déjà, à l'heure actuelle, une jurisprudence assez fournie permettant de distinguer les actes interruptifs de ceux qui ne le sont pas et de déterminer la portée et les effets de l'interruption. Par ailleurs, il convient de s'interroger sur le point de savoir si, dans le silence des textes et compte tenu des arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation les 17 juillet 2001 et 26 février 2002 (déjà cités) la prescription peut, conformément au droit commun, être suspendue en droit de la concurrence.

Les actes interruptifs de prescription

Dans sa décision 02-D-42 du 28 juin 2002, le Conseil, rappelant qu'en vertu de l'article L. 462-7 du code de commerce la prescription peut être interrompue par tout acte tendant à la «recherche, [la] constatation ou [la] sanction» des faits dont il est saisi, a précisé qu'«il entre dans [sa] mission de dire, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, quels sont les actes qui répondent à cette définition». Pour décider qu'un acte revêt ou non un caractère interruptif, le Conseil de la concurrence, dans le silence des textes, s'inspire, comme il le fait pour la détermination du point de départ de la prescription, des règles de la procédure pénale et de la jurisprudence qui s'est construite sur la base de ces règles. Dans la décision 02-D-42 précitée, le Conseil a précisé que si les pratiques anticoncurrentielles ne sont soumises par aucune disposition aux règles de la prescription de l'action publique, la détermination des actes de recherche et de constatation susceptibles d'interrompre la prescription peut, en raison de la similitude de cette notion avec celle d'actes d'instruction ou de poursuite figurant à l'article 7 du code de procédure pénale, c'est-à-dire, selon la jurisprudence de la chambre criminelle, d'actes «ayant pour objet de constater des infractions et d'en découvrir les auteurs», s'effectuer par voie de rapprochement avec cette jurisprudence et s'inspirer des principes dégagés par elle.

Un certain nombre d'actes ont, au fil des décisions, été reconnus comme revêtant un caractère interruptif de prescription. Tel est le cas :

En ce qui concerne les actes antérieurs à la saisine du Conseil :

- d'une lettre demandant à la Commission de la concurrence de se saisir d'office⁸ ;
- de la lettre adressée à une partie par le chef de service de la DGCCRF et marquant le point de départ de l'enquête administrative⁹ ;
- du pourvoi en cassation formé contre une ordonnance autorisant des visites et saisies rendue par le président d'un TGI et de l'arrêt de cassation rendu par la Cour sur le pourvoi formé contre cette ordonnance, au motif que les opérations de visites et saisie sont des actes de recherche et de constatation des faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles et que «les décisions rendues sur les contestations élevées incidemment à l'encontre de ces actes, antérieurs ou non à la saisine du Conseil, qui peuvent conduire à leur annulation et retirer ainsi à la poursuite les éléments matériels de preuve sur lesquels elle s'appuie (...)»¹⁰ ;

- de la lettre adressée par le chef du service régional de la concurrence à son supérieur hiérarchique, qui avait déclenché une enquête administrative à la suite de laquelle le ministre avait saisi le Conseil de la concurrence¹¹ ;
- de la réception d'une lettre de convocation d'une partie à une audition par l'enquêteur¹² ;
- des procès-verbaux établis par les enquêteurs, quel que soit leur objet¹³ :
 - procès-verbaux constatant les faits¹⁴ ;
 - procès-verbaux d'audition de personnes, qu'elles soient ou non responsables d'entreprises¹⁵ ;
 - procès-verbaux de saisie de documents¹⁶ ;
 - procès-verbaux d'inventaire de documents communiqués¹⁷.

En ce qui concerne la saisine du Conseil :

La saisine du Conseil de la concurrence par une entreprise ou par le ministre de l'économie interrompt le cours de la prescription¹⁸. La saisine d'office du Conseil de la concurrence produit le même effet¹⁹.

En cas de pluralité de saisines visant les mêmes faits, le Conseil de la concurrence considère que c'est à partir de la plus ancienne que doit se compter le délai de la prescription²⁰ et la date à laquelle la lettre de saisine arrive au Conseil constitue le point de départ du délai. La cour d'appel n'a pas eu encore à se prononcer sur ce point.

Lorsque l'enquête diligentée dans le cadre d'une saisine révèle des faits de même nature que ceux dénoncés mais non précisément exposés, le Conseil a considéré que la prescription des faits révélés par l'enquête avait été interrompue par la saisine²¹.

Dans une décision 02-D-60, le Conseil a considéré qu'une demande d'enquête adressée à la DGCCRF à la suite d'une saisine, ultérieurement retirée par son auteur, avait néanmoins produit un effet interruptif, dans la mesure où cette demande d'enquête n'avait pas perdu le fondement qu'elle puisait dans la dénonciation des faits effectuée par la saisine initiale ; il en a déduit que cette demande avait pu, à bon droit, être versée au dossier ouvert sur la saisine d'office décidée après le retrait de la saisine initiale²².

En ce qui concerne les actes postérieurs à la saisine du Conseil :

Après la saisine du Conseil, un nouveau délai de prescription de trois ans prend son cours et pourra, à son tour, être interrompu par des actes d'enquête, d'instruction et de poursuite effectués dans le cadre de la procédure par le rapporteur en charge de l'affaire ou par les enquêteurs mandatés par ce dernier. Ainsi en a-t-il été décidé à propos des actes suivants :

- procès-verbaux d'enquête²³ ;
- procès-verbaux de communication de documents dressés par la DGCCRF sur le fondement de l'article L. 450-3 du code de commerce²⁴ ;
- lettre de convocation aux fins d'audition (la date retenue comme interruptive étant celle de l'envoi)²⁵ ;
- audition d'une personne tendant à la recherche des faits incriminés²⁶, même s'il ne s'agit pas d'un responsable de l'entreprise en cause²⁷ ;

- demande de renseignements ou de communication de pièces émanant du rapporteur²⁸ ;
- demande de renseignements sur la situation juridique et financière de l'entreprise, émanant du rapporteur²⁹ ;
- demande d'enquête adressée par le rapporteur à la DGCCRF, même si les parties ont retiré leur saisine, dès lors que le Conseil s'est saisi d'office et que la demande a été versée au dossier de la saisine d'office³⁰ ;
- notification des griefs³¹ ;
- notification de griefs complémentaires³² ;
- décision de secret des affaires prise par le président du Conseil de la concurrence³³ ;
- séance du Conseil de la concurrence, si elle aboutit à une décision³⁴ ;

En revanche, le Conseil n'a pas encore eu à se prononcer sur le caractère interruptif ou non de prescription du dépôt d'un rapport d'expertise³⁵, de la notification du rapport du rapporteur, de la notification d'une proposition de non-lieu³⁶, de la notification des décisions du Conseil de la concurrence. On peut, cependant, présumer, par analogie avec les positions adoptées par la jurisprudence pénale, que ces actes devraient *a priori* revêtir un caractère interruptif.

Les actes non interruptifs de prescription

Il a, en revanche, été jugé que certains actes, de par leur nature ou leurs modalités de mise en œuvre, ne peuvent revêtir un caractère interruptif de prescription. Il en est ainsi :

- des mesures d'ordre interne au Conseil, telle la désignation du rapporteur en charge de l'instruction du dossier³⁷ ;
- de la correspondance adressée par une entreprise mise en cause, en réponse à une demande préalable du rapporteur non matérialisée et qui ne figurait donc pas au dossier³⁸ ;
- de la séance du Conseil de la concurrence n'ayant abouti à aucune décision³⁹ ;
- de la transmission par le Conseil de pièces de procédure à la demande d'une juridiction⁴⁰ ;
- par analogie avec la jurisprudence pénale, des actes émanant d'un enquêteur, matériellement ou territorialement incompétent⁴¹ ainsi que de tout acte tendant à la recherche, la poursuite ou la sanction d'une pratique, déclaré irrégulier⁴² ;

Les effets et la portée de l'interruption de la prescription

Ainsi que l'énonce un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 22 janvier 1920, l'interruption de la prescription a pour effet de faire disparaître toute la période écoulée antérieurement à sa survenance, de telle sorte qu'un nouveau délai de trois ans recommence à courir à compter de l'acte interruptif.

Dans sa décision 02-D-42 du 28 juin 2002, le Conseil a apporté une réponse détaillée au moyen selon lequel l'effet interruptif de certains actes pourrait

être limité aux parties concernées par ces actes. Il a ainsi rappelé, par un raisonnement inspiré du droit pénal, qu'en vertu de l'article 7 du code de procédure pénale, l'effet interruptif d'un acte d'instruction ou de poursuite se produit *«même à l'égard des personnes qui ne seraient pas impliquées dans cet acte»* et que la jurisprudence pénale fait de ce texte une large application en décidant, notamment, que l'effet interruptif de prescription d'un acte d'instruction ou de poursuite se produit à l'égard de tous les auteurs, coauteurs ou complices de l'infraction⁴³ et encore, qu'une plainte avec constitution de partie civile faisant état d'une opération complexe interrompt la prescription à l'égard de toutes les infractions, même non expressément qualifiées dans cette plainte, qui ont été commises à l'occasion de cette opération⁴⁴.

Dans la même décision, le Conseil a rappelé la jurisprudence élaborée en droit de la concurrence, en particulier l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 23 janvier 1998, SARL Traditions et perspectives, précisant qu'un *«procès verbal, établi dans le délai de prescription de trois ans, constitue un acte de constatation interrompant la prescription à l'égard de toutes les parties, qu'elles aient ou non été entendues à cette occasion puisque le Conseil est saisi in rem»*, ou encore, l'arrêt du 9 mars 1999, SA Seco Desquenne et Giral Construction, par lequel la cour d'appel a décidé que *«(...) le Conseil étant saisi des pratiques d'entente dans leur ensemble et non marché par marché, l'interruption de la prescription produit un 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 [de trois ans] (...)»* et, enfin, l'arrêt du 28 janvier 1997, société Hadès, par lequel la cour d'appel a considéré que *«(...) la saisine du Conseil s'opérant 'in rem', celui-ci s'est déclaré valablement saisi de l'ensemble des faits commis depuis le 10 janvier 1988 et a, à juste titre, rejeté l'exception de prescription soulevée (...)»*.

Dans les décisions qui précèdent, le principe selon lequel le Conseil est saisi *in rem* de l'ensemble des pratiques avait été invoqué pour fonder l'effet interruptif, à l'égard de toutes les parties mises en cause, d'un acte concernant une seule partie. Dans une décision 02-D-67 du 7 novembre 2002, le Conseil de la concurrence a étendu le même raisonnement au cas où l'acte interruptif de prescription n'a concerné qu'une partie des pratiques incriminées : *«Considérant que le Conseil est saisi 'in rem' des comportements susceptibles d'être imputés aux entreprises dans leur ensemble et pour l'ensemble de la période couverte par cette saisine ; que, dès lors qu'il est établi qu'un acte tendant à la recherche à la constatation ou à la sanction de ces comportements, même s'il ne concerne qu'une des entreprises incriminées ou une partie seulement des faits commis pendant la période visée par la saisine, est intervenu avant le terme du délai légal de trois ans suivant le dernier acte interruptif, la prescription se trouve interrompue par l'effet de cet acte à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés»*.

Cette analyse ne peut trouver application que pour autant que les pratiques en cause sont de même nature. Ainsi, dans sa décision 02-D-42 du 28 juin 2002, le Conseil a considéré que des actes interruptifs intervenus à l'égard de pratiques d'entente sur les prix, ne pouvaient interrompre la prescription

à l'égard de pratiques de traitement discriminatoire faisant l'objet de saisines distinctes, ultérieurement jointes dans le cadre de la procédure⁴⁵.

La suspension de la prescription

Il est prévu, en droit commun, que, dans certaines circonstances, le délai de prescription se trouve suspendu et qu'il ne recommence à courir que lorsque la cause de suspension a disparu, la partie déjà écoulée du délai étant prise en compte dans la computation de celui-ci.

La suspension de la prescription, qui s'applique tant en matière de procédure pénale qu'en matière de procédure civile, découle du principe selon lequel la prescription ne s'accomplit pas à l'encontre de celui qui ne peut valablement agir (*«contra non valentem agere non currit praescriptio»*). A côté des causes légales de suspension de la prescription (suspension en cas de guerre ou d'occupation du territoire⁴⁶), les jurisprudences pénale et civile ont admis d'autres causes de suspension, par exemple, lorsqu'il existe un obstacle de droit⁴⁷ au déroulement normal de la procédure, comme peuvent l'être l'examen d'une question préjudicielle ou l'exigence d'une autorisation préalable⁴⁸, dans certains cas, à l'exercice de l'action publique.

L'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne contenait pas de disposition spécifique relative à la suspension de la prescription, si ce n'est la suspension des procédures devant les juridictions qui consultent le Conseil de la concurrence pour avis (art. L. 462-3 du code de commerce). Ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus, la chambre commerciale de la Cour de cassation, par deux arrêts rendus les 17 juillet 2001 et 26 février 2002, a censuré la cour d'appel de Paris pour avoir, en ajoutant à l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 un cas de suspension qu'il ne prévoit pas, violé cette dernière disposition.

Il serait souhaitable d'examiner l'opportunité de modifier l'article L. 462-7 du code de commerce par l'introduction d'une disposition précisant dans quels cas le cours de la prescription peut être suspendu.

Les effets et la portée de l'acquisition de la prescription

À l'égard des faits dont est saisi le Conseil de la concurrence

L'acquisition de la prescription a pour conséquence d'interdire la poursuite de l'instruction des faits objet de la saisine et le prononcé d'une sanction. Toutefois la décision appelée à tirer les conséquences de cette acquisition sera d'une nature différente selon le point d'avancement de la procédure. Ainsi, les effets de l'écoulement du délai de la prescription sont prévus, en premier lieu, par les dispositions de l'article L. 462-8, alinéa premier, du code de commerce selon lesquelles le Conseil peut déclarer la saisine irrecevable si les faits constitutifs de la pratique sont antérieurs de plus de trois ans au premier acte interruptif (enquête de la DGCCRF ou saisine) ; en revanche, si l'acquisition de la prescription intervient postérieurement à la saisine, le Conseil ne pourra plus constater une irrecevabilité qui n'était pas constituée au jour où il a reçu cette saisine ; il ne peut, en pareille hypo-

thèse, que relever qu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence n'est établie et prononcer, en application de l'article L. 464-6 du code de commerce, un non-lieu à poursuivre la procédure.

Dans tous les cas, l'accomplissement de la prescription interdit que les faits concernés soient sanctionnés et la jonction d'une saisine concernant des faits prescrits à une saisine de faits connexes dans le cadre de laquelle des actes interruptifs ont été accomplis en temps voulu, ne saurait avoir pour effet de remettre en cause rétroactivement la prescription acquise dans le premier dossier⁴⁹.

Toutefois, ainsi que l'ont précisé, à plusieurs reprises, la Cour de cassation et la cour d'appel de Paris, si des faits prescrits ne peuvent donner lieu à qualification et à sanction, ils peuvent, néanmoins, être relatés et rappelés à seule fin d'éclairer des faits non prescrits et susceptibles d'être sanctionnés, à la condition qu'il n'en soit pas tiré de conséquences quant à la gravité de ces derniers⁵⁰.

À l'égard des parties à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence

La prescription d'une pratique anticoncurrentielle revêt un caractère absolu. Cela signifie qu'elle est opposable à tous et à tout moment de la procédure⁵¹. Il est possible de présumer qu'en droit de la concurrence comme en droit pénal, les parties ne peuvent, en raison de ce caractère absolu, renoncer au bénéfice de la prescription et que cette dernière doit être relevée d'office par le Conseil de la concurrence et les juridictions de contrôle.

Conclusion

On ne saurait, surtout à une période où la réforme du règlement 17⁵² étend le champ de compétence des autorités nationales de concurrence, aborder la question de la prescription sans relever qu'il existe, entre le droit national et le droit communautaire de la concurrence, d'importantes différences de régime.

Le paragraphe 1 de l'article 1 du règlement 2988/74 du 26 novembre 1974⁵³ précisait, en effet, que «*le pouvoir de la Commission de prononcer des amendes ou sanctions (...) est soumis à un délai de prescription (...) de cinq ans (...)*». Cette disposition a été interprétée comme interdisant à la Commission de prononcer des sanctions une fois le délai de prescription écoulé, mais nullement de qualifier les pratiques en cause. Cette distinction est considérable, non seulement d'un point de vue conceptuel, mais aussi, au regard de la possibilité qu'elle ouvre aux entreprises victimes de pratiques anticoncurrentielles d'obtenir réparation des dommages qu'ont pu leur causer de telles pratiques en se prévalant devant les juridictions compétentes de l'analyse qui en a été donnée par la décision de la Commission.

Par ailleurs, le troisième paragraphe de l'article 2 du même règlement précisait que si la prescription peut être interrompue, le délai dans lequel la Commission doit statuer ne peut excéder le double du délai de prescription, c'est-à-dire dix ans.

Ces dispositions et les principes découlant de leur interprétation ont été intégrés dans l'article 25 du règlement n° 1/2003 du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

Ces différences pourraient poser un certain nombre d'interrogations lorsque le Conseil de la concurrence aura à statuer sur des pratiques qualifiables au regard des dispositions du droit communautaire de la concurrence, mais prescrites au regard du droit national, ou qui ont fait l'objet d'actes interruptifs réguliers mais qui sont antérieures de plus de dix années à la décision du Conseil. Les réponses apportées à ces questions ouvriront alors un nouvel épisode dans l'histoire de la prescription en droit de la concurrence.

Un certain nombre de décisions citées ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris : 02-D-09 ; 02-D-42 ; 02-D-60 ; 02-D-48.



- 1 - Cour de cassation, chambre commerciale, 8 juillet 1997, *BOCCRF* n° 24, 31 décembre 1997.
- 2 - Cour de cassation, chambre commerciale, 17 juillet 2001, *BOCCRF* n° 13, 23 août 2001.
- 3 - Cour de cassation, chambre commerciale, 26 février 2002, Bull. civ. N° 2, n° 42.
- 4 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-09 du 20 février 2002. Cette décision fait l'objet d'un recours, toujours pendant au moment de la rédaction de la présente étude.
- 5 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-09 du 20 février 2002.
- 6 - Cour de cassation, chambre criminelle, 28 mars 1996, bull. crim. n° 142.
- 7 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-63 du 8 octobre 2002.
- 8 - Cour d'appel de Paris, 27 septembre 1990, *BOCCRF* n° 22, 11 octobre 1990.
- 9 - Conseil de la concurrence, décision 92-D-37 du 2 juin 1992.
- 10 - Conseil de la concurrence, décisions 02-D-02 du 29 janvier 2002 et 02-D-42 du 28 juin 2002. De façon générale, la chambre criminelle de la Cour de cassation considère que les voies de recours interrompent par elles-mêmes le cours de la prescription (Cour de cassation, chambre criminelle, 25 janvier 1993, Bull. crim. n° 39).
- 11 - Conseil de la concurrence, décision 92-D-37 du 2 juin 1992.
- 12 - Cour d'appel de Paris, 12 octobre 1999, Compagnie nationale des experts d'art, *BOCCRF* n° 18, 30 octobre 1999 : «C'est la convocation manifestant la volonté de poursuivre du moins celle d'instruire, qui interrompt la prescription ; les dispositions du Nouveau code de procédure civile n'étant pas applicable, c'est la date de réception des convocations qui est la seule susceptible d'interrompre la prescription». Cet arrêt a été cassé par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 février 2002 (Bull. civ. N° 2, n° 487), mais sans que cette motivation soit contestée.
- 13 - Cour d'appel de Paris, 30 mai 1991, Administrateurs de Paris, *BOCCRF* n° 11, 27 juin 1995.
- 14 - Cour d'appel de Paris, 30 mai 1991, Administrateurs de Paris, *BOCCRF* n° 11, 27 juin 1995.
- 15 - Conseil de la concurrence, décision 92-D-39 du 16 juin 1992.
- 16 - Conseil de la concurrence, décision 88-D-25 du 14 juin 1988.
- 17 - Conseil de la concurrence, décision 91-D-33 du 9 juillet 1991.
- 18 - Conseil de la concurrence, décision 88-D-25 du 14 juin 1988, v. rapport pour 1988 p. 18 ; cour d'appel de Paris, 11 septembre 2001, barreau de Nice, *BOCCRF* n° 15, 23 octobre 2001.
- 19 - Conseil de la concurrence, décision 90-D-08 du 23 janvier 1990, v. rapport pour 1990 p. 29, confirmée par la cour d'appel de Paris, 20 septembre 1990, *BOCCRF* n° 21, 26 septembre 1990 et 13 décembre 2001, SA Gamm Vert, *BOCCRF* 31 janvier 2002.
- 20 - Conseil de la concurrence, décision 92-D-36 du 19 mai 1992.
- 21 - Conseil de la concurrence, décision 94-D-05 du 18 janvier 1994, analyse confirmée par la cour d'appel de Paris, 3 février 1995, Asia Motor, *BOCCRF* n° 2, 18 février 1995.
- 22 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-60 du 27 septembre 2002. Dans cette affaire, le Conseil s'étant saisi d'office le 16 septembre 1997, après le retrait de saisine, les par-

ties soutenaient que les faits antérieurs au 16 septembre 1994 étaient prescrits. Le Conseil a cependant considéré *«qu'entre la date de la saisine du Conseil de la concurrence par les sociétés (...) et le retrait de cette saisine, une demande d'enquête, portant sur les pratiques (...), a été adressée à la DGCCRF le 21 janvier 1997 ; que cet acte n'a pas perdu le fondement qu'il puisait dans la dénonciation des faits, qu'il a pu être versé au dossier de la saisine d'office et qu'il a, dès lors, un effet interruptif de la prescription ; qu'il s'ensuit que doivent être pris en compte, dans le cadre de la saisine d'office, les faits remontant jusqu'au 21 janvier 1994»*, c'est-à-dire trois ans avant la demande d'enquête du rapporteur.

Cette décision fait l'objet d'un recours pendant, au moment de la rédaction de la présente étude.

- 23 - Conseil de la concurrence, décision 97-D-20 du 25 mars 1997.
- 24 - Conseil de la concurrence, décision 93-D-47 du 3 novembre 1993.
- 25 - Cour d'appel de Paris, 13 décembre 2001, Apprin Aglos, *BOCCRF* n° 2, 31 janvier 2002. Il existe cependant une jurisprudence contraire de la cour d'appel, dans laquelle elle a retenu la date de la réception de la lettre de convocation à une audition effectuée par le rapporteur comme date d'interruption de la prescription (cour d'appel de Paris, 12 octobre 1999, Compagnie nationale des experts d'Art, *BOCCRF* n° 18, 30 octobre 1999).
- 26 - Cour d'appel de Paris, 5 juillet 1994, Entreprise Bronzo, *BOCCRF* n° 12, 29 juillet 1994.
- 27 - Conseil de la concurrence, décision 92-D-39 du 16 juin 1992.
- 28 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-48 du 29 juillet 2002 (marchés de VRD à Cambrai, Valenciennes et Avesnes sur Helpe).
- 29 - Cour d'appel de Paris, 15 juin 1999, Solatrag, *BOCCRF* n° 2, 18 février 2000.
- 30 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-60 du 27 septembre 2002.
- 31 - Conseil de la concurrence, décision 96-D-64 du 20 novembre 1996 et cour d'appel de Paris, 21 novembre 1997, Tuyaux Bonna, *BOCCRF* n° 20, 29 novembre 1997.
- 32 - Cour d'appel de Paris, 15 juin 1999, Solatrag, *BOCCRF* n° 2, 18 février 2000.
- 33 - Cour d'appel de Paris, 13 décembre 2001, GammVert, *BOCCRF* n° 2, 31 janvier 2002.
- 34 - Conseil de la concurrence, 02-D-42 du 28 juin 2002.
- 35 - Cour de cassation, chambre criminelle, 7 juin 1934, Bull. crim. n° 109 et 11 janvier 1940, Bull. crim. n° 5.
- 36 - Cour de cassation, chambre criminelle, 11 janvier 2000, Bull. crim. n° 12 (concernant l'avis de fin d'instruction rendu par le juge d'instruction) ; 27 janvier 1870, Bull. crim. n° 21 et 12 avril 1873, Bull. crim. n° 98 (concernant les ordonnances de non-lieu rendu par le juge d'instruction) ; 11 octobre 1961, Bull. crim. n° 394 (concernant les réquisitoires du procureur de la République et les ordonnances du juge d'instruction).
- 37 - Cour de cassation, chambre commerciale, 8 juillet 1997, *BOCCRF* n° 24, 31 décembre 1997 ; cour d'appel de Paris, 1^{er} décembre 1995, L'Entreprise Industrielle, *BOCCRF* n° 3, 28 février 1996 ; Conseil de la concurrence, décision 02-D-49 du 4 septembre 2002.
- 38 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-45 du 18 juillet 2002.
- 39 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-42 du 28 juin 2002.
- 40 - Conseil de la concurrence, décision 02-D-42 du 28 juin 2002.
- 41 - Cour de cassation, chambres réunies, 27 février 1865, Bull. crim. n° 51 ; chambre criminelle, 19 avril 1958, Bull. crim. n° 323 ; 15 mars 1961, Bull. crim. n° 163 ; 26 juillet 1965, Bull. crim. n° 191.
- 42 - Cour de cassation, chambre criminelle, 6 janvier 1965, Bull. crim. n° 4 ; 4 novembre 1986, Bull. crim. n° 321.
- 43 - Cour de cassation, chambre criminelle, 11 juillet 1972, Bull. crim. n° 235 ; 20 février 1985, Bull. crim. n° 83 ; 5 juillet 1993, Bull. crim. n° 239.
- 44 - Cour de cassation, chambre criminelle, 20 octobre 1993, Bull. crim. n° 303.
- 45 - Cette décision fait l'objet d'un recours.
- 46 - Article 1 de la loi du 29 mars 1942, modifié par la loi du 12 mai 1950.
- 47 - Cour de cassation, chambre criminelle, 3 mai 1993, Bull. crim. n° 162.
- 48 - Cour de cassation, chambre criminelle, 28 mars 2000, Bull. crim. n° 139.
- 49 - Conseil de la concurrence décision 02-D-42 du 28 juin 2002.
- 50 - Cour de cassation, chambre commerciale, 30 mai 1995, Société Juin international, *BOCCRF* n° 12, 25 août 1995 ; cour d'appel de Paris, 11 octobre 1989, Bureau Véritas, *BOCCRF* n° 20, 18 octobre 1989 ; cour d'appel de Paris, 8 juillet 1992, Société Carrières Gontero, *BOCCRF* n° 15, 15 août 1992 et cour d'appel de Paris, 29 janvier 2002, Tramway de Grenoble, *BOCCRF* n° 5, 27 mars 2002 ; Conseil de la concurrence, décision 93-D-39, 5 octobre 1993.
- 51 - Conseil de la concurrence, décision 88-D-25 du 14 juin 1988.
- 52 - Règlement 17/62 d'application des articles 85 et 86 du traité de Rome.
- 53 - Règlement n° 2988/74 du Conseil, du 26 novembre 1974, relatif à la prescription en matière de poursuite et d'exécution dans les domaines du droit des transports, et de la concurrence de la Communauté économique européenne.

■ ■ ■ Analyse de la jurisprudence

Analyse de la jurisprudence

Avertissement	107
Titre I - Avis et décisions les plus notables	108
Principaux avis rendus en 2002	108
Avis rendus sur différentes questions de concurrence	108
Gestion du potentiel viticole : le marché de la cession des droits de plantation et de replantation	109
Ouverture d'un monopole public : fixation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité	112
«Facilités essentielles» : exemple de la distribution dans le secteur de la presse	115
Avis rendus en matière de concentration	118
Acquisition de certains actifs de la société Moulinex par la société SEB	118
Décisions contentieuses notables	123
Ententes	123
Décision 02-D-14 du 28 février 2002	123
Décision 02-D-36 du 14 juin 2002	127
Décision 02-D-42 du 28 juin 2002	130
Décision 02-D-59 du 25 septembre 2002	134

Abus de position dominante	136
Décision 02-D-18 du 13 mars 2002	136
Décision 02-D-33 du 10 juin 2002	140
Décision 02-D-44 du 11 juillet 2002	142
Demande de mesures conservatoires	145
Décision 02-MC-03 du 27 février 2002 et décision n° 02-D-46 du 19 juillet 2002	145
Décision 02-MC-04 du 11 avril 2002	149
Décision 02-MC-06 du 30 avril 2002	151
Décisions 02-MC-07 du 15 mai 2002 et 02-MC-09 du 12 juin 2002	154
 Titre II - La jurisprudence	 157
 Questions de compétence, de procédure et de preuve	 157
Champ de compétence du Conseil de la concurrence	157
Applicabilité de l'article L. 410-1 du code du commerce	157
Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions	159
Application du droit communautaire	159
Prescription	160
Pratiques continues	160
Actes interruptifs	160
Déroulement de la procédure	162
Enquêtes administratives	162
Saisine du Conseil de la concurrence	163
Examen des mesures conservatoires	164
Instruction	170
Preuve des pratiques anticoncurrentielles	171
Preuves admissibles	171
Valeur probatoire des indices	171
Qualification des pratiques	172
Concertation dans le cadre d'appels d'offres publics ou privés ..	172
Ententes horizontales, répartition de marchés ou entrave à l'entrée sur le marché	173
En matière de distribution	175
Abus de position dominante visant à entraver l'entrée sur le marché d'un concurrent	176
Effet sensible des pratiques	177
Imputabilité des pratiques	178
Imputabilité entre société mère et filiale	178
Imputabilité en cas de transformation de l'entreprise	179

Les marchés pertinents	181
Le marché pertinent de produit ou de service	181
Le contenu de l'offre	181
La demande	183
La substituabilité des produits ou services	184
Le marché géographique	185
Dimension européenne	185
Dimension nationale	185
Dimension régionale ou locale	186
Les ententes illicites	186
La forme des ententes prohibées	188
Les ententes horizontales	188
Les groupements d'entreprises	188
Les entreprises communes	189
Les ententes verticales	190
Les participants aux ententes	191
La nature des participants	191
Le rôle des organisations et associations professionnelles	191
Les ententes anticoncurrentielles	193
Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics ou privés	193
Ententes et échanges d'informations sur les prix et marges	196
Entraves à l'accès au marché	198
Répartition de marché	201
Restrictions verticales	201
Autres restrictions verticales	209
Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels	210
Les abus de position dominante	210
L'appréciation de la position dominante	211
Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante	215
Les abus de dépendance économique	225
La notion de dépendance économique	226
La notion d'abus de dépendance économique prohibé	226

Les conditions d'application de l'article L 420-4-1 du code de commerce	227
Les pratiques résultant d'un texte	227
Les pratiques contribuant au progrès économique	227
Les pratiques de prix abusivement bas	228
La politique du Conseil en matière de sanctions	232
L'aspect correctif : les injonctions	232
Injonction de s'abstenir de certaines pratiques	232
Injonction de prendre certaines mesures	233
Examen du respect des injonctions	233
L'aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions	237
Application des nouveaux plafonds de sanction prévus par la loi dite NRE du 15 mai 2001	237
Motivations des sanctions pécuniaires	237
Publication des décisions	245
Transmission au ministre de l'économie	247
Transmission du dossier au procureur de la République	248
Les avis rendus en matière de concentration	249
Contrôlabilité de l'opération	250
Avis rendus sur le fondement des dispositions applicables avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001	250
Avis rendu sur le fondement des dispositions applicables après l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001	251
La délimitation des marchés pertinents	252
Les marchés de produits	252
La dimension géographique des marchés	254
Bilan concurrentiel	255
La création ou le renforcement d'une position dominante	255
Les risques spécifiques liés au cumul de plusieurs marques notoires ou à la juxtaposition de positions fortes sur une gamme de produits	257
L'affaiblissement du jeu concurrentiel lié à la réduction du nombre d'acteurs	257
Effets verticaux	258
Contribution au progrès économique	259
L'exception de l'entreprise défaillante	259
Les décisions du ministre	260

Avertissement

La présentation de la jurisprudence du Conseil de la concurrence qui suit, a été rédigée alors que certaines décisions faisaient l'objet d'un recours toujours pendant devant la cour d'appel de Paris.

Le lecteur trouvera en annexe du présent rapport, un tableau listant les décisions de 2002 ayant fait l'objet d'un recours, et indiquant pour les arrêts rendus à la date de la rédaction de cette présentation, quelle a été la position adoptée par la cour d'appel de Paris.

Par ailleurs, l'analyse qui suit ne prétend pas à l'exhaustivité. Le choix des décisions et le contenu de l'analyse sont faits sous la responsabilité du Conseil. Les utilisateurs sont invités à se reporter aux décisions et arrêts originaux pour apprécier de façon exacte le contexte et la portée des points de droit qui sont présentés. Les développements qui suivent ont pour vocation première de mettre en évidence les points de droit nouveaux tranchés par le Conseil au cours de l'année écoulée. Ils permettent également de faciliter la recherche des confirmations significatives de jurisprudences plus anciennes et, s'agissant des questions qui supposent, dossier par dossier, une pondération par les circonstances propres à l'affaire considérée, de retrouver des précédents utiles pour évaluer une situation donnée, sans qu'il soit pour autant toujours possible d'en déduire de façon certaine la solution résultant d'une application à une nouvelle espèce.



Analyse de la jurisprudence

Avis et décisions les plus notables

108

Seront ici présentés les décisions et avis méritant d'être signalés dans leur ensemble, soit pour l'importance en termes économique ou juridique des questions qui auront été traitées, soit en raison de la réponse nouvelle qu'ils peuvent apporter à un point particulier.

■ Principaux avis rendus en 2002

Avis rendus sur différentes questions de concurrence

Plusieurs avis rendus par le Conseil en 2002, sur le fondement des dispositions du livre IV du code de commerce, méritent un développement particulier.

Deux avis ont été rendus sur le fondement de l'article L. 462-2 du code de commerce, en vertu duquel 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 ou d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente. Le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a ainsi saisi le Conseil d'un projet de décret mis au point par le ministère de l'agriculture, ayant pour objet d'adapter le dispositif national en matière de régime de plantations aux nouvelles règles fixées par le règlement (CE) n° 1493/1999 du 17 mai 1999, portant organisation commune du marché viticole et entré en vigueur au 1^{er} août 2000 (avis 02-A-03 du 25 mars 2002). Un autre avis, relatif à un projet de décret portant application des dispositions de l'article 27 du code de l'industrie cinématogra-

phique, a été rendu en 2002 sur la même base (avis 02-A-02 du 13 mars 2002).

Deux autres avis ont été rendus conformément aux dispositions de l'article L. 410-2 du code de commerce selon lesquelles, dans les secteurs ou les zones où la concurrence par les prix est limitée en raison de dispositions législatives ou réglementaires, un décret en Conseil d'État peut régler les prix après consultation du Conseil de la concurrence. Le Conseil a ainsi été consulté sur un projet de décret fixant les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité (avis 02-A-05 du 18 avril 2002).

D'autres avis ont été rendus sur le fondement de l'article L. 462-1 qui prévoit que le Conseil peut donner son avis à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métier ou des chambres de commerce et d'industrie, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge. Dans le cas d'espèce, l'Association pour la promotion de la distribution de la presse (APDP) a saisi le Conseil d'une demande d'avis relative au réseau de dépositaires de presse couvrant l'ensemble du territoire (avis 02-A-08 du 22 mai 2002). Le Conseil a également été saisi de questions posées par le syndicat de l'Union nationale des professionnels de la formation des automobilistes (UNPFA) concernant les pratiques de la société Engineering Printel Systems (EPS) (avis 02-A-11 du 2 septembre 2002), et de deux demandes d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, dont l'une portait sur un contrat cadre relatif à la situation du marché de la pêche et de la nectarine (avis 02-A-12 du 1^{er} octobre 2002).

Trois avis ont été rendus sur la base d'autres textes. Le premier, à la demande de la Commission de régulation de l'électricité, sur le fondement de l'article 25 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, portant sur des propositions des opérateurs du secteur électrique relatives aux principes de séparation comptable entre activités de production, transport, distribution d'électricité et autres activités annexes à leurs comptes pour 2001 (avis 02-A-06 du 4 mai 2002). Les deux autres étaient relatifs à des demandes d'avis présentées par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications (avis 02-A-10 du 10 juillet 2002 et 02-A-14 du 13 décembre 2002).

Gestion du potentiel viticole : le marché de la cession des droits de plantation et de replantation (02-A-03)

Contexte

Le Conseil était saisi d'une demande d'avis portant sur un projet de décret prévoyant la création d'une réserve nationale des droits de plantation chargée d'attribuer ces droits aux viticulteurs. Il avait déjà été saisi d'un projet similaire en 2000 et avait souligné, dans un avis 00-A-22 du 4 octobre

2000, les problèmes posés au regard du droit de la concurrence par les dispositions envisagées, notamment en ce qu'elles instaurent, au profit de la réserve nationale créée, un monopole de gestion des transferts de droits de replantation.

La définition des règles applicables à la gestion des superficies et des productions agricoles relève désormais, dans une large mesure, de dispositions communautaires visant à rendre plus efficace le secteur agricole dans le cadre d'une organisation commune du marché. Néanmoins l'État, en édictant des règles d'application ou par le truchement d'organismes publics, conserve un rôle important de mise en œuvre de la «*législation*» communautaire.

Le nouveau règlement n° 1493/1999 du 17 mai 1999 prévoit les dispositions suivantes :

- maintien du principe de l'interdiction de plantation de vignes avec variétés classées comme variétés à raisins de cuve jusqu'au 31 juillet 2010, excepté lorsqu'il s'agit d'un droit de plantation nouvelle, d'un droit de replantation consécutif à un arrachage ou d'un droit de plantation prélevé sur une réserve ;
- les droits de replantation sont octroyés par les États-membres aux producteurs qui ont procédé ou se sont engagés à procéder dans un délai déterminé à l'arrachage d'une superficie plantée en vignes. Ces droits peuvent être transférés (sous conditions) en tout ou en partie à une autre exploitation à l'intérieur d'un même État-membre ;
- les droits de replantation doivent être utilisés avant la fin de la cinquième (ou, par dérogation, de la huitième) campagne suivant la fin de celle au cours de laquelle l'arrachage a été effectué. Les droits non utilisés à la fin de cette période sont attribués à une réserve que les États doivent normalement créer et qui se voient attribuer d'office :
 - les droits de plantation nouvelle tels que prévus aux articles 3 et 6 du règlement ;
 - les droits de plantation et de replantation qui n'ont pas été utilisés dans les délais prescrits ;
 - les droits de replantation attribués à la réserve par les producteurs titulaires de tels droits moyennant, le cas échéant, une contrepartie financière.

C'est dans ce contexte que s'insère la législation française, législation de mise en œuvre des règles communautaires. L'article L. 641-16 du code rural prévoit qu'un arrêté fixe les contingents de plantations nouvelles, de transfert de droits de replantation, de replantation interne aux exploitations et de surgreffage, et définit les critères de répartition de ces contingents. En outre, les autorisations de plantations nouvelles, de transfert de droits de replantation, de replantations internes aux exploitations et de surgreffage sont délivrées par arrêté sur proposition de l'Institut national des appellations d'origine, après avis des syndicats de défense intéressés. Les articles 35 et 35 bis du décret du 30 septembre 1953 complètent le dispositif en définissant les conditions dans lesquelles les transferts de droits de propriété peuvent être autorisés et les critères pouvant être pris en compte.

Ainsi, les producteurs qui, après avoir procédé à un arrachage de vigne sans avoir perçu de prime spécifique, ne souhaitent pas utiliser personnel-

lement les droits de replantation ainsi acquis, peuvent les proposer à la vente à des producteurs viticoles désireux d'accroître la surface de leur vignoble. En effet, la nature patrimoniale et immobilière du droit de replantation en fait un bien cessible dans le cadre de l'usage normal du droit de propriété, d'autant que la législation et la réglementation applicables, si elles encadrent les modalités de cession de ces droits, n'interdisent nullement de telles transactions sur le territoire national.

La rencontre des offres et des demandes de droits de replantation de vignes a donné naissance à un marché, certes modeste mais spécifique, sur lequel interviennent aussi bien des particuliers que des intermédiaires indépendants (courtiers spécialisés dans le négoce des droits de replantation) ou des bourses d'échange mises en place par les organisations viticoles, dont le fonctionnement est soumis aux règles fixées par les articles L. 410 et suivants du code de commerce. Le Conseil avait déjà reconnu l'existence d'un tel marché dans son avis du 20 octobre 1998. Le ministère de l'agriculture estime que les droits susceptibles de faire l'objet de transactions, après déduction de ceux utilisés directement par leur détenteur et de ceux laissés en déshérence, représentent une superficie globale de 10 000 hectares environ. Or, toujours selon le ministère de l'agriculture, les besoins exprimés s'élèvent, approximativement à 20 000 hectares, ne serait-ce que du fait de la nécessité de renouveler les plants de vignes atteints par le vieillissement (2 % des plants doivent ainsi être, mécaniquement, renouvelés chaque année).

Orientation de l'avis

L'une des innovations majeures du dispositif réside dans la création d'une réserve nationale des droits de plantation chargée d'attribuer ces droits aux viticulteurs. Le monopole de l'intervention sur le marché de ces droits, prévu par le précédent projet, est retiré.

Les articles 2 et 3 du projet reprennent les dispositions de l'article 5 du règlement communautaire du 17 mai 1999 concernant les droits attribués d'office à la réserve et la possibilité, pour les producteurs titulaires de droits de replantation, de les attribuer à cette réserve, moyennant une contrepartie financière de source nationale. Les droits de replantation peuvent être obtenus soit auprès de la réserve, soit par transfert de ces droits en provenance d'une autre exploitation conformément au règlement communautaire susmentionné.

Le Conseil a approuvé ces dispositions, dans la mesure où elles préservent la liberté des titulaires de ces droits de choisir le cessionnaire de leur choix. Il a, en outre, noté que la mise en place de ce marché, malgré sa dimension modeste, permettra aux responsables de la gestion administrative du secteur de disposer de signaux propres à en améliorer l'efficacité.

Il s'est, en revanche, interrogé sur les dispositions de l'article 4, alinéa 3, du projet : *«Selon des conditions à déterminer par arrêté conjoint des ministres chargés de l'agriculture et du budget, la moyenne pondérée des contreparties financières obtenues par la réserve lors de la cession de droits de replantation aux détenteurs d'une autorisation de plantation ne peut être inférieure à la moyenne pondérée des contreparties financières accordées par la réserve,*

lors de l'acquisition de droits de replantation auprès des titulaires de droits». Il a, en effet, observé que, lorsqu'il n'est pas en situation d'imposer de monopole sur un marché, un opérateur économique n'est pas en mesure de fixer le prix de vente ou d'achat des produits ou prestations qui y sont échangés, et que, si l'objectif poursuivi visait seulement à imposer à l'ONIVINS une gestion financière équilibrée, il conviendrait de préciser clairement que les gestionnaires de la réserve sont astreints à cette obligation sans faire référence à la notion de prix.

L'article 8 du projet prévoit que : *«Les critères, contingents et autorisations de plantation de vignes aptes à produire des vins de qualité produits dans une région déterminée sont arrêtés selon la procédure définie par l'article L. 641-6 du code rural. Les critères d'attribution de ces autorisations de plantation incluent des critères nationaux de recevabilité ou de priorité»*. Le Conseil a admis qu'en vertu de certains objectifs communautaires, il puisse exister des critères de répartition et d'attribution des autorisations d'acquisition de droits de plantation. Mais il a recommandé, en l'absence de précisions sur ces critères, que, lors de l'élaboration des arrêtés interministériels prévus par le projet, le nombre et la nature des critères retenus ne créent pas de restrictions et notamment de limitation de l'accès au marché excédant ce qui est nécessaire au respect de la réglementation communautaire.

Ouverture d'un monopole public : fixation des tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité (02-A-05)

Contexte

La loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité a partiellement ouvert, en France, le marché de la production d'électricité à la concurrence, en autorisant les gros consommateurs d'électricité, dits «*clients éligibles*», consommant plus de 16 gigawattheures, en vertu du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000, à choisir leur fournisseur d'électricité. Les réseaux de transport et de distribution demeurent des monopoles publics dont les conditions techniques et économiques d'accès jouent donc un rôle déterminant pour l'entrée sur le marché de concurrents de l'opérateur historique et pour l'effectivité de la concurrence. En vertu de l'article 23 de la loi, un droit d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution est garanti, et l'article 4 de la loi prévoit que ce droit est réglementé par les pouvoirs publics.

Les grands principes de la tarification des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ont été fixés par le décret n° 2001-365 du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité (paru au *JO* du 28 avril 2001), les premiers tarifs devant être fixés dans un deuxième décret. Le décret-cadre pose le principe d'un tarif binôme, comportant une composante fonction de la puissance souscrite et une composante fonction de l'énergie injectée ou prélevée (article 4). Ce tarif est calculé à partir de l'ensemble des coûts des réseaux

tels qu'ils résultent de l'analyse des coûts techniques et de la comptabilité générale des opérateurs (article 2). L'article 8 dispose que *«les premiers tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité sont fixés par décret en Conseil d'État, sur proposition de la Commission de régulation de l'électricité et après avis du Conseil de la concurrence»*.

C'est en application de cet article, que le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 410-2 du code de commerce, d'une demande d'avis portant sur un projet de décret fixant les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité, élaboré à partir de la proposition tarifaire de la Commission de régulation de l'électricité (CRE) du 10 janvier 2002.

Le Conseil avait déjà rendu plusieurs avis dans le cadre de l'ouverture à la concurrence du marché de l'électricité (97-A-09 du 26 mars 1997, 98-A-05 du 28 avril 1998, 00-A-21 du 6 septembre 2000), auxquels l'avis du 18 avril 2002 renvoie en tant que de besoin.

Orientation de l'avis

Le Conseil a commencé l'analyse concurrentielle de ce projet de décret en rappelant les principes au regard desquels son analyse devait être menée, ceux-ci résultant essentiellement de la qualification d'infrastructure essentielle des réseaux de transport et de distribution de l'électricité gérés en monopole par l'opérateur historique, compte tenu de la difficulté économique et technique de duplication de leurs lignes par d'autres opérateurs.

- Un tarif globalement trop élevé peut créer au profit du monopole une rente qui s'analyse en un transfert de richesse des utilisateurs du réseau vers le gestionnaire de ce réseau. Surtout, ce tarif trop élevé pourrait n'être que la traduction d'une offre insuffisante et entraîner une perte de surplus collectif. C'est ce danger qui doit être évité par l'orientation globale des tarifs vers les coûts.
- Un deuxième danger est constitué par des tarifs qui seraient discriminatoires, c'est-à-dire qui aboutiraient à ce que certains clients paient sensiblement plus que les coûts qu'ils font supporter au réseau alors que d'autres paient sensiblement moins. Une telle situation s'analyse comme une série de transferts entre utilisateurs du réseau qui peut avoir divers effets sur le fonctionnement des marchés : effets de seuil entre entreprises concurrentes sur des marchés et traitées différemment, équivalence de subventions accordées à des entreprises sous-performantes ou, au contraire, gêne occasionnée à des entreprises économiquement efficaces. La solution idéale pour faire face à ce deuxième danger serait donc que le prix d'accès au réseau payé par chaque utilisateur soit égal au coût qu'il fait supporter au réseau.
- Le troisième danger à éviter tient à ce que, parmi les utilisateurs des réseaux, se trouvent des producteurs et des distributeurs appartenant à la même entreprise que le réseau de transport. Le risque encouru est alors que les coûts de production EDF soient reportés sur le réseau et répercutés sur l'ensemble de ses utilisateurs, y compris ceux qui n'achètent pas d'électricité à EDF.

- Enfin, un problème spécifique provient de ce qu'«EDF production» dessert à la fois des clients captifs et des clients qui ont le choix de leur production. Les tarifs du réseau ne doivent pas servir à conduire indirectement les clients captifs à subventionner les tarifs proposés par «EDF production» aux clients non captifs.

En ce qui concerne les dispositions spécifiques mises en place dans le projet, le Conseil fait les observations suivantes :

- Sur le principe du contrôle tarifaire : le Conseil est favorable à l'application de l'article L. 410-2 aux prix d'utilisation des réseaux publics de transport de l'électricité.
- Sur la structure du tarif : le Conseil rappelle qu'un tarif de type «*timbre poste*», tel qu'il a été adopté dans le décret-cadre, c'est-à-dire indépendant de la distance réelle suivie par le flux d'électricité sur le réseau, conduit inévitablement certains utilisateurs à payer plus ou moins que les coûts réels engendrés par son utilisation du réseau. Dans ces conditions, il estime que la possibilité de dérogations exceptionnelles à la tarification forfaitaire ne devrait pas être exclue, dans la mesure où il serait prouvé que l'écart entre le coût réel imposé au réseau et le coût forfaitisé dépasse une certaine valeur absolue. Il fait également remarquer que l'application d'une tarification au timbre-poste peut, en outre, remettre en cause les conditions favorables octroyées, sous l'empire du monopole, aux opérateurs qui se sont raccordés aux réseaux à proximité des centres de production, pour économiser les coûts de réseaux. Dans l'hypothèse où un régime dérogatoire ne se justifierait pas, il peut être envisageable, dans un tel cas, qu'une tarification particulière permette de ménager une période de transition, à condition que cette période soit limitée dans le temps et qu'une cible soit fixée dès l'origine. De la même façon, le Conseil a préconisé que la mise à disposition de formules tarifaires alternatives, pour certaines catégories de clients particulièrement lésées par l'absence de différenciation saisonnière du tarif forfaitaire, soit fondée sur des critères objectifs, telles les différences technologiques entre les réseaux de transport et de distribution, ou soit clairement présentée comme une solution transitoire.
- La tarification forfaitaire de type «*timbre poste*» pose également des problèmes particuliers pour la SNCF et pour les gestionnaires de réseaux de distribution. Le Conseil a estimé que l'étude de ces cas particuliers illustre une difficulté qui tient au caractère doublement artificiel du tarif par rapport à une tarification idéale au «*coût réel*». D'une part, la tarification «*timbre poste*» est, en elle-même, de nature forfaitaire, d'autre part, le tarif prévoit de nombreux correctifs de caractère catégoriel, c'est-à-dire qui ne sont pas évalués utilisateur par utilisateur (écrêtement, foisonnement, concavité, saisonnalité différenciée selon les types de réseau, tarifs alternatifs). Pertinents dans certains cas particuliers qui ont permis de les calculer, ils peuvent, appliqués à d'autres utilisateurs, engendrer de fortes distorsions. La combinaison des multiples correctifs et du principe forfaitaire du «*timbre poste*» risque de devenir de plus en plus complexe à gérer s'il faut qu'elle soit elle-même amendée pour tenir compte des effets pervers qu'elle engendre. Le Conseil en conclut que cette constatation est une incitation supplémentaire à faire progresser la

réflexion sur la tarification nodale, c'est-à-dire une tarification qui reposerait sur le coût supporté par le réseau du fait de chaque utilisation individualisée.

- Sur le niveau des tarifs : le Conseil a rappelé que le choix des coûts de référence pour l'application du principe d'orientation vers les coûts devrait prendre en compte le risque qu'une mauvaise rémunération des gestionnaires de réseaux soit de nature à entraver les investissements des réseaux et à freiner le développement de la concurrence. Il a observé qu'un certain nombre d'opérateurs avaient insisté sur la possible non couverture des charges par les tarifs, les écarts entre les recettes attendues et les coûts tenant, selon eux, à la non imputation ou la mauvaise imputation de certaines charges dans la dissociation comptable et à l'existence d'un certain nombre de postes dont l'évaluation est difficile. Les formules tarifaires alternatives offertes à certains clients font peser une incertitude de plus sur la couverture des coûts. Quant au risque de subventions croisées de nature à permettre à EDF de perturber le marché concurrentiel, le Conseil rappelle que la séparation comptable entre le RTE et «EDF production» permet de l'éviter même si le niveau des recettes se révèle *ex post* sensiblement supérieur aux coûts.
- En ce qui concerne les clients, le Conseil a considéré comme limité, en l'état des précisions apportées par la CRE, le risque de «trappes tarifaires», c'est-à-dire de situations dans lesquelles le nouveau tarif conduirait à un tarif de transport très élevé. Celui-ci, une fois ajouté au prix de la fourniture d'électricité sur le marché, porterait le coût total pour les clients à un niveau supérieur à ce qui leur est facturé avec le barème actuel d'EDF, dit «intégré» parce qu'il intègre le transport et la fourniture d'électricité. Ces situations seraient de nature à dissuader les clients «éligibles» de s'adresser à d'autres producteurs qu'EDF pour la fourniture d'électricité.
- Sur l'imputabilité du tarif : le projet de décret applique le tarif aux clients éligibles et aux gestionnaires de réseaux publics de distribution qui règlent un tarif «au soutirage». La CRE a choisi, dans un premier temps, de ne pas imposer de tarifs d'injection aux producteurs au titre du recouvrement des coûts des réseaux. Le Conseil a souligné, dans son avis, que ce choix n'était pas indifférent sur le plan de la concurrence puisqu'elle avantage les exportations et fait payer aux consommateurs français le coût du transport d'une électricité qu'ils ne consomment pas.

«Facilités essentielles» : exemple de la distribution dans le secteur de la presse (02-A-08)

Contexte

Le régime juridique de la presse est régi par la loi n° 47-535 du 2 avril 1947, relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, dite «loi Bichet», qui pose trois principes fondamentaux : liberté de distribution pour l'éditeur, impartialité de la distribution et égalité économique entre les différents titres.

A l'heure actuelle, il existe trois sociétés de messagerie qui assurent la distribution de la presse :

- Les Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) : le capital de cette société créée en 1947 est détenu à 51 % par cinq coopératives d'éditeurs (parts A) et à 49 % par la Librairie Hachette (parts B), qui a la qualité d'opérateur.
- La Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries transport-presse (SAEM «*Transport Presse*») est une société à responsabilité limitée constituée de sociétés coopératives et de la société anonyme Sopredis (dont Matra Hachette détient 87,3 % des parts).
- Les Messageries Lyonnaises de presse (MLP) sont actuellement la seule coopérative à vocation nationale remplissant directement le rôle de messagerie pour le compte de ses adhérents, soit 495 petits éditeurs.

Le réseau de distribution est, quant à lui, composé des dépositaires centraux de presse et des diffuseurs, ces derniers assurant la vente au public.

Le réseau dit de niveau 2 est un réseau unique constitué de dépositaires qui distribuent la presse, confiée par les trois messageries et par certains éditeurs, notamment de la Presse quotidienne régionale (PQR), aux diffuseurs de presse. Les dépositaires ne sont pas en concurrence entre eux et bénéficient d'une exclusivité de distribution de la presse sur une zone géographique donnée. En province, on dénombre trois grandes catégories de dépôts qui sont les agences de la Société d'agences et de diffusion (SAD), les dépôts gérés et les dépositaires centraux. Quant à la région parisienne, le rôle de dépositaire est assuré, pour les NMPP, par Paris diffusion presse (PDP), entité autonome et pour les MLP, par l'agence MLP Paris qui assure la distribution de ses titres sur les mêmes points que PDP.

Par l'intermédiaire des SAD, des dépôts gérés et de PDP, les NMPP réalisent 46,1 % du chiffre d'affaires des dépositaires pour la vente au numéro, assurant ainsi la maîtrise d'une part importante du réseau des dépositaires.

Pour pouvoir suivre la distribution de la presse, les dépositaires utilisent le logiciel Presse 2000, conçu par les NMPP qui accordent une licence d'utilisation sous réserve du paiement d'une redevance. Certaines fonctionnalités essentielles de Presse 2000, dénommées «*tronc commun*», sont partagées par les NMPP, SAEM transport presse et les MLP.

Parallèlement à ce système, les MLP ont mis au point leur propre système informatique assurant la transmission des informations chez le dépositaire. Celles-ci sont ressaisies manuellement par le dépositaire, sur disquette, pour être utilisées par Presse 2000.

La demande d'avis de l'association pour la promotion de la presse (APDP) portait sur la question de savoir si le réseau de dépositaires et de diffuseurs de presse, ainsi que le logiciel de suivi de la distribution par les dépositaires, Presse 2000, développé par les NMPP, pouvaient être qualifiés de facilité essentielle, au sens de la jurisprudence du Conseil.

Orientation de l'avis

Le Conseil a rappelé que la notion de facilité ou infrastructure essentielle est, à l'origine, une création jurisprudentielle des tribunaux américains

appliquant les dispositions des sections 1 et 2 du *Sherman Act*, la première application de cette notion remontant à l'affaire *United States vs. Terminal Railroad*, même si la Cour suprême des États-Unis n'avait pas, à l'époque, utilisé le terme d'infrastructure essentielle qui sera défini, pour la première fois, en 1977.

La Commission européenne a, pour la première fois, envisagé l'applicabilité de la doctrine des facilités (ou infrastructures) essentielles dans sa décision *Sea Container contre Sealink* (décision 94/19/CE de la Commission du 21 décembre 1993). La notion d'infrastructure essentielle a également inspiré, dans le secteur des télécommunications, les principes de base devant garantir l'accès au réseau de l'opérateur national par les nouveaux entrants. Les résolutions ou projets de directive pris au niveau européen pour la libéralisation de ce secteur prévoient que les exploitants des structures essentielles doivent faire droit aux demandes raisonnables d'accès à ces structures présentées par leurs concurrents sur les marchés de services aval. De plus, les conditions financières offertes pour l'accès à la structure essentielle par son exploitant devront être non discriminatoires par rapport aux conditions qu'il s'applique à lui-même, pour sa propre production de services concurrencés, et devront être proportionnées au service fourni, orientées vers les coûts, transparentes et relever de critères objectifs.

Le Conseil a ensuite rappelé qu'il avait utilisé pour la première fois la qualification «*d'infrastructure essentielle*» dans une décision 96-D-51, *Héli-Inter Assistance* et que, en confirmant cette décision dans un arrêt du 9 septembre 1997, la cour d'appel de Paris avait contribué à préciser les critères de cette notion en ces termes : «*Considérant que les ressources essentielles désignent des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables [...] Considérant que lorsque l'exploitant monopoliste est en même temps le concurrent potentiel d'une entreprise offrant un service exigeant le recours à cette facilité, cet exploitant peut restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval du service en abusant de sa position dominante ou de la situation de dépendance économique dans laquelle se trouve son concurrent à son égard en établissant un prix d'accès à cette facilité injustifié, non proportionné à la nature et à l'importance des services demandés, non transparent et non orienté vers les coûts encourus relevant de critères objectifs*».

Le Conseil a ensuite fait remarquer que, s'il pouvait être justement objecté que les contraintes ainsi opposées aux entreprises détenant une facilité essentielle portent atteinte au droit de contracter librement et au droit de propriété, elles sont justifiées par le fait que certains contrats (par exemple une entente anticoncurrentielle ou un contrat commercial constituant un abus de position dominante) peuvent avoir un effet destructeur du mécanisme de la concurrence sur un marché, c'est-à-dire un effet indésirable pour la collectivité dans son ensemble. En deuxième lieu, il a précisé que, le droit de propriété étant l'un des fondements nécessaires au fonctionnement de l'économie de marché et au développement dynamique de nos sociétés, l'expropriation implicite que représente pour le détenteur d'une

facilité essentielle, l'obligation de permettre à ses concurrents (à l'aval ou à l'amont) d'accéder à la facilité qu'il détient, est étroitement encadrée, afin d'éviter que l'intervention de l'autorité de concurrence n'ait pour effet de décourager l'investissement dans de telles infrastructures et de nuire à l'efficacité économique.

Le Conseil a ensuite précisé les principes d'application de la limitation de la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle :

- en premier lieu, l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ;
- en deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;
- en troisième lieu, l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;
- en quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
- en cinquième lieu, l'accès à l'infrastructure est possible.

En ce qui concerne l'application de ces principes au réseau de distribution de la presse, le Conseil a précisé que rien ne s'oppose, *a priori*, à ce qu'un élément autre qu'une infrastructure physique (par exemple un droit de propriété intellectuelle) puisse être considéré comme une infrastructure essentielle à condition qu'il soit établi que l'usage de cet élément (en l'espèce un programme informatique) est strictement nécessaire pour exercer l'activité économique en cause et qu'une entreprise, concurrente de celle qui a mis au point le logiciel, ne pourrait pas développer un logiciel concurrent du premier. De la même façon, un réseau de distributeurs ou de diffuseurs pourrait, dans certaines circonstances, constituer une «*facilité essentielle*».

Avis rendus en matière de concentration

Le Conseil a rendu quatre avis en matière de concentration en 2002. Seul l'avis relatif à l'acquisition de certains actifs de la société Moulinex par la société SEB est détaillé ci-dessous (se reporter également à l'analyse jurisprudentielle des avis concentration à la fin de cette même partie).

Acquisition de certains actifs de la société Moulinex par la société SEB (02-A-07)

Opération

Dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire du groupe Moulinex ouverte par le tribunal de commerce de Nanterre, par jugement du 7 septembre 2001, un plan de cession a été arrêté, par jugement du 22 octobre 2001, au profit de la société SEB, pour un montant de 15 millions d'euros. Cette décision a été assortie d'une clause d'inaliénabilité des actifs pendant une période de deux ans après l'entrée en jouissance,

fixée au 29 octobre 2001, et d'une interdiction de tout licenciement économique des salariés repris. Au total, le plan de cession prévoyait la reprise de la totalité des actifs incorporels et de huit sites industriels dont quatre en France, deux sites en Espagne, un site au Mexique et un site en Egypte. Au plan commercial, SEB conserve quatre des vingt-six filiales commerciales dans le monde (France, Allemagne, Espagne, États-Unis). En ce qui concerne les emplois, sur 5 000 personnes environ, 1 856 sont reprises en France, soit 45 % de l'effectif. De plus, SEB a conclu un contrat d'approvisionnement de deux ans avec CGME, sous-traitant de Moulinex pour la fabrication des moteurs électriques, devant permettre le maintien de 600 emplois.

Examen par la Commission européenne

Dès le 25 septembre 2001, la Commission européenne a été informée par la société SEB de son projet de reprise du groupe Moulinex. Le 28 septembre 2001, elle a accordé à SEB une dérogation au caractère suspensif de sa saisine. Elle a reçu notification du projet le 13 novembre 2001 et a accepté, le 8 janvier 2002, de renvoyer aux autorités françaises compétentes l'analyse des effets de l'opération sur certains marchés français des appareils de petit électroménager. Concernant les treize autres marchés européens affectés, la Commission a autorisé l'opération le 8 janvier 2002, sous réserve d'engagements.

Dans sa décision, la Commission retient une définition des marchés de produits selon la fonction de l'appareil. Elle distingue ainsi treize marchés : les friteuses, les mini-fours, les grille-pains, les appareils à sandwich et les gaufriers, les appareils pour repas informels, les barbecues et grils d'intérieur, les cuiseurs de riz et les cuiseurs à vapeur, les cafetières électriques, les bouilloires électriques, les machines expresso, les mélangeurs et préparateurs culinaires, les fers à repasser /stations vapeur, les appareils de soin personnel.

En ce qui concerne la dimension géographique des marchés, la Commission opte pour une définition nationale des marchés en cause, en s'appuyant sur les facteurs suivants : des parts de marchés très hétérogènes, une pénétration des marques différente selon la zone géographique, une politique d'approvisionnement nationale, des niveaux de prix variables selon les différents pays, des structures logistiques et de distribution nationales.

Sur les marchés examinés, la Commission constate un renforcement substantiel des parts de marché de la nouvelle entité au Portugal, en Grèce, en Belgique et aux Pays-Bas, et une augmentation des parts de marché moindre en Allemagne, en Autriche, au Danemark, en Suède et en Norvège. Le nombre de marchés affectés varie selon les pays : dix au Portugal, de un à six dans les autres pays. La Commission a autorisé l'opération sous réserve que SEB s'engage à accorder une licence exclusive de fabrication des produits de la marque Moulinex pendant cinq ans, pour l'ensemble des treize catégories de produits du petit électroménager, pour les neuf états précités. Cet engagement est assorti d'une interdiction de vendre sur ces marchés pendant trois ans supplémentaires.

Bilan concurrentiel fait par le Conseil

Le Conseil a noté, de façon liminaire, que la mise en œuvre par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie des dispositions de l'article L. 430-5 pourrait entrer en conflit avec la décision juridictionnelle prise par le tribunal de commerce de Nanterre, en vertu de la législation relative au redressement judiciaire. Il a constaté que, si les buts d'ordre public économique poursuivis par les dispositions du code de commerce relatives aux plans de cessions ne coïncident pas nécessairement avec ceux poursuivis par ses articles L. 430-1 à L. 430-7 relatifs au contrôle des concentrations le ministère public a, toutefois, la possibilité de présenter devant le tribunal de commerce des observations sur les avantages et les inconvénients des différentes solutions en discussion au regard de leur impact, tant sur le maintien de l'activité de l'entreprise que sur la concurrence sur les marchés concernés. De telles considérations sont susceptibles d'être prises en compte par le tribunal dans le choix de la solution la plus appropriée. En l'espèce, le ministère public avait, lors de l'audience du tribunal de commerce de Nanterre, soutenu le projet de SEB, sans émettre de réserves quant à ses risques éventuels pour la concurrence.

En ce qui concerne la délimitation des marchés, le Conseil a considéré qu'aucun élément d'appréciation particulier à la situation des marchés en France ne justifiait une remise en cause de l'analyse faite par la Commission, tant en ce qui concerne les marchés de produits que leur périmètre géographique.

Le Conseil a constaté que l'opération n'affectait pas sensiblement la structure du marché pour deux catégories d'appareils, les cuiseurs vapeur/cuiseurs riz et les aspirateurs. L'opération permettait, en revanche au nouvel ensemble d'acquérir une part de marché importante pour trois catégories de produits : les grille-pain (50-60 %), les cafetières (50-60 %) et les appareils de préparation culinaire (60-70 %). Elle renforçait sensiblement (plus de 10 %) la part déjà importante antérieurement détenue par SEB sur deux marchés de produits : les mini-fours (60-70 %) et les bouilloires (70-80 %). Enfin, elle modifiait peu la structure du marché en renforçant légèrement (moins de 10 %) la part déjà importante de SEB sur cinq marchés de produits : les friteuses (60-70 %), les machines expresso (40-50 %), les appareils de repas informels (80-90 %), les barbecues et grills (70-80 %) et les fers vapeur (50-60 %). Sur ces différents marchés, après l'opération, le deuxième offreur en termes de parts de marché est Kenwood pour les friteuses (moins de 10 %) et pour les mini-fours (10-20 %), Philips pour les grille-pain (10-20 %), les cafetières (10-20 %), les fers vapeur (10-20 %) et les bouilloires (10-20 %), Magimix pour les machines expresso (20-30 %), Braun pour les préparateurs culinaires (10-20 %), Séverin pour les repas informels (moins de 10 %) et les barbecues/grills (10-20 %).

Le Conseil a, cependant, rappelé que la part de marché n'est que l'un des facteurs susceptibles de conférer à une entreprise une position dominante, c'est-à-dire 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.

Parmi les autres facteurs à prendre en considération, il a, d'abord, examiné la position des concurrents du nouveau groupe et a constaté que les autres marques principales commercialisées sur le marché français sont adossées à de grands groupes d'envergure internationale, tels Philips, Gillette-Braun, De Longhi/Kenwood, Bosch/Siemens, de taille et de réputation au moins équivalentes à celles de SEB/Moulinex, qui disposent des moyens, tant financiers que techniques, de développer des gammes de produits nouvelles dans l'hypothèse où ils envisageraient de le faire. Ces groupes détiennent des marques notoires, soit sur les marchés du petit électroménager, soit sur des marchés connexes, et sont en mesure de consentir des efforts importants en matière d'investissements publicitaires pour développer la renommée de leurs marques. Le Conseil a également observé que ces groupes disposent sur le nouvel ensemble d'un avantage concurrentiel en termes de coûts de production, lié à la localisation géographique de leur production. En d'autres termes, il a considéré que, en ce qui les concerne, l'entrée sur les marchés français ne posait pas de difficultés, ce qui, de plus était confirmé par les évolutions récentes constatées sur ces marchés.

L'analyse de la concurrence potentielle a également montré que, pour les produits d'entrée de gamme, ou à faible contenu technologique, aucun obstacle ne s'opposait au développement des importations de produits dits «*sans marque*» d'Asie du sud-est, comme l'indiquait le fait que, selon les distributeurs, l'accroissement des importations en provenance des pays asiatiques est l'une des principales causes de la baisse des prix constatée dans le secteur du petit électroménager. Le Conseil a également estimé que ce potentiel pouvait également permettre le développement des marques de distributeurs. Les faibles écarts de prix avec les produits de marque sur l'entrée de gamme expliquent que, pour le moment, les efforts des distributeurs n'ont pas porté sur ce secteur mais l'absence d'obstacles à l'entrée sur ces marchés est de nature à renforcer le pouvoir de négociation des distributeurs.

A cet égard, le Conseil a rappelé que la forte concentration de la grande distribution en France et la puissance d'achat qu'elle confère aux enseignes donnent aux distributeurs un fort pouvoir de négociation vis-à-vis des fournisseurs. Dans le cas d'espèce, les distributeurs interrogés invoquaient leur liberté de choix face aux marques et leur volonté de diversifier leurs sources d'approvisionnement face au renforcement des parts de marché d'un fournisseur. Les déclarations des fabricants confirmaient que certains d'entre eux avaient été contactés et référencés par les distributeurs en réaction au regroupement SEB/Moulinex.

Les concurrents de SEB et le commissaire de gouvernement, faisaient valoir que non seulement l'opération conférait au nouveau groupe des parts de marché importantes, mais que ces positions étaient renforcées sur une gamme diversifiée de produits, et que le groupe SEB détiendrait un portefeuille de marques notoires de nature à battre en brèche la puissance d'achat des distributeurs. Le Conseil n'a pas suivi cette analyse. Il a constaté, en effet, que l'opération permettait au groupe SEB d'ajouter les marques Moulinex et Krups à celles qu'il détenait déjà (SEB, Tefal, Rowenta et Calor) et de constituer ainsi un portefeuille de marques notoires, inégalé par ses concurrents. Mais il a également observé que la présence dans ce secteur

d'autres marques à forte notoriété, contrebalance la valeur des marques détenues par le groupe SEB. De plus, le fait que la reprise de la marque Moulinex n'ait suscité que deux manifestations d'intérêt devant le tribunal de commerce et que les licences exclusives d'utilisation de la marque Moulinex, que SEB s'est engagé, auprès de la Commission européenne à accorder à des tiers, n'aient pas encore trouvé preneur, relativise, de l'avis du Conseil, le caractère incontournable de la marque Moulinex. Ce caractère incontournable des marques dans ce secteur n'était, de plus, pas confirmé par certains des concurrents et des distributeurs, les propos de ces derniers trouvant un soutien par les efforts de diversification de leurs approvisionnements, décrits plus haut. En ce qui concerne la diversité de la gamme de produits, le Conseil a constaté qu'il existait pour ces produits des remises de volume, mais aucune remise liée au nombre de modèles achetés chez un même fabricant.

Argument de l'entreprise défaillante

Bien que le Conseil n'ait pas considéré que l'opération porte atteinte à la concurrence, il a, cependant, tenu à porter à l'attention du ministre le fait que l'entreprise acquise était défaillante et que le plan de reprise du repreneur était la seule offre sérieuse. En effet, aucune des autres offres déposées devant le tribunal de commerce n'a été considérée par celui-ci comme une alternative crédible à l'offre de SEB. D'une part, certaines d'entre elles ont été analysées comme de simples manifestations d'intérêt, ne pouvant être retenues, compte tenu des conditions posées par l'article L. 621-83 du code de commerce selon lequel la cession a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés, et d'apurer le passif. Or, les offres présentées par Philips, Electrolux, Arcelik, Babyliiss, Saeco, Sunbeam, Taurus, TTI, ne portaient que sur certains actifs du groupe sans reprise d'emplois ni apurement du passif. De surcroît, ces différentes propositions n'ont pas évolué après leur dépôt, bien que les administrateurs judiciaires aient fait valoir leur non-conformité à l'article L. 621-83 et aient reporté à plusieurs reprises la date limite de dépôt des offres afin de laisser aux candidats intéressés un délai suffisant pour modifier ou finaliser leurs offres de reprise. D'autre part, les offres de reprise totale ou partielle des actifs de Moulinex (Euroland et Société Participation Industrielle) n'ont pas été considérées comme une solution substituable à celle de SEB, faute de garanties financières suffisantes pour justifier de leur faisabilité, et faute de levée, à la date de l'audience, des conditions suspensives dont elles étaient assorties. Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel de Versailles. Le jugement du tribunal de commerce de Nanterre conclut que [l'offre] *«présentée par la société SEB reste donc en réalité la seule subsistant (...). Que, si elle ne porte que sur une partie des sites, elle a le mérite de sauvegarder malgré tout plus du tiers des contrats de travail»*.

Le Conseil constate, de plus, que la progression des parts de marché de SEB, attendue après l'opération, serait vraisemblablement comparable à celle qui aurait été constatée en cas de disparition de Moulinex : *«Or, le transfert des parts de marché constaté entre Moulinex et SEB, alors que la cession n'était pas encore effective, laisse penser que, en cas de retrait du*

marché des produits Moulinex, comme cela a été le cas pendant quelques mois, les parts de marché détenues par le groupe SEB n'auraient pas été très différentes de celles résultant de l'opération».

Les conditions auxquelles il est ainsi référé sont celles définies par la jurisprudence communautaire (arrêt de la CJCE du 31 mars 1998 Kali + Saltz) pour considérer que la concentration n'est pas la cause de l'atteinte à la concurrence constatée, et que l'opération est donc neutre quant à son impact sur la concurrence. S'agissant des transferts de parts de marché, la Cour de justice a considéré que : *«En fait, l'introduction de ce critère vise à assurer que l'existence d'un lien de causalité entre la concentration et la détérioration de la structure concurrentielle du marché ne peut être exclue qu'au cas où la détérioration de la structure concurrentielle du marché, faisant suite à l'opération de concentration, se produirait pareillement même en l'absence de cette opération. Dès lors, le critère de l'absorption des parts de marché, bien qu'il ne soit pas considéré par la Commission elle-même comme suffisant à lui seul pour exclure le caractère préjudiciable de l'opération de concentration pour le jeu de la concurrence, concourt à assurer la neutralité de cette opération par rapport à la dégradation de la structure concurrentielle du marché, ce qui est conforme à la notion de causalité figurant à l'article 2, paragraphe 2, du règlement».*

On notera, que dans l'examen de l'acquisition par la société ASD de la société ORP, deux répartiteurs pharmaceutiques, le Conseil a également attiré l'attention du ministre sur le fait que ORP était défaillante et que sa disparition aurait été aussi préjudiciable au fonctionnement de la concurrence que sa reprise par Alliance Santé (02-A-15).

■ Décisions contentieuses notables

Ententes

Décision 02-D-14 du 28 février 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes

Par cette décision, le Conseil de la concurrence a statué sur des pratiques particulièrement graves de pression, mises en œuvre par le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts ainsi que par plusieurs conseils régionaux et tendant à étendre le monopole légal accordé aux géomètres-experts pour l'accomplissement des travaux topographiques qui fixent les limites des biens fonciers aux travaux topographiques sans incidence foncière, pour lesquels les géomètres-experts se trouvent en concurrence avec les géomètres-topographes.

Dans les faits, il était reproché au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts d'avoir élaboré et diffusé une note incitant les représentants des instances régionales à entreprendre des démarches visant à convaincre les maîtres d'ouvrage de réserver aux géomètres-experts le monopole des

travaux topographiques, y compris ceux dépourvus d'incidence foncière pour lesquels les géomètres topographes étaient compétents. De plus, il était fait grief au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts ainsi qu'à un certain nombre de conseils régionaux ou chambres syndicales de l'ordre des géomètres-experts d'être intervenus directement auprès des conseils généraux pour réserver les marchés de prestations topographiques et foncières aux géomètres-experts.

Compétence du Conseil de la concurrence

Le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts faisait valoir que la note relative aux conditions de dévolution des travaux topographiques à incidence foncière diffusée en juillet 1995 était prise dans le cadre de son pouvoir réglementaire et ne relevait donc pas des activités de production, distribution, services qui relèvent de la compétence du Conseil.

Conformément à l'appréciation concrète opérée dans des espèces similaires (parmi la jurisprudence fournie, il est possible de citer les décisions 97-D-18 du 18 mars 1997 et 97-D-26 du 22 avril 1997 relatives à des pratiques relevées dans le secteur du portage de médicaments à domicile), le Conseil a observé que la diffusion de la note susvisée, étrangère aux prérogatives de puissance publique confiées à l'Ordre, constituait bien une activité de services au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce et qu'il était donc compétent pour en connaître.

Le préfet de la région Île-de-France a déposé un déclinatoire de compétence dans le cadre du recours formé entre cette décision, estimant que le commentaire de dispositions légales ne constituait pas une activité de services au sens de l'article L. 410-1 du code du Commerce. Par un arrêt du 13 novembre 2002, la cour d'appel de Paris a rejeté ce déclinatoire et a sursis à statuer dans l'attente d'une éventuelle décision du Tribunal des conflits.

Pratiques reprochées au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts

Le Conseil de la concurrence a considéré qu'en fournissant aux membres du comité directeur et aux présidents des chambres départementales, une circulaire ayant pour objet d'inciter les maîtres d'ouvrage à réserver aux géomètres-experts le monopole des travaux topographiques, afin d'écarter les candidatures ou les offres de topographes pour des travaux ou des lots que ces derniers auraient été à même de réaliser, le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts avait mis en œuvre une entente anticoncurrentielle contrevenant aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Il a relevé à cet égard que les pressions, exercées par les géomètres-experts afin d'être les seuls admis à soumissionner ou les seuls à être retenus dans le cas de travaux mixtes et d'être ainsi protégés de la concurrence des topographes, avaient d'autant plus de poids auprès des maîtres d'ouvrage que ces professionnels disposent, par ailleurs, d'un monopole légal sur «*les études et travaux topographiques qui fixent les limites des biens fonciers*» ; qu'ainsi, les collectivités qui dépendent d'eux pour les opérations impli-

quant un transfert de propriété ou une modification du statut des biens fonciers, ne pouvaient ignorer les sollicitations ou les menaces de contentieux émanant de leurs organes collectifs ;

Pressions du Conseil supérieur et des conseils régionaux de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon, Montpellier, Marseille et Strasbourg

Le Conseil de la concurrence a constaté que le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts était lui-même intervenu auprès de la communauté urbaine de Bordeaux en lui présentant la circulaire précitée afin de démontrer à cette collectivité que le marché de prestations foncières, topographiques et géomatiques qu'elle envisageait devait être attribué à un géomètre-expert inscrit au conseil de l'Ordre.

Le Conseil de la concurrence a, par ailleurs, relevé que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon avait conduit une politique systématique d'intimidation des maîtres d'ouvrage qui envisageaient d'admettre des offres dans lesquelles des topographes pouvaient réaliser seuls ou en groupement avec des géomètres-experts des travaux topographiques sans incidence foncière.

Il était aussi établi que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Montpellier s'était livré à des pressions sur la DDE des Pyrénées-Orientales et sur la SNCF, pressions ayant pour objet et pouvant avoir eu pour effet de limiter la concurrence entre les géomètres-experts et les topographes et de tromper les maîtres d'ouvrage sur le champ ouvert à la concurrence entre ces deux professions.

De même, le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Marseille avait recommandé aux maîtres d'ouvrage certains professionnels au détriment de ceux exerçant dans d'autres départements, pratiques ayant eu pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence entre les géomètres-experts sur le marché de la Corse.

Enfin, le Conseil de la concurrence a constaté que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg n'avait pas procédé à la désignation d'un maître de stage permettant à un géomètre-expert de participer aux appels d'offres lancés par le conseil général de la Moselle, pratique ayant eu pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur les marchés comportant des travaux cadastraux passés par les conseils généraux de Moselle, du Haut-Rhin et la communauté urbaine de Strasbourg.

Le Conseil de la concurrence a conclu de tout ce qui précède que l'ensemble de ces pratiques étaient contraires aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et devaient être sanctionnées.

Dispositif de sanctions

Les pratiques mises en œuvre par le conseil supérieur de l'Ordre présentaient un caractère de gravité particulière, étant donné l'autorité morale dont bénéficie cette instance. Le Conseil a, en effet, considéré que le conseil supérieur de l'Ordre avait utilisé cette autorité pour asseoir les res-

trictions à l'accès au marché visant les géomètres topographes, pour répartir les marchés au bénéfice des experts géomètres locaux, et pour tromper l'acheteur public sur l'étendue du monopole des géomètres-experts et, partant, sur la possibilité qu'avait ce dernier de faire jouer la concurrence entre géomètres et topographes.

Le Conseil a infligé une sanction pécuniaire de 150 000 euros au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts et a ordonné la publication de sa décision dans une revue professionnelle.

Une sanction de 100 000 euros a été prononcée contre le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon.

Enfin, des sanctions de 50 000 euros, 75 000 euros et 60 000 euros ont été infligées respectivement aux conseils régionaux de l'Ordre des géomètres-experts de Montpellier, de Marseille et de Strasbourg.

En outre, au regard de la part personnelle et déterminante prise par les présidents des conseils régionaux de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon et Marseille aux manœuvres visant, pour ces deux organismes, à tromper les maîtres d'ouvrage sur l'étendue de la concurrence et, pour le second d'entre eux, à obtenir le changement d'attributaire du marché passé en 1996 par la collectivité de Corse, le Conseil de la concurrence a décidé de faire application du second alinéa de l'article L. 462-6 du code de commerce et de transmettre le dossier aux parquets compétents.

Aspects procéduraux

Cette décision tranche une importante question de procédure portant sur le respect du principe d'impartialité.

Les organismes mis en cause exposaient qu'après s'être saisi d'office de la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et topographes sur l'ensemble du territoire national, le Conseil avait été saisi d'une demande d'avis portant sur la restriction d'exercice de l'activité professionnelle de ces derniers dans le domaine des études topographiques et des documents cadastraux. L'avis ayant été rendu avant l'issue de la procédure contentieuse, les défendeurs invoquaient l'existence d'une atteinte au principe d'impartialité, en se prévalant, notamment, des jurisprudences Procola (CEDH 28 septembre 1995) et Habib Bank Limited (CE 20 octobre 2000). Selon eux, le Conseil allait, dans sa décision contentieuse, se prononcer sur des éléments dont il avait eu à connaître dans la procédure consultative antérieure, et ce, sur la base de principes déjà posés dans l'avis rendu, lequel préjugait donc de la décision à venir. Par ailleurs, était contesté sur ce même fondement le fait que le même rapporteur ait instruit la demande d'avis et l'affaire contentieuse.

Pour écarter ces moyens, le Conseil a rappelé, en premier lieu, que l'avis du 13 juin 2000 s'était prononcé sur *«les conséquences, sur le plan de la concurrence, du régime juridique applicable aux travaux topographiques et aux documents cadastraux»*, notamment, au regard des dispositions du décret du 31 mai 1996 et qu'il n'avait fait état d'aucun fait précis. Il a estimé, en deuxième lieu, qu'aucune analogie ne pouvait être retenue entre les

jurisprudences citées par les parties et l'espèce, dans la mesure où les circonstances de fait étaient différentes, notamment en ce que les personnes qui avaient siégé lors de la séance au cours de laquelle le Conseil avait décidé de se saisir d'office, n'avaient pas siégé dans la formation qui avait rendu la décision et que les griefs n'avaient pas été formulés par le Conseil, mais sous la seule responsabilité de la rapporteure. Enfin, s'agissant de cette dernière, le Conseil a rappelé qu'elle n'était pas membre du Conseil et ne participait pas au délibéré.

Décision 02-D-36 du 14 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise

Cette décision est importante par l'ampleur et la gravité des pratiques en jeu consistant pour un nombre relativement important d'entreprises intervenant sur le marché de la distribution des produits d'optique de l'agglomération lyonnaise, à se mettre d'accord entre elles pour, selon leurs propres termes, organiser le boycott de leurs fournisseurs, en vue de contraindre ceux-ci, soit à cesser d'approvisionner l'un de leurs concurrents, soit à obliger ce dernier à renoncer à sa politique de bas prix. En outre, la décision apporte des précisions sur la façon dont doit s'articuler l'analyse d'un contrat de distribution sélective ou exclusive au regard des dernières réformes communautaires en la matière, c'est-à-dire le règlement 2790/1999 précité, mais aussi la communication de la Commission 2001/C 368/07 concernant les accords d'importance mineure, dite *de minimis*.

En l'espèce, un magasin d'optique à l'enseigne Optical Center s'était installé dans le centre ville de Lyon, en annonçant, à grands renforts de publicité, des remises de 20 à 40 % sur des produits d'optique, y compris des produits de marques prestigieuses. Face à cette stratégie commerciale, une quarantaine d'opticiens professionnels, établis sur l'agglomération lyonnaise, s'étaient réunis à plusieurs reprises afin de décider une campagne collective de boycott des fournisseurs des marques référencées chez Optical Center. Ces réunions avaient été suivies de différents courriers ou conversations téléphoniques par lesquels les opticiens avaient menacé les fournisseurs d'interruption des relations commerciales tant qu'ils approvisionneraient leur concurrent. Par ailleurs, certains opticiens avaient effectivement mis en œuvre des mesures de rétorsion commerciale à l'encontre de ces mêmes fournisseurs en vue de les amener à cesser leurs relations avec Optical Center. Enfin, l'un des fournisseurs, cédant aux pressions des opticiens, s'était joint à leur mouvement : après avoir mis en œuvre un certain nombre de pressions, il avait fini par rompre ses relations avec la société Optical Center.

Enfin, le Conseil a examiné certaines clauses des contrats de distribution sélective de nature à limiter la liberté commerciale du distributeur tant en matière de revente qu'en matière de publicité.

Pressions communes des distributeurs sur les fournisseurs afin de limiter l'accès au marché à distributeur concurrent

S'agissant des réunions entre opticiens, le Conseil a tout d'abord relevé qu'il était établi que leur objet n'était pas seulement d'échanger des informations et des points de vue entre participants, mais bien, d'une part, de s'entendre sur les mesures de représailles à exercer contre les fournisseurs du magasin Optical Center qui continuaient à livrer ce dernier et, d'autre part, de distribuer des modèles type de formulation de pressions à exercer à leur encontre. Par ailleurs, si le nombre et l'identité exacts des participants n'étaient pas connus, il n'en demeurerait pas moins que quatre d'entre eux apparaissaient comme les instigateurs de ces réunions dont ils avaient assuré l'organisation, l'animation et le suivi, de telle sorte qu'ils devaient être considérés comme étant à l'origine d'une action concertée ayant pour objet d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché des lunettes de marque de l'agglomération lyonnaise, prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.

Ensuite, le Conseil a analysé la réalité de l'exécution des mesures décidées en concertation et notamment les courriers envoyés par trente-six entreprises d'optique ayant participé directement ou non aux réunions. Il a constaté que ces courriers reprenaient intégralement ou presque, les propositions de rédaction distribuées lors de la première réunion. Outre les aveux d'un certain nombre de distributeurs, le Conseil a retenu, pour les autres, l'existence d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant que ces entreprises avaient bien mis en œuvre l'action décidée en concertation, tendant à limiter le libre exercice de la concurrence en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché.

En dernier lieu, le Conseil a procédé à la même analyse concernant les fournisseurs pour retenir l'existence d'une pratique concertée consistant à faire pression sur les fournisseurs dans le cadre d'une campagne collective de boycott des fournisseurs décidée lors de la première réunion.

Mesures de représailles prises par certains distributeurs à l'encontre des fournisseurs

Le Conseil a estimé que les différentes mesures de rétorsion prises par dix-sept opticiens (annulation de commandes en cours, non-présentation des produits en vitrine ou en magasin, cessation de toute nouvelle commande, ralentissement du rythme de réapprovisionnement ou limitation en quantité des nouvelles commandes et recherche de nouveaux fournisseurs) s'inséraient dans la stratégie de pressions concertées sur les fournisseurs adoptée lors de la réunion susmentionnée et relevaient en conséquence, elles aussi, de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Il a ajouté que ni l'illicéité alléguée des pratiques d'Optical Center ni le non-respect par cette société des clauses du contrat de distribution sélective, invoqué par les fournisseurs, ne pouvaient rendre licites les pratiques de pressions concertées mises en œuvre par les opticiens lyonnais.

Mesures mises en œuvre par le fournisseur L'Amy France à l'encontre d'Optical Center

Sur ce point, le Conseil a tout d'abord souligné que lorsque la société L'Amy France avait agréé Optical Center en tant que distributeur de lunettes de marque, elle ne pouvait ignorer les pratiques commerciales habituelles de cette enseigne. Il a, par conséquent, considéré que le fait d'imposer au magasin Optical Center de Lyon, postérieurement aux réunions et courriers précités, l'exclusion des publicités des marques Nina Ricci, Lacoste, puis Chevignon et le fait de rompre unilatéralement les contrats qui la liaient à Optical Center, étaient - alors que la société L'Amy France avait, de diverses manières, exprimé son soutien aux opticiens lyonnais - constitutifs de la mise en œuvre des pressions décidées par ces derniers.

Examen des contrats de distribution sélective

Dans le cadre de cette même décision, le Conseil a précisé sa position sur l'application de la communication de la Commission 2001/C 368/07 concernant les accords d'importance mineure, dite *de minimis* lorsqu'il examine des pratiques au regard de l'article 81 du traité de Rome. Cette communication précise que les accords entre entreprises non concurrentes ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81-1 du traité lorsque la part de marché affectée par l'accord est inférieure à 15 %, sauf si les accords contiennent des «*restrictions flagrantes*» de concurrence.

Aucune des entreprises mises en cause dans le dossier ne détenait plus de 15 % de parts de marché. Le Conseil n'a donc examiné, au regard de l'article 81-1 du traité, que les contrats contenant des restrictions flagrantes (ceux dont une clause restreignait la capacité de livraison croisée entre les distributeurs des réseaux). Ceux-ci ont donc été examinés au regard des articles 81 du traité et L. 420-1 du code de commerce, les autres l'étant seulement au regard de l'article L. 420-1.

S'agissant des contrats analysés dans le cadre du droit communautaire, le Conseil a relevé qu'ils étaient antérieurs à l'entrée en vigueur du règlement 2790/1999 sur les restrictions verticales. Dans la mesure où ce règlement ne comporte aucune disposition précisant qu'il s'applique avec effet rétroactif, les contrats en cause ne pouvaient bénéficier ni de l'exemption catégorielle prévue dans le règlement, ni de l'exemption prévue par les dispositions de l'article 81§3 du traité, puisque le Conseil n'a pas compétence pour l'accorder. Les clauses considérées comme étant anticoncurrentielles ont donc été sanctionnées.

Dispositif de sanctions

La pratique consistant, pour un nombre relativement important d'entreprises intervenant sur le marché des produits destinés au consommateur final, à se mettre d'accord entre elles pour, selon leurs propres termes, organiser le boycott de leurs fournisseurs, en vue de contraindre ceux-ci soit à cesser d'approvisionner un de leurs concurrents, soit à obliger ce dernier à renoncer

à sa politique de bas prix, revêt une gravité particulière, même si ce mouvement a eu une durée limitée. De même, il est particulièrement grave pour un fournisseur de s'associer à ce mouvement en cessant toute relation commerciale avec l'entreprise de distribution visée.

Toutefois, étant donné que le mouvement concerté des opticiens lyonnais n'a réussi à rallier qu'un seul fournisseur tandis que les autres ont résisté aux pressions et ont continué d'approvisionner normalement le magasin Optical Center, le Conseil a considéré que le dommage à l'économie avait été limité. En conséquence et en fonction des éléments individuels propres à chaque entreprise, les sanctions prononcées ont été fixées à des montants chiffrés entre 2 250 euros pour la plus faible et jusqu'à 800 000 euros pour la plus élevée.

S'agissant des clauses anticoncurrentielles contenues dans certains des contrats de distribution sélective, le Conseil a prononcé diverses injonctions conduisant à les modifier de sorte que la nouvelle rédaction soit licite au regard des règles de concurrence.

Enfin, le Conseil a décidé d'ordonner la publication d'une partie de la décision dans un quotidien régional ainsi que dans une revue professionnelle destinée aux opticiens afin d'informer les consommateurs de l'agglomération lyonnaise et d'éviter le renouvellement de telles pratiques et ce, aux frais des quatre entreprises ayant initié cette action concertée.

Décision 02-D-42 du 28 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public

La décision 02-D-42 du 28 juin 2002, relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public, a constitué l'aboutissement de plusieurs années d'enquête et de procédure diligentées dans le cadre de neuf saisines introduites devant le Conseil de la concurrence par les sociétés du groupe Chapelle, Jean Chapelle, Semavem et Concurrence.

Cette décision est importante, tant en ce qui concerne les points de procédure (et notamment de prescription) qui y sont abordés que l'envergure des saisines traitées et des pratiques sanctionnées ainsi que des sanctions prononcées, qui, au total s'élèvent à 34 160 000 euros.

Sur la procédure

L'ancienneté des saisines dont l'une remontait au 13 mars 1989 et la plus récente au 18 mai 1992, avait engendré un certain nombre de problèmes relatifs à la prescription. En premier lieu, le Conseil a repris la position déjà adoptée dans sa décision 02-D-02, selon laquelle des pourvois en cassation introduits contre des ordonnances judiciaires autorisant les visites et saisies ont un effet interruptif de prescription. A cet égard, il a précisé les raisons pour lesquelles il estime que la détermination des actes de recherche et de constatation susceptibles d'interrompre la prescription établie par l'article

L. 462-7 du code de commerce peut s'effectuer par voie de rapprochement avec la jurisprudence élaborée autour de l'article 7 du code de procédure pénale et s'inspirer des principes dégagés par cette jurisprudence.

Par ailleurs, le Conseil a précisé qu'une séance tenue par lui, au cours de laquelle a été discutée la recevabilité d'une saisine, sans que cette discussion ait abouti à une décision, ne peut constituer un acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des faits.

Enfin, il a apporté une précision importante et nouvelle dans sa jurisprudence s'agissant de l'étendue des effets d'un acte interruptif. Dans la mesure où le Conseil est saisi *in rem*, les actes intervenus dans le cadre de l'instruction d'une saisine visant un certain type de pratiques, ou un certain marché, interrompent la prescription pour l'ensemble des entreprises auteurs de telles pratiques éventuellement mises en cause ; mais, en revanche, de tels actes ne sauraient interrompre la prescription à l'égard d'entreprises auteurs de pratiques d'un autre type, qui ne faisaient pas l'objet de ces actes d'instruction. Ainsi, des actes interruptifs de prescription accomplis à l'égard de pratiques de traitement discriminatoire ne sauraient interrompre le cours de la prescription concernant des pratiques d'entente sur les prix. A cet égard, le Conseil a aussi précisé que la jonction de saisines prescrites avec des saisines dans le cadre desquelles des actes interruptifs de prescription sont intervenus ne saurait avoir pour effet de remettre en cause rétroactivement la prescription intervenue à l'égard des premières saisines.

Le Conseil a ensuite répondu à un moyen lui contestant, faute de s'être saisi d'office, le pouvoir de sanctionner des pratiques postérieures aux dates des saisines. Il a confirmé, sur ce point, qu'il ne pouvait examiner que les faits circonscrits par la saisine, notamment, dans le temps (CA Paris 17 juin 1992), mais a retenu que la question ne se posait pas en l'espèce, puisque les pratiques relevées étaient «[...] *des pratiques continues caractérisées par des accords de volonté noués, à une date antérieure aux saisines qui se sont poursuivis dans les mêmes conditions après elles* [...]».

Par ailleurs, la décision a rappelé qu'en raison de la finalité même de la protection du secret des affaires assurée par la procédure instituée par l'article L. 463-4 du code de commerce, cette procédure n'est pas contradictoire et que dès lors, le recours contre une décision rejetant une demande de secret des affaires ne peut intervenir, conformément à l'article 19 du décret du 19 octobre 1987, qu'avec la décision du Conseil sur le fond.

Enfin, le Conseil a examiné plusieurs moyens contestant que les actes de la procédure aient été adressés à l'entité à laquelle devaient, effectivement, être imputées les pratiques relevées. Après avoir rappelé le contenu, en droit de la concurrence, de la notion d'entreprise, il a examiné, au cas par cas, contre quelle entité devaient être retenues les pratiques mises en œuvre dans le cadre de grands groupes de distribution ou par des distributeurs indépendants, mais liés entre eux par une enseigne commune et/ou une politique de référencement, d'achat et de vente commune (le lecteur est invité, à cet égard, à se reporter à la partie procédure de cette même partie).

Sur le fond

Les pratiques qualifiées et sanctionnées par cette décision ont consisté en des ententes portant sur les prix offerts aux consommateurs : l'une, généralisée, entre Akaï France et plusieurs de ses distributeurs Darty, le groupe FNAC, le groupe Conforama, Euromarché et le groupe Connexion, et l'autre, bilatérale, entre la société Thomson Consumers Electronics Marketing France, devenue Thomson Multimédia Sales Europe et la société Camif.

S'agissant de la première pratique, des milliers de relevés de prix effectués dans plusieurs magasins et sur tout le territoire national avaient permis de constater, notamment, que les prix de nombreuses références d'appareils étaient identiques ou très proches, que ces prix allaient en décroissant dans le temps au rythme de l'obsolescence technique ou commerciale et que chaque diminution de prix, quasi-simultanée pour l'ensemble des distributeurs, conduisait ceux-ci à adopter un nouveau prix de vente au détail.

Le Conseil a rappelé que de telles observations peuvent logiquement être expliquées de trois façons : par une entente horizontale directe sur les prix entre distributeurs, ou encore par une série d'ententes verticales entre chaque fournisseur et chacun de ses distributeurs autour d'un prix de revente déterminé par ce distributeur ou, enfin, par un parallélisme de comportement qui viendrait d'une réaction identique des distributeurs à la diffusion de «prix conseillés» ou de «martingales» par le distributeur, parallélisme de comportement uniquement guidé par la concurrence qui règnerait dans ce secteur et qui ferait converger les prix vers des montants identiques.

Après avoir rappelé qu'une entente entre un fournisseur et ses distributeurs n'est établie, en droit de la concurrence, qu'à la condition que soit rapportée la preuve d'une concertation et d'un accord de volonté entre eux, le Conseil a énoncé les indices susceptibles d'être retenus à ce sujet :

- l'existence d'éléments permettant de penser que des prix de vente au détail ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre ces fournisseurs et ces distributeurs ;
- le fait que ces prix, ainsi déterminés, auraient effectivement été pratiqués par ces distributeurs, traduirait l'existence d'un accord de volontés et donc d'une entente ;
- l'existence d'éléments démontrant qu'un système de contrôle des prix aurait été mis en place, un tel système étant en général nécessaire au fonctionnement durable d'une entente sur les prix.

Pour chacun des distributeurs sanctionnés, le Conseil a ainsi relevé que les prix de vente, déterminés lors des négociations commerciales avec la société Akaï France ont été, le plus souvent, effectivement pratiqués dans les magasins du distributeur en cause et contrôlés par la société Akaï. Il a considéré qu'était donc établi l'accord de volontés des deux parties sur une entente de prix au détail, ce qui constitue une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Par ailleurs, le Conseil a rappelé que la stabilité d'une entente anticoncurrentielle sur les prix dépend de l'existence d'un système de surveillance qui

garantit à chacun des acteurs que ses concurrents respecteront la «*règle*» définie en commun. A cet égard, le Conseil a relevé que la société Akai France avait chargé sa force de vente de relever les prix pratiqués par certains magasins. Ce contrôle était renforcé par la diffusion par les distributeurs de catalogues ou de publicités nationales ou locales, et par la clause de remboursement aux consommateurs de la différence de prix si un même produit leur était offert moins cher par un distributeur voisin : ce mécanisme permettant de faire repérer par les consommateurs eux-mêmes, ceux des distributeurs qui ne respectent pas la concertation et pratiquent des prix inférieurs aux prix convenus.

L'entente relevée entre la société Thomson Consumers Electronics Marketing France, devenue Thomson Multimédia Sales Europe, et la société Camif procédait d'un mécanisme identique. En effet, les pièces du dossier ont permis de constater que sur quarante-six prix de vente au détail figurant dans des catalogues de la Camif pour des références qui avaient fait l'objet de négociations commerciales avec le groupe Thomson plus de cinq mois auparavant (délai nécessaire à l'édition du catalogue), les prix pratiqués étaient soit identiques aux prix évoqués lors des négociations, soit très proches. Le Conseil a estimé que cette concentration anormale caractérisait l'application effective des prix déterminés lors des négociations commerciales et que dès lors, l'accord de volontés des deux parties sur une entente de prix de vente au détail était établi.

En ce qui concerne les effets de ces comportements, la décision a relevé que l'uniformité des prix de détail pratiqués en concertation entre les fournisseurs et les distributeurs avait des effets sur les marges dégagées par les uns et par les autres, le niveau des prix de vente au détail étant déterminé de telle sorte que ces marges atteignent un niveau jugé comme suffisamment rémunérateur pour les deux parties.

Sur les sanctions

Répondant au moyen selon lequel les pratiques n'avaient pas porté atteinte à l'économie, dans la mesure où il était établi que les prix moyens de différentes catégories de produits «*bruns*» avaient évolué à la baisse, le Conseil a rappelé que l'évolution, à la hausse ou à la baisse, des prix moyens dans un secteur dépend de plusieurs facteurs. Le progrès technologique, les effets d'échelle ou de gamme, les changements dans les comportements de consommation sont à même de provoquer des baisses de prix qui sont susceptibles de l'emporter sur l'effet haussier résultant des pratiques anticoncurrentielles mises au jour, sans que cela ne réduise l'atteinte aux consommateurs et aux marchés qui résultent de ces pratiques.

S'agissant de la gravité, le Conseil a relevé, d'une part, que les pratiques en cause tendaient à figer les positions acquises par les distributeurs entre eux et à priver les consommateurs d'acquérir des appareils des marques considérées aux prix plus avantageux qui auraient résulté du libre jeu de la concurrence et, d'autre part, l'importance des sociétés ayant mis en œuvre lesdites pratiques. A cet égard, le Conseil a, d'ailleurs, estimé que le dommage causé à l'économie dépassait le simple enjeu des marques de produits

ou de distribution en cause, dans la mesure où de telles pratiques peuvent avoir pour effet, d'une part, de donner à penser aux autres fournisseurs et distributeurs que ce type de comportement est général et, d'autre part, d'inciter les uns et les autres à les adopter.

Décision 02-D-59 du 25 septembre 2002 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Ain

Cette décision du Conseil a une valeur emblématique en ce qui concerne les pratiques anticoncurrentielles qui peuvent être mises en œuvre dans le cadre de la passation de délégations de service public. Dans ce dossier, le conseil général de l'Ain avait décidé de remettre en concurrence l'ensemble des transports scolaires organisés dans le département en mettant en œuvre, pour la première fois, les dispositions de la loi du 29 janvier 1993, dite «*loi Sapin*». Le Conseil a, notamment, sanctionné plusieurs sociétés de transport de voyageurs du département de l'Ain qui avaient procédé à des échanges d'informations avant le dépôt des offres afin de se répartir le marché.

Échange d'informations lors de la passation de délégations de service public

134

Il était, dans cette affaire, établi que plusieurs réunions avaient été organisées, par secteurs géographiques, entre les transporteurs concernés, et ce juste après le dépôt des candidatures et avant la date limite du dépôt des offres. Un certain nombre de déclarations démontraient que l'objet de ces réunions avait été de maintenir le *statu quo* des exploitations des lots et que les transporteurs avaient convenu de ne pas se concurrencer.

S'agissant des effets de ces concertations, le Conseil a relevé qu'à l'issue de la procédure de délégation de service public, seuls trois lots avaient changé de délégataire et que, dans les secteurs géographiques où des réunions avaient été organisées, les transporteurs s'étant concertés avaient obtenu une part significative des lots, voire leur totalité.

Le Conseil a qualifié cette pratique d'entente anticoncurrentielle et a sanctionné les entreprises dont la participation aux réunions était établie. A cet égard, il a précisé que si la réalité des caractéristiques des marchés pouvait expliquer que peu d'entreprises aient formulé des offres pour des marchés dont elles n'étaient pas précédemment attributaires, il ne résultait pas moins de l'ensemble du dossier que les transporteurs avaient, conjointement, convenu de ne pas se concurrencer. L'assurance que les intéressés pouvaient nourrir, à l'issue des réunions auxquelles ils avaient participé, de retrouver les lots qu'ils exploitaient déjà, ne les avait pas incités à présenter des offres concurrentielles, d'une part, sur leur propre lot et, d'autre part, sur d'autres lots pour compenser la perte éventuelle de leurs lots.

Plusieurs transporteurs mis en cause arguaient de l'absence d'effet anticoncurrentiel des pratiques, avançant qu'il n'avait pas été constaté d'augmentation substantielle des prix à l'issue de l'attribution, et que certains

des lots avaient, d'ailleurs, été attribués à des prix inférieurs à ceux pratiqués avant la mise en concurrence. Le Conseil a rejeté ces moyens en rappelant que, dans le cadre des dispositions de la «*loi Sapin*» du 28 janvier 1993, le prix initialement proposé était déterminant pour choisir le candidat avec lequel le délégant allait négocier, et que, dans la mesure où les pratiques reprochées avaient supprimé l'indépendance des offres et faussé le jeu de la concurrence, il était indifférent qu'elles n'aient pas engendré une hausse substantielle des prix ou que certains lots aient été attribués à des montants inférieurs à ceux pratiqués avant la mise en concurrence.

Dispositif de sanctions

Le Conseil a examiné la gravité des pratiques dénoncées en tenant compte, non seulement, du fait que, par elles-mêmes, ces pratiques revêtaient une gravité particulière en tant que constituant des ententes horizontales entre soumissionnaires concurrents à des marchés publics ayant pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence par les prix et d'aboutir à une répartition des marchés, mais aussi, du fait qu'il s'agissait de la première application de la nouvelle procédure d'attribution des délégations de service public prévues par la loi Sapin dont l'objectif est d'assurer un plein exercice de la concurrence.

Le dommage à l'économie résultant de ces pratiques a été évalué en tenant compte du fait que 81,9 % du montant global des délégations de service public avait été attribué aux entreprises organisatrices ou participantes aux réunions entre transporteurs. Le Conseil en a déduit qu'une partie substantielle du marché avait été affectée lors des pratiques de concertation.

En conséquence, le Conseil a prononcé des sanctions pécuniaires à l'encontre de l'Union professionnelle des transporteurs routiers de l'Ain, organisatrice de l'entente et des réunions, ainsi que de dix entreprises de transport de voyageurs dans le département de l'Ain. Leur montant total s'élève à 884 010 euros.

Aspects procéduraux

Par cette décision, le Conseil a confirmé sa compétence pour connaître du comportement d'entreprises candidates à l'attribution de lots dans le cadre de délégations de service public de transport et a rappelé les conséquences procédurales d'une longueur excessive de la procédure.

En premier lieu, le Conseil a rappelé une jurisprudence désormais bien établie selon laquelle s'il n'est pas compétent pour se prononcer sur la régularité des procédures de dévolution de délégations de service public ou de marchés publics organisées par une personne publique, il est, en revanche, compétent pour apprécier les pratiques dénoncées qui, de toute évidence, ne constituent pas des actes administratifs et ne concernent nullement la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique.

Dans le même cadre, la compétence du Conseil était contestée au motif que les prix des prestations en cause étaient déterminés par la collectivité départementale elle-même et, qu'en conséquence, il ne pouvait y avoir de

concurrence entre les transporteurs soumis à des tarifs de service public. Le Conseil a rejeté ce moyen en rappelant que les pratiques visées ne concernaient ni la légalité, ni encore l'opportunité des tarifs fixés à l'issue des négociations conduites par le conseil général avec les sociétés ayant déposé des offres, mais visaient seulement le comportement coordonné d'entreprises en situation de se faire concurrence par leurs mérites et par le montant de leurs offres, qui seront ensuite négociées avec le conseil général.

En second lieu, le Conseil a rappelé, qu'à supposer excessive en l'espèce la durée de la procédure, la sanction qui s'attacherait à l'obligation, pour lui, de se prononcer dans un délai raisonnable ne serait pas le prononcé d'un non-lieu, mais la réparation du préjudice résultant éventuellement de cette durée excessive. La sanction de la nullité ne serait encourue que s'il était établi que la longueur excessive de la procédure avait fait obstacle à l'exercice normal des droits de la défense, ce qui n'était, en l'espèce, pas établi.

Abus de position dominante

Décision 02-D-18 du 13 mars 2002 relative aux pratiques de l'État et de l'Association pour les fouilles archéologiques nationales lors de la passation du marché des fouilles archéologiques préventives du chantier de la modification de la route départementale Le Canet-Perpignan

La décision «AFAN» est intéressante en ce que, d'une part, elle examine le comportement de l'État au regard du droit de la concurrence et, d'autre part, en ce qu'elle montre les difficultés d'appréhender certaines pratiques mises en œuvre par des personnes publiques.

La loi du 27 septembre 1941 prévoit que les fouilles archéologiques peuvent être conduites par l'État ou par des particuliers surveillés par l'État, sous réserve que l'opérateur des fouilles dispose au préalable d'une autorisation spécifique délivrée, aux termes du décret n° 94-422 du 27 mai 1994, par le préfet de région après consultation de la commission inter-régionale de la recherche archéologique (CIRA). Parmi les opérateurs de fouilles, l'Association pour les fouilles archéologiques nationales (AFAN), créée en 1973 à l'initiative des ministères de la culture et des finances (et devenue l'Institut national de recherches archéologiques préventives le 1^{er} février 2002), dispose d'un quasi-monopole pour procéder aux fouilles, mais il existe d'autres opérateurs de fouilles en France et à l'étranger.

En l'espèce, le conseil général des Pyrénées-Orientales souhaitait réaménager la liaison routière Perpignan / Canet en Roussillon, lorsque l'étude préliminaire du projet a mis en évidence la présence de vestiges archéologiques sur le site «Vilarnau / Mas Mirafior». Aussitôt, le conseil général a été invité par la Direction régionale des affaires culturelles, conformément à l'avis de la CIRA, à procéder à des fouilles archéologiques préventives, ces der-

nières devant être réalisées par l'AFAN en comptant un budget prévisionnel précis.

Contraint, malgré diverses tentatives, de retenir l'AFAN pour procéder aux fouilles, le conseil général des Pyrénées-Orientales a saisi le Conseil de la concurrence en dénonçant l'existence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par l'État et l'AFAN, lors de la dévolution du marché des fouilles archéologiques préventives du chantier de modification de la route départementale Le Canet-Perpignan.

Cette décision comporte un certain nombre de points de procédure peu courants. Sur le fond, parmi les cinq griefs avancés, trois méritent un examen plus approfondi.

Sur l'existence de circonstance d'interruption de l'instance devant le Conseil de la concurrence

L'affaire en cause présentait une première difficulté de procédure résultant de ce que, postérieurement à la séance, un décret du 16 janvier 2002 avait mis en application les dispositions de la loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001, qui avait modifié l'organisation réglementaire des fouilles archéologiques en confiant le monopole des fouilles archéologiques préventives à un établissement public administratif, l'Institut national de recherches archéologiques préventives, auquel ont été dévolus les biens, droits et obligations de l'association pour les fouilles archéologiques (AFAN), seule mise en cause dans le cadre de la procédure. Sur ce point, le Conseil a rappelé un principe général de procédure, selon lequel si l'instance en cours devant le Conseil est interrompue lorsqu'un changement survient dans la situation d'une entreprise mise en cause entraîne la perte par celle-ci de sa capacité à répondre à des pratiques anticoncurrentielles faisant l'objet de poursuite, et si cette interruption se poursuit jusqu'à l'intervention ou la mise en cause de l'entreprise apte, le cas échéant, à répondre des pratiques imputées à l'entreprise dont elle assure la continuité, l'interruption ne se produit pas lorsque l'événement qui en est la cause survient après l'ouverture des débats, laquelle a pour effet de cristalliser la situation procédurale des parties.

En application de ce principe, le Conseil a donc rejeté le moyen présenté par l'AFAN selon lequel le décret du 16 janvier 2002 portant dévolution des biens, droits et obligations de l'association AFAN au 1^{er} février 2002 à l'Institut national de recherches archéologiques préventives, devrait avoir pour effet d'interrompre la procédure ; les débats ayant eu lieu le 23 janvier 2002, le Conseil a estimé que la situation procédurale des parties se trouvait cristallisée à cette date.

Sur l'imputabilité des pratiques faisant l'objet des griefs

Le Conseil de la concurrence s'est ensuite prononcé sur le point de savoir si l'AFAN pouvait se voir appliquer les règles du droit de la concurrence.

Après un examen approfondi des statuts de l'AFAN et de la convention-cadre conclue entre cette dernière et l'État le 1^{er} juillet 1992, le Conseil est parvenu à la conclusion que cette association ne disposait d'aucune auto-

nomie de décision vis-à-vis des services de l'État en ce qui concerne l'initiative et la conduite des fouilles archéologiques préventives, la définition des prestations fournies aux clients, la fixation de ses prix et tarifs et la gestion de son personnel.

Dès lors, le Conseil a constaté que l'AFAN constituait une «*association-relais*» par le biais de laquelle l'État intervient directement comme opérateur économique sur le secteur des fouilles archéologiques préventives. Il a, en conséquence, considéré que les pratiques relevées au cours de l'instruction devaient être imputées directement à l'État, représenté par le ministre de la culture, et non à l'association.

Sur la compétence du Conseil de la concurrence pour connaître de certains griefs

Les pratiques dénoncées en l'espèce par le conseil général des Pyrénées-Orientales consistaient, notamment, dans le refus de l'État de se soumettre à la procédure de mise en concurrence prévue par le code des marchés publics, d'une part, et dans l'utilisation par l'État de ses prérogatives de puissance publique, pour imposer au département le recours à l'AFAN pour la conduite des fouilles archéologiques préventives, au détriment de la liberté de choix du maître d'ouvrage, d'autre part.

Le Conseil a tranché la question de sa compétence pour connaître des pratiques en cause en appliquant les principes posés par l'arrêt du tribunal des conflits ADP (du 18 octobre 1999), selon lequel les décisions par lesquelles les personnes publiques ou les personnes privées chargées d'un service public exercent la mission qui leur est confiée et mettent en oeuvre des prérogatives de puissance publique, même si ces décisions sont constitutives d'actes de production, de distribution ou de service au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce, ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence.

Le Conseil a relevé que les circulaires par lesquelles le ministre de la culture avait prescrit aux préfets et directeurs régionaux des affaires culturelles le choix de l'AFAN dans la réalisation de fouilles préventives, sans se référer aux procédures mises en place par le code des marchés publics, présentaient un caractère réglementaire et procédaient de la mise en oeuvre de prérogatives de puissance publique échappant, dès lors, en application des principes énoncés par l'arrêt précité à sa compétence. La même analyse a été faite sur le comportement des commission interrégionales de la recherche archéologique, dont les avis apparaissaient indissociables de la décision préfectorale d'autorisation préalable prévue par un décret du 27 mai 1994.

Sur le caractère abusif des clauses du marché proposé par l'État au département des Pyrénées-Orientales et l'impossibilité de les renégocier (3^{ème} grief)

Le conseil général des Pyrénées-Orientales reprochait aussi à l'AFAN d'avoir proposé un contrat de travaux comportant des clauses ayant un caractère abusif, notamment en raison de l'impossibilité pour le conseil général de renégocier les différents postes du marché, le montant du devis, la durée

de l'intervention, le contrôle des prestations et certaines clauses spécifiques du contrat.

Le Conseil de la concurrence s'est donc interrogé sur le point de savoir si l'AFAN était à l'origine d'une pratique de prix abusif au regard de la jurisprudence nationale et communautaire.

Il a rappelé, à cet égard, la solution adoptée dans la décision 00-D-27 du 13 juin 2000, selon laquelle un abus de position dominante peut être constitué lorsqu'une entreprise, en position dominante, impose à son client de lui acheter un volume de prestations injustifié, que ce dernier ne serait pas en mesure de discuter, ou bien, fixe son prix à un niveau manifestement excessif.

Cette position procède des principes énoncés par la Cour de justice des Communautés européennes dans les arrêts General Motors, du 13 novembre 1975, British Leyland du 11 novembre 1986 et Tournier du 13 juillet 1989, qui ont précisé qu'une pratique de prix abusif, dans le cadre d'un monopole pouvait être établie, s'il existait une disproportion manifeste entre ce prix et la valeur du service correspondant, ou si une telle anomalie apparaissait à la suite d'une comparaison effectuée sur une base homogène dans le cadre d'une analyse des composantes du prix pratiqué. En revanche, une telle pratique ne serait pas constituée si la disproportion constatée comportait une justification (arrêt CJCE 8 juin 1971, Deutsche Grammophon et 13 juillet 1989, Tournier précité).

Dans ce cadre, le Conseil a constaté que le prix pratiqué par l'AFAN correspondait à un barème spécifique établi à l'échelon national actualisé et révisé sur la base de l'indice de l'ingénierie et impliquant que les devis soient établis par référence à un cahier des charges défini par le conservateur régional de l'archéologie. Il ressortait, en outre, d'une déclaration figurant au dossier que ce barème, arrêté par le comité financier de l'AFAN, était établi *«de façon à pouvoir traiter de manière homogène les opérations d'archéologie préventive sur l'ensemble du territoire tout en permettant d'atteindre l'équilibre de gestion»*.

Dans une seconde étape, il était possible de comparer les propositions formulées par l'AFAN avec celles présentées par une association espagnole, qui étaient inférieures de 40 %.

Cependant, cette comparaison s'est avérée impossible dans la mesure où la commission interrégionale de la recherche archéologique du sud-est, chargée de fournir un avis sur les qualités scientifiques des responsables des équipes qui s'étaient proposées pour exécuter le marché n'avait rendu aucun avis sur le responsable de l'équipe espagnole, concurrente de l'AFAN.

Dès lors, il n'était pas possible de savoir si la différence de prix des deux propositions traduisait le caractère anormalement élevé du prix de l'AFAN, l'inadéquation des prestations, ou s'expliquait par l'insuffisance scientifique du projet espagnol.

Enfin, la présence au dossier d'un courrier invitant le conseil général à discuter le projet de l'AFAN et d'une réunion n'ayant pas *«permis d'avancer*

vers une solution acceptable», démontrait que des tentatives de négociations avaient eu lieu, même si celles-ci n'avaient pas abouti.

Le Conseil a donc conclu à l'absence d'éléments permettant d'établir un abus de l'exploitation de la position dominante de l'AFAN.

Décision 02-D-33 du 10 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction

Dans sa décision 02-D-33 du 10 juin 2002, le Conseil de la concurrence a sanctionné de la manière la plus lourde qui soit, dans le cadre d'une procédure simplifiée, la société Sogec Gestion pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché du traitement des coupons de réduction en fermant presque totalement le marché, contre le gré de ses propres clients, de manière à conserver son quasi-monopole (97,91 % de part de marché en 2000) sur un marché pourtant en pleine expansion.

Il était, notamment, fait grief à la société Sogec Gestion d'exploiter de manière abusive sa position dominante sur le marché en imposant à ses clients une clause d'exclusivité, dans certains cas, en contrepartie de ristournes financières rétroactives, en développant un logiciel propriétaire considéré comme une marque, en refusant d'adopter un code générique permettant l'intervention sur le marché d'autres sociétés de couponnage et, plus généralement, en refusant de participer à un système d'échange généralisé de coupons, alors même qu'aucune contrainte technique n'y faisait obstacle.

Définition du marché pertinent : le marché du traitement des coupons publicitaires de réduction

Le Conseil a constaté que parmi les nombreuses techniques de marketing, la technique des coupons de réduction présentait des spécificités *«d'une part, en ce qu'elle incite les consommateurs à acheter un produit non par la valorisation de l'image de ce dernier, mais en lui offrant un avantage financier direct, d'autre part, en ce qu'elle offre aux fabricants qui y recourent, une source d'information supplémentaire sur les goûts et les comportements des consommateurs»*.

Le Conseil en a déduit qu'il existait un marché pertinent du traitement des coupons publicitaires de réduction, comprenant l'ensemble des opérations de tri, d'envoi aux fabricants et de contrôle incombant aux détaillants ou aux grossistes, ainsi que celles de réception, de comptage, de remboursement et de contrôle incombant aux émetteurs de coupons. Il a, en revanche, au motif de la similitude des techniques mises en œuvre au niveau de l'offreur, rejeté le moyen selon lequel il existerait deux segments de marché, l'un correspondant aux coupons émis par les fabricants, l'autre correspondant à ceux émis par les distributeurs.

Sur ce marché pertinent, le Conseil a relevé la position dominante de Sogec Gestion qui détenait entre 1998 et 2000 plus de 97 % de part de marché.

Pratiques sanctionnées

● Sur la clause d'exclusivité imposée par Sogec à ses clients

Le Conseil a procédé à une analyse approfondie des relations entretenues par Sogec Gestion avec ses clients, associant dans son analyse des considérations strictement juridiques, les effets des clauses d'exclusivité figurant dans les contrats, et des éléments d'ordre factuel tels que la crainte des détenteurs de marque de rompre les relations avec la société assurant le traitement des coupons du fait des répercussions commerciales d'un éventuel incident technique, le recours systématique au jeu de la clause de tacite reconduction, ou encore le recours à des ristournes rétroactives et non contractuelles en contrepartie du renouvellement du contrat.

Cette appréciation *in concreto* rejoint celle que le Conseil avait déjà effectuée dans une affaire relative au secteur du mobilier urbain (décision du 7 juillet 1998) en relevant que le jeu cumulé des clauses de tacite reconduction des contrats et des conditions de dénonciation rendant difficile l'exercice de ce droit par les collectivités, avait pour effet de prolonger artificiellement la durée d'une relation contractuelle et de permettre aux sociétés d'éviter toute mise en concurrence.

Ces éléments, constitutifs de relations d'exclusivité sans justification technique ou commerciale réelle et objective, conjugués avec la rétention des codes d'identification des produits comme moyen de pression sur les clients ainsi qu'avec l'interdiction du double codage, ont été qualifiés d'abus de position dominante, notamment en ce qu'ils constituent une entrave considérable à l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs et à leur développement.

● Sur la fourniture gratuite d'équipements ne reconnaissant que le code Sogec et le refus de participer à un système généralisé d'échange

Le Conseil a également relevé que les pratiques ayant consisté, pour Sogec Gestion, à proposer de fournir gratuitement des appareils de lecture de coupons intégrés au logiciel des caisses enregistreuses ne reconnaissant pas les autres coupons et à refuser de participer à un système d'échange généralisé de coupons entre concurrents étaient également constitutives d'un abus de position dominante, dans la mesure où elles constituaient une entrave à l'évolution structurelle du marché.

Plus généralement, ces pratiques renvoient à une position jurisprudentielle bien établie du Conseil, mettant les clauses d'exclusivité en perspective avec la position de l'opérateur sur le marché. Dès 1985, la Commission de la concurrence avait estimé qu'à défaut d'un équilibre structurel suffisant entre des réseaux de transmission florale, la concurrence entre eux ne pouvait intervenir qu'en l'absence de clause d'exclusivité dans la mesure où une telle disposition limiterait indûment l'exercice de la concurrence par les autres opérateurs (avis du 12 décembre 1985).

Dispositif de sanction

Compte tenu de la gravité de la pratique et de ses effets sur le secteur économique concerné, le Conseil de la concurrence s'est attaché à sanction-

ner de la manière la plus lourde la société Sogec Gestion en lui infligeant une sanction pécuniaire de 76 244,51 euros, soit le montant maximal pouvant être prononcé dans le cadre d'une procédure simplifiée et en lui enjoignant de suspendre sans délai et de supprimer toute clause d'exclusivité dans ses contrats pendant une durée de 5 ans, de cesser de pratiquer la rétention des codes en cas de mention d'une autre banque de coupons et de ne plus refuser l'apposition de codes appartenant à des prestataires concurrents.

Décision 02-D-44 du 11 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement

Cette décision présente plusieurs aspects intéressants, touchant pour l'essentiel à la caractérisation d'une position dominante collective et à l'inauguration du contrôle *a posteriori* des concentrations. Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence s'est attaché, dans le cadre de sa fonction régulatrice, à agir sur la structure du marché, afin de corriger à leur source les dysfonctionnements observés.

Il avait été fait grief à la Compagnie générale des eaux (CGE) et à la Lyonnaise des eaux (SLDE), d'avoir limité l'intensité de la concurrence en renonçant à répondre systématiquement à des appels d'offres en concurrence avec les entreprises communes qu'elles avaient constituées conjointement.

142

Définition du marché pertinent

Le Conseil de la concurrence a retenu comme marché pertinent le marché national de la gestion déléguée du service de distribution d'eau et le marché national de la gestion déléguée de l'assainissement. Rejetant les arguments des défenderesses, il a justifié la dimension nationale du marché en tenant compte du fait que les trois plus grandes entreprises présentes sur les marchés de la distribution d'eau et d'assainissement intervenaient sur l'ensemble du territoire national et répondaient aux appels à concurrence directement ou par l'intermédiaire de filiales, dans des conditions analogues sur tout le territoire, sans opérer de distinction selon la taille de la collectivité. Par ailleurs, le Conseil a exclu que, tout au moins pour la période des faits constatés, les opérateurs publics puissent être considérés comme étant en position de concurrencer les opérateurs privés sur ces marchés. Il a rappelé, sur ce point, les principes énoncés par la Commission de la concurrence dans un avis du 28 octobre 1980 ainsi que par lui-même dans un avis 94-A-16 et a constaté que si, dans certains cas, des opérateurs publics étaient intervenus sur les marchés, ces interventions étaient demeurrées ponctuelles et exceptionnelles.

Détermination du droit applicable

Le fait que les pratiques en cause procèdent, tout au moins en partie, de la création de filiales communes conduisait à s'interroger sur le point de savoir

si ces pratiques relevaient du droit des concentrations ou des dispositions relatives aux pratiques anticoncurrentielles. Sur ce point, le Conseil a rappelé que l'application cumulative des règles relatives aux concentrations et aux pratiques anticoncurrentielles est exclue par la jurisprudence (Cour de cassation, chambre commerciale, 26 novembre 1996, Syndicat des distributeurs indépendants). Il a considéré qu'au regard des principes d'analyse énoncés par la jurisprudence communautaire et nationale, la création des filiales communes ainsi que leur survie relevaient du droit des concentrations. Cependant, cette circonstance ne faisait pas obstacle à l'application des dispositions prohibant les pratiques anticoncurrentielles aux comportements détachables de cette création ou de cette survie, comme pouvaient l'être les pratiques notifiées au titre de l'entente ou de l'abus de position dominante collective.

Position dominante collective

Rappelant les conditions posées par le Tribunal de Première Instance des Communautés Européennes pour établir l'existence d'une position dominante collective (TPICE 10 mars 1992, Soc Italiana Vero Spa et autres), le Conseil a procédé à une appréciation *in concreto*. Il a ainsi relevé que la CGE et la SLDE détenaient à l'époque des faits 85 % des parts de marché, situation caractérisant un oligopole restreint, et que ces deux entreprises étaient liées par des liens structurels avérés, résultant de la création des entreprises communes. Il a également constaté que la CGE et la SLDE adoptaient des comportements parallèles et prévisibles dans les zones où elles possèdent des entreprises communes et a observé que toute décision de l'une ou l'autre de répondre à un appel d'offre dans le but d'évincer une entreprise commune pouvait faire l'objet de mesures de rétorsion. Enfin, le Conseil a relevé que le bien commercialisé, à savoir l'eau, était homogène, sa demande peu élastique à son prix, et le marché peu sujet à l'entrée de concurrents étant donné le caractère faiblement contestable du marché.

Le Conseil en a donc conclu que les deux sociétés défenderesses détenaient, à l'époque des faits, une position dominante collective sur le marché national de la gestion déléguée du service de distribution d'eau et sur le marché national de la gestion déléguée de l'assainissement.

Exploitation abusive de la position dominante collective

Le Conseil a considéré qu'en renonçant très largement à répondre aux appels d'offres en cas de soumission de leurs entreprises communes, alors même que chacune des deux sociétés était en mesure, compte tenu de ses capacités financières et techniques propres, de répondre seule à la demande des collectivités concernées, les entreprises en cause avaient sensiblement limité l'intensité de la concurrence. Il a relevé, sur ce point, qu'en raison du degré de concentration élevé du marché, les entreprises ne pouvaient ignorer l'atteinte sensible que leur comportement portait à la concurrence et donc leur objet anticoncurrentiel. L'effet anticoncurrentiel a été caractérisé par le nombre limité d'offreurs actifs dans les zones d'influence des entreprises communes.

Dispositif de sanctions

Le Conseil a estimé non justifié d'infliger des sanctions pécuniaires à la CGE et à la SLDE au motif de l'absence d'opposition des autorités de la concurrence lors de la création des entreprises communes entre ces deux sociétés, ces créations ayant parfois résulté des exigences des collectivités territoriales. Par ailleurs, le Conseil a pris en compte le fait que les deux sociétés avaient procédé au décroisement d'une partie de leurs entreprises communes.

En revanche, il a été, pour la première fois, fait application de l'article L. 430-9 du code de commerce, aux termes duquel le Conseil 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 à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de puissance économique ayant permis les abus.

Le Conseil a tenu à préciser dans cette décision, qu'une telle injonction (du ministre), prenant la forme d'un arrêté motivé, constituerait une mesure de police distincte d'une sanction, et qui, dans le silence des textes, était applicable aux opérations antérieures à l'entrée en vigueur de la disposition.

Dans ce contexte, et «*afin d'éviter que ne se reproduisent les abus de position dominante analysés [...]*», le Conseil a demandé au ministre chargé de l'économie d'enjoindre aux sociétés Compagnie générale des eaux et Lyonnaise des eaux de «*modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, tous accords et actes ayant conduit ces entreprises à associer leurs moyens dans le cadre des filiales communes créées conjointement dans le secteur de l'eau potable et de l'assainissement*».

Sur la procédure

Le Conseil a rejeté plusieurs moyens fondés sur la violation du principe d'impartialité et tenant à l'absence de motivation de la saisine d'office, à l'existence d'un précédent avis du Conseil sur les pratiques tarifaires observées dans le secteur de l'eau. Sur ces différents points, le Conseil a, tout d'abord, rappelé qu'aucune disposition ne lui imposait de motiver une décision de saisine d'office, cette dernière ne constituant pas une décision administrative individuelle. Il a ensuite considéré que l'existence d'un avis rendu par lui, ne comportant aucune analyse ou appréciation sur des faits précis et circonstanciés, et notamment ceux de l'espèce, ne pouvait constituer une atteinte au principe d'impartialité. Enfin, il a estimé que la transmission par la Présidente du Conseil de la notification de griefs et du rapport définitif, dont l'authentification par le rapporteur ne prêtait pas à discussion, ne constituait pas une atteinte au principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision.

Demande de mesures conservatoires

Décision 02-MC-03 du 27 février 2002 et décision n° 02-D-46 du 19 juillet 2002 relative à l'application de l'article 3 de la décision n° 02-MC-03 du 27 février 2002

L'affaire T-Online constitue sans doute l'une des plus importantes de l'année 2002, tant par son intérêt sur le fond que par la portée des injonctions faites à France Télécom. Dans cette affaire, la société T-Online, fournisseur d'accès sous la marque Club-Internet, avait saisi le Conseil de la concurrence, le 28 novembre 2001, afin d'obtenir le prononcé de mesures conservatoires à l'encontre de France Télécom qui, selon la saisissante, favorisait sa filiale Wanadoo Interactive par rapport aux autres fournisseurs d'accès Internet (FAI) dans la fourniture de l'accès à la technologie ADSL.

Le Conseil a fait droit à cette demande le 27 février 2002 en imposant à France Télécom des mesures conservatoires ayant pour finalité de rétablir l'égalité entre les FAI par la mise en place d'un serveur Extranet et de faire respecter le principe de non-discrimination lors de la fourniture du service de vérification de l'éligibilité à l'ADSL de la ligne téléphonique du client et de passation de commandes. Dans l'attente de la mise en œuvre de ces mesures, le Conseil a enjoint à France Télécom de suspendre la commercialisation des packs ADSL de la société Wanadoo interactive dans ses agences commerciales. Il était, enfin, prévu que dans un délai de quatre mois au plus tard, la société France Télécom devrait rendre compte des dispositions prises pour se conformer à la première injonction. Ce compte-rendu a effectivement été produit par la société France Télécom, ce qui a donné lieu à la décision 02-D-46 du 19 juillet 2002.

Détermination du marché pertinent

En premier lieu, le Conseil s'est attaché à examiner s'il existait un marché de l'accès à Internet par l'ADSL. Dans ce cadre, il a été constaté que ni les réseaux câblés ni les boucles locales radio ne peuvent constituer des substituts acceptables à la technologie ADSL, visant à offrir à l'utilisateur un accès permanent à haut débit d'une capacité de 10 à 15 fois supérieure à celui d'un accès classique, une telle performance étant obtenue par la numérisation des lignes téléphoniques de cuivre au moyen de filtres électroniques.

S'agissant de la position de France Télécom et de Wanadoo, le Conseil a relevé qu'au moment de la saisine, la société Wanadoo occupait près de 60 % du marché français de l'accès à Internet haut débit, dont 90 % de l'accès ADSL.

Techniquement, la fourniture d'un accès à Internet haut débit nécessite, pour l'utilisateur, de souscrire un abonnement, d'une part, au service auprès d'un fournisseur d'accès à Internet et, d'autre part, à une offre de connexion rapide de technologie ADSL, laquelle n'est possible que sous réserve de l'aptitude de la ligne téléphonique à supporter cette technologie.

Faute d'une présence significative d'opérateurs alternatifs, France Télécom était, à l'époque des faits, seule à offrir aux fournisseurs d'accès la prestation qui leur est nécessaire pour proposer à leurs clients des offres ADSL.

Au regard de ces éléments, le Conseil a considéré qu'il ne pouvait être exclu que le groupe France Télécom détienne une position dominante sur le réseau local de télécommunications et pour la fourniture de l'accès à Internet haut débit.

Pratiques alléguées

La société Wanadoo Interactive commercialise depuis 2001 une offre de services ADSL sous la forme d'un «*pack eXtense*» comprenant un kit d'installation de la connexion ADSL, un modem et un abonnement. Elle a bénéficié, dès le lancement de son offre, de la distribution de son pack par les 750 agences commerciales de la société France Télécom, celles-ci orientant systématiquement les clients vers l'achat du «*pack eXtense*». Ces agences ont la possibilité, grâce aux informations techniques qu'elles détiennent, de vérifier, de façon immédiate, l'éligibilité de la ligne téléphonique à l'ADSL et d'obtenir, dans un délai de quatre jours, la mise en œuvre des connexions ADSL.

La société saisissante observait que, selon les termes du contrat la liant à France Télécom, l'activation de la connexion ADSL requérait au total un délai minimum de dix jours. Il était également avancé que France Télécom aurait indiqué à Club-Internet que des lignes n'étaient pas raccordables, alors même que, dans les faits, elles étaient éligibles au service ADSL.

En outre, la société Wanadoo avait annoncé sa volonté de commercialiser son «*pack eXtense*» par l'intermédiaire de la grande distribution. Dans ce cadre, France Télécom avait formulé une offre consistant en un pack unique donnant au client le libre choix de son fournisseur d'accès, sur la base d'un tarif prédéterminé et en contrepartie d'une rémunération préétablie du point de vente.

Au regard de ces éléments, le Conseil a relevé qu'il ne pouvait être exclu que, d'une part, la mise en place par France Télécom d'outils permettant la continuité des opérations de vérification de l'éligibilité et de passation de commandes pour la mise en service des connexions ADSL à partir de ses agences commerciales, dont ne pouvaient bénéficier, dans de mêmes conditions, les concurrents de sa filiale qui ne disposent pas de la même implantation territoriale et, d'autre part, les délais dans lesquels France Télécom proposait aux concurrents de Wanadoo Interactive une connexion ADSL, créent une discrimination structurelle entre les opérateurs.

Par ailleurs, la proposition de partenariat offerte aux fournisseurs d'accès afin de commercialiser dans les enseignes de la grande distribution des packs communs pouvait «*constituer une pratique ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence pour la fourniture de services Internet à haut débit, susceptible d'entrer dans le champ d'application des dispositions du livre IV du code de commerce*», dans la mesure, notamment où «*par la fixation de ces conditions, la société France Télécom impose aux fournisseurs*

d'accès à Internet un prix minimum du service à leurs clients et un niveau de rémunération commun des enseignes».

Mesures conservatoires

Le Conseil a, tout d'abord, considéré que la commercialisation par les agences commerciales de France Télécom des «*packs eXtense*» de la société Wanadoo Interactive était assurée dans des conditions qui contribuent à la continuité du processus d'information et de la prise de commande. Cette situation permettait des délais de connexion qui ne pouvaient être égalés par les fournisseurs d'accès concurrents. Il a relevé que si, après n'avoir fourni aux concurrents de Wanadoo qu'un service dégradé en qualité et en rapidité (s'agissant de l'information relative à l'éligibilité des lignes de leurs clients, du choix des modems compatibles avec les équipements de France Télécom et de l'exécution matérielle de leur branchement), France Télécom projetait, à partir de février 2002, de fournir à ces fournisseurs d'accès un service comparable à celui qu'il rend à Wanadoo, ce service nécessitait, pour permettre un traitement de masse, de disposer d'un réseau d'agences, ce qui ne saurait être le cas des compétiteurs. Une discrimination structurelle entre les opérateurs au profit de Wanadoo apparaissait donc clairement.

Ces pratiques s'inscrivaient dans un contexte temporel particulier où la diffusion rapide de l'ADSL, devait, en peu de mois, déterminer la structure des parts de marché des divers compétiteurs, alors que le marché était en très forte croissance ; il était donc indispensable que les principes d'une saine concurrence par les mérites régissent le marché considéré et soient respectés.

Dans ce contexte, les pratiques consistant pour France Télécom, d'une part, à octroyer à sa filiale Wanadoo Interactive un avantage structurel tenant à la meilleure connaissance de son infrastructure de réseau (ce qui permettait au groupe d'acquérir, puis de préserver une avance décisive sur ses concurrents) et d'autre part, à ne pas fournir de système de vérification de l'éligibilité des lignes et de passation de commandes de connexions en ligne aux concurrents de cette dernière, risquaient de conduire à la constitution d'un quasi-monopole pour la fourniture d'accès à Internet haut débit, notamment sur le marché résidentiel. Par ailleurs, le Conseil a considéré que la pratique de partenariat avec les fournisseurs d'accès dans le cadre de la grande distribution aggravait encore les risques susmentionnés, en limitant la liberté de fixation de leurs prix par les fournisseurs d'accès.

Le Conseil a décidé, en conséquence, que ces pratiques, qui présentaient le risque que la concurrence soit durablement faussée dans un contexte de forte croissance de l'Internet haut débit, revêtaient un caractère de gravité et d'immédiateté de nature à porter atteinte au secteur intéressé et à l'intérêt des consommateurs, justifiant que soit prononcée une injonction consistant, pour France Télécom, à mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès, un serveur donnant l'accès aux mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL et sur les caractéristiques techniques des modems compatibles avec ces lignes, que celles dont dispose Wanadoo Interactive, et permettant à ces fournisseurs d'accès de

commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo Interactive, selon les mêmes conditions tarifaires, mais selon les caractéristiques techniques autorisant le traitement de masse en ligne (article 1^{er}).

Dans l'attente de la mise en place de ce système, il a été enjoint à France Télécom de suspendre la commercialisation dans ses agences des packs ADSL de Wanadoo, tout en prévoyant que cette suspension pourra être levée dès que deux contrats au moins auront été signés entre France Télécom et des fournisseurs d'accès à Internet autres que Wanadoo pour l'utilisation de ce système, et à l'issue d'une période d'essai d'un mois (article 2).

L'article 3 de la décision précisait que *«dans un délai de quatre mois au plus tard à compter de la notification de la présente décision, il sera rendu compte au Conseil par les parties des dispositions prises par France Télécom pour se conformer à l'injonction définie à l'article 1^{er}»*. Cette façon de procéder, qui constitue une innovation procédurale, a permis de ne pas entraver pendant une durée trop longue la liberté commerciale de France Télécom tout en assurant le respect des principes de la concurrence par les mérites sur le marché en cause.

Enfin, il a été enjoint à France Télécom de suspendre toute offre de partenariat avec des fournisseurs d'accès destinée à être commercialisée en grande distribution (article 4).

Constatation a posteriori du respect des mesures conservatoires

Par sa décision du 19 juillet 2002, le Conseil a statué sur l'exécution par France Télécom des injonctions ci-dessus mentionnées.

En effet, le recours contre la décision de mesures conservatoires ayant été rejeté par la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 9 avril 2002, la société France Télécom a, deux mois plus tard, adressé au Conseil le compte rendu de l'exécution de la mesure enjoignant en lui demandant de constater qu'elle avait bien rempli ses obligations et de lever la mesure conservatoire.

Le Conseil a constaté, d'une part, que France Télécom avait mis en place un dispositif gratuit permettant à la fois la vérification de la disponibilité ADSL de la ligne du client et la commande de connexion ADSL, largement disponible, avec un service d'accueil pour prendre en compte les incidents constatés par les FAI, et que l'ensemble de ces améliorations répondait à l'exigence de continuité du processus d'information et de prise de commande ordonnée par lui. D'autre part, le Conseil a pris acte de ce que trois fournisseurs d'accès avaient contracté avec France Télécom et que, dès lors, les conditions posées par la décision de mesures conservatoires avaient été respectées. La levée de la suspension de la commercialisation des packs ADSL Wanadoo Interactive a donc été prononcée (02-D-46).

Décision 02-MC-04 du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis

Cette décision est intéressante en ce qu'elle concerne un marché émergent, le marché français de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre (TNT) et l'offre d'accès à une installation susceptible d'être qualifiée d'installation essentielle.

La société Antalis, dans le cadre de l'ouverture des marchés à la télévision numérique terrestre (TNT), proposait aux éditeurs de programmes de télévision d'assurer les opérations techniques nécessaires à la transmission et à la diffusion auprès du public de leurs services. Pour ce faire, Antalis avait engagé des négociations avec la société TDF pour utiliser ses sites de diffusion sur lesquels elle demandait des prestations d'hébergement.

Confrontée à des difficultés importantes dans le cadre de ces négociations, la société Antalis avait saisi le Conseil de la concurrence des pratiques mises en œuvre par TDF qui, selon elle, étaient constitutives d'un abus de position dominante sur les marchés de la diffusion hertzienne ainsi que de la situation de dépendance économique dans laquelle elle se trouvait pour l'accès aux infrastructures essentielles que constitueraient les sites de diffusion de TDF.

Il était, en particulier, fait grief à TDF de refuser de communiquer les informations portant sur le service d'hébergement sur site, de proposer des tarifs excessifs, non orientés vers les coûts effectivement supportés par elle pour la fourniture du service d'hébergement, et discriminatoires par rapport aux éléments que TDF intègre dans le prix des prestations qu'elle propose elle-même aux éditeurs de programmes de télévision.

Marché pertinent et position de TDF

Les marchés pertinents en matière de diffusion télévisuelle ont déjà été étudiés à de nombreuses reprises par le Conseil et les principes dégagés par sa jurisprudence ont été rappelés. En l'état de l'instruction et compte tenu du contexte réglementaire, le Conseil a estimé que les services rendus par la télévision numérique hertzienne étaient différents de ceux rendus par la télévision hertzienne analogique, puisque la numérisation permettait un élargissement de l'offre de programmes, une amélioration de la qualité d'image et de son, un accès à certains services interactifs et la réception des programmes de télévision sur des récepteurs portables et mobiles. Compte tenu de ces considérations et des différences de procédure d'attribution de la ressource radioélectrique, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que le marché pertinent soit celui de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre.

TDF exerce, en application de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, le monopole de la diffusion et de la transmission des programmes des chaînes du service public par tous procédés analogiques de télécommunication. Par ailleurs, si d'autres opérateurs peuvent assurer la diffusion et la transmission des chaînes nationales privées, celles-ci font généralement appel à TDF pour assurer ces prestations. Il est donc apparu au Conseil qu'il n'était pas

exclu que TDF soit en situation de position dominante sur les marchés français de la diffusion hertzienne analogique des chaînes de télévision, marchés connexes de celui de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre sur lequel elle pourrait être en concurrence avec Antalis.

Dans ce contexte, le Conseil a relevé qu'en tant que diffuseur technique, TDF exerçait tous les métiers d'une entreprise gestionnaire de sites et qu'elle était à même de fournir tous les services nécessaires à la mise en œuvre de la télévision numérique terrestre. Il a précisé que l'offre d'accueil d'équipements de diffusion sur des sites élaborée par TDF sous la dénomination «DiGiSiTV» devait permettre à des diffuseurs techniques entrant sur le marché, tels Antalis, de fournir dans des délais compatibles avec le calendrier fixé par le CSA un service de diffusion numérique des signaux audiovisuels.

Entraves à l'accès au marché

● Sur le caractère incomplet et imprécis des informations transmises par TDF à Antalis

Au regard des éléments du dossier, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que TDF ait apporté des réponses incomplètes et imprécises aux demandes d'Antalis concernant ses conditions techniques et économiques d'hébergement sur ses sites.

● Sur le caractère abusif, non orienté vers les coûts et discriminatoire des propositions tarifaires de TDF

Antalis faisait valoir que les sites de diffusion sur lesquels elle avait demandé une prestation d'hébergement à TDF, constituaient une infrastructure essentielle, dans la mesure où ils étaient indispensables à son activité et impossibles à reproduire à des conditions économiquement et techniquement raisonnables dans les délais impartis par le législateur.

A cet égard, le Conseil a rappelé qu'au regard des conditions et exigences de l'appel à candidatures à la diffusion technique de la télévision numérique terrestre engagé par le CSA, la question de la reproductibilité ne se posait pas site par site, mais pour l'ensemble du réseau. Dans de telles circonstances, le Conseil a estimé qu'il ne pouvait être exclu, sous réserve d'une instruction, que les sites de TDF constituent une infrastructure essentielle, à laquelle TDF serait tenue de proposer l'accès à des conditions transparentes, non-discriminatoires et orientées vers les coûts.

Il a considéré, notamment au regard de l'avis rendu par le CSA, qu'il n'était pas exclu que les offres faites à Antalis ne répondent pas à l'impératif de transparence et que le niveau de l'offre tarifaire dénoncée soit abusivement élevé, pratiques contraires à l'article L. 420-2 du code de commerce.

Prononcé de mesures conservatoires

Le Conseil a rappelé l'imminence des échéances fixées par le CSA relatives aux candidatures en vue d'autorisations pour la télévision numérique terrestre, qu'elles concernent l'édition de programmes ou l'usage de la ressource radioélectrique. Il a observé, dans ce contexte, que l'équilibre économique du secteur de la télévision numérique terrestre dépendait de manière cruciale de l'existence d'une concurrence effective à tous les niveaux et pourrait être compromis si l'un des métiers concernés était exercé par une entreprise en mesure de capter une rente de nature monopolistique et d'exclure par ses pratiques l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché en cause, ou de rendre impossible économiquement l'accès à des infrastructures essentielles qu'elle détiendrait. Par ailleurs, en ce qui concerne la diffusion technique des programmes, il était essentiel que les éditeurs disposent d'offres concurrentes, transparentes et comparables entre elles, ce que ne garantissaient pas les propositions tarifaires faites par TDF à Antalis.

Dans cette optique, le Conseil a enjoint à la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en ferait la demande, une offre de prestations d'accueil détaillée par postes de prestations et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé.

Dans un arrêt du 21 mai 2002, la cour d'appel a estimé que s'agissant de l'orientation vers les coûts, la mesure excédait ce qui était nécessaire pour faire face à l'urgence : *«L'imédiateté et la gravité de l'atteinte à la concurrence [...] n'imposent pas que le principe d'orientation vers les coûts lui soit appliqué dans toute sa rigueur alors qu'en l'état de l'instruction, la qualification d'infrastructure essentielle des sites de TDF n'est pas avérée»*. La cour a donc réformé la décision du Conseil en reprenant les éléments contenus dans l'injonction mais en supprimant le concept d'orientation vers les coûts qu'elle a remplacé par *«un prix proportionné à la valeur du service [...]»*.

Décision 02-MC-06 du 30 avril 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société RMC Info

La société RMC Info avait obtenu contractuellement l'exclusivité des droits de retransmission radiophonique en France des matchs de Coupe du Monde de Football 2002, sous réserve de conclure des accords de sous-licence avec d'autres opérateurs radio pour couvrir l'ensemble de la population sur le territoire national, sa surface de diffusion ne couvrant que 33 % du territoire. A la suite de l'obtention de cette exclusivité, les principales radios généralistes françaises ont créé un GIE intitulé *«Sport Libre»* auquel elles ont confié l'exclusivité de leur politique d'achat de droits sportifs. Ce dernier a alors refusé de conclure avec RMC Info un accord de sous-licence, ce qui plaçait cette dernière dans l'impossibilité de négocier individuellement avec les membres du GIE en raison des clauses statutaires de celui-

ci. Par ailleurs, l'éventuelle adhésion du SIRT (Syndicat Interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes) au GIE ont rendu très difficile les négociations entre RMC Info et les radios locales indépendantes.

En raison de l'imminence de la Coupe du Monde de Football 2002, RMC Info, soutenant que ces pratiques avaient un caractère anticoncurrentiel, a saisi le Conseil de la concurrence à l'encontre du GIE «*Sport Libre*» et du SIRT et a présenté une demande de mesures conservatoires, dans l'attente d'une décision au fond.

Sur l'application du droit la concurrence et la compétence du Conseil de la concurrence

En premier lieu, le Conseil a rappelé le principe selon lequel si le droit de la concurrence s'applique aux entreprises, il peut aussi s'appliquer à des organisations professionnelles réunissant des entreprises. En effet, selon une jurisprudence constante, ces dernières peuvent être le support d'une entente entre les entreprises adhérentes. Par conséquent, le Conseil a rejeté l'argument du SIRT, selon lequel il ne pourrait être attrait devant le Conseil de la concurrence et devrait être mis hors de cause en l'espèce.

En second lieu, le Conseil de la concurrence a précisé, en réponse aux arguments du GIE «*Sport Libre*», qu'il ne lui appartenait de se prononcer ni sur l'existence même des droits d'exclusivité dont se prévalait RMC Info, ni sur l'opportunité que de tels droits soient commercialisés, ni enfin, sur la frontière entre les droits de propriété intellectuelle des organisateurs d'événements et le droit à l'information, dans la mesure où ces questions relèvent d'un domaine juridique autre que celui du droit de la concurrence. Toutefois, se référant à l'avis rendu par le CSA, le Conseil a indiqué que *«l'acquisition de droits exclusifs de retransmission radiophonique d'événements sportifs n'est interdite par aucune disposition législative ni réglementaire en vigueur»*.

Sur le GIE

S'agissant de la constitution du GIE «*Sport Libre*», le Conseil a rappelé sa politique jurisprudentielle afférente aux centrales d'achat, selon laquelle si la création de centrales par des entreprises en concurrentes sur le même marché, peut poser des problèmes de concurrence, le bilan concurrentiel ou économique de telles créations peut néanmoins être positif.

Cette analyse avait d'ailleurs été celle de la Commission européenne dans l'affaire UER (Union européenne de Radio-télévision), dans le cadre de laquelle cette dernière avait considéré que la mise en commun opérée par l'UER des politiques d'achat de droits télévisuels exclusifs sur des événements sportifs, par des chaînes habituellement concurrentes, était restrictive de concurrence, mais pouvait bénéficier de l'exemption prévue au paragraphe 3 de l'article 81 du traité de Rome, en raison du progrès technique et économique résultant de la transmission d'un plus grand nombre de manifestations par un plus grand nombre de radio-diffuseurs, notamment, les plus petits d'entre eux.

Sans préjuger de l'application au cas d'espèce de cette analyse, le Conseil a estimé que, sous réserve d'une instruction au fond, un certain nombre de caractéristiques du GIE pourraient «*poser des difficultés*» au regard du droit de la concurrence.

A cet égard, le Conseil a, tout d'abord, constaté que la date et le contexte de création du GIE pouvaient laisser penser que l'objectif recherché était d'exercer une pression sur RMC Info ou de l'empêcher de réaliser une diffusion des retransmissions des matchs de la coupe du monde sur l'ensemble du territoire national. Par ailleurs, il s'est interrogé sur le point de savoir si, du fait de la portée extensive de l'accord (notamment l'adhésion des principales radios généralistes et l'objet du GIE portant sur l'ensemble des manifestations sportives), il subsistait une concurrence suffisante sur le marché des droits sportifs radiophoniques. Enfin, le Conseil a relevé que l'interdiction contractuelle empêchant les membres du GIE de négocier individuellement des droits sur des événements sportifs ne pouvait être levée qu'au terme d'une procédure de retrait particulièrement malaisée (préavis de deux mois, interdiction d'une nouvelle adhésion, paiement d'une pénalité financière et perte de tous les droits acquis).

Aussi, au regard de l'ensemble de ces éléments, le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu que la création du GIE puisse être constitutive d'une entente anticoncurrentielle non susceptible d'être exemptée au nom du progrès économique.

Sur les autres pratiques

De manière annexe, le Conseil a relevé qu'il n'était pas non plus exclu que les pratiques qualifiées de «*dénigrement*» par le saisissant puissent être assimilées à des éléments d'une politique visant à empêcher RMC Info de réaliser ses objectifs commerciaux. De plus, dans la mesure où les propos en cause émanaient d'organisations rassemblant plusieurs entreprises, il n'était pas exclu qu'ils puissent être qualifiés d'entente anticoncurrentielle.

Sur les demandes de mesures conservatoires

Selon RMC Info, les pratiques dénoncées portaient une atteinte grave et immédiate à la société en ce qu'elles remettaient en cause le bénéfice qu'elle aurait pu tirer de son contrat d'exclusivité, tant en terme d'audience, qu'en termes financiers. De plus, les pratiques portaient, selon elle, une atteinte grave et immédiate au marché et à l'intérêt des consommateurs, dans la mesure où une bonne partie de la population française serait privée de retransmission radiophonique de la coupe du monde de football. Elle ajoutait que les affrontements publics et judiciaires entre professionnels ayant un impact négatif, non seulement sur la victime, mais aussi sur l'image de la profession, une atteinte grave et immédiate était portée au secteur. Enfin, l'urgence résultait, selon la saisine, de ce que les accords avec les annonceurs relatifs à la vente d'espaces publicitaires pour la coupe du monde 2002 devaient être négociés très rapidement.

De l'ensemble de ces moyens, le Conseil n'a retenu que l'atteinte grave et immédiate à l'intérêt des consommateurs. En effet, il a constaté que l'obli-

gation dans laquelle se trouvait RMC Info de négocier avec le seul GIE, hostile à la cession des droits exclusifs, engendrait le risque que certains auditeurs ne puissent bénéficier de la retransmission des matchs.

En raison du délai restreint séparant la décision du début de la coupe du monde, le Conseil a estimé qu'il existait un risque grave et immédiat qu'il soit porté atteinte à l'intérêt des consommateurs-auditeurs. En conséquence, il a enjoint au GIE de suspendre, en ce qui concerne l'acquisition des droits radiophoniques pour les matchs de la coupe du monde de football 2002, les clauses de son contrat constitutif et de son règlement intérieur visant à limiter la liberté de ses membres de négocier et/ou de conclure à titre individuel tout accord de sous-licence.

Décisions 02-MC-07 du 15 mai 2002 relative à une saisine présentée par la société Pharma-Lab et 02-MC-09 du 12 juin 2002 relative à une saisine présentée par la société Pharmajet

Ces deux décisions portent chacune sur une demande de mesures conservatoires aux fins de faire cesser des pratiques similaires, dénoncées par deux grossistes exportateurs, les sociétés Pharma-Lab et Pharmajet, qui achetaient des produits pharmaceutiques à des laboratoires situés en France pour les revendre ensuite dans d'autres pays de l'Union européenne où les prix des médicaments ne sont pas ou sont moins réglementés.

Ces deux sociétés soutenaient que les décisions prises par les laboratoires Pfizer et GlaxoSmithKline pour la première, Glaxo-Wellcome, MSD, Pfizer et Lilly France pour la seconde, consistant à cesser les livraisons de plusieurs produits pharmaceutiques, procédaient d'une politique visant à restreindre le commerce parallèle des médicaments et à cloisonner les marchés des États-membres, dans la première espèce, et participaient d'une «*entente sur fond d'abus de position dominante*» mise en place entre fabricants, dans la seconde espèce.

Ces décisions présentent un intérêt en ce qu'elles confirment la position précédemment adoptée par le Conseil s'agissant des modalités de mise en oeuvre du droit communautaire de la concurrence sur le territoire national, et par ailleurs, en ce qu'elles comportent une analyse très concrète pour évaluer l'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs, ou à l'entreprise plaignante.

Mise en oeuvre du droit communautaire sur le territoire national par le Conseil de la concurrence

Dans ces deux affaires, trois problèmes se posaient concernant la mise en oeuvre du droit communautaire par le Conseil de la concurrence : la compétence du Conseil pour apprécier des pratiques mises en oeuvre par des laboratoires français mais n'ayant pas d'effet anticoncurrentiel sur le territoire national, l'éventuelle contrariété entre les décisions du Conseil et la position des autorités communautaires, et l'applicabilité des articles 81 et 82 du traité de Rome.

● Sur la compétence du Conseil de la concurrence

Les sociétés GlaxoSmithKline, MSD et Lilly France soutenaient respectivement qu'en l'absence d'effets sur le territoire national des pratiques alléguées, le Conseil n'était pas compétent pour appliquer les articles 81 et 82 du traité de Rome. Le Conseil a donc rappelé sa décision 00-MC-14 du 23 octobre 2000 dans laquelle il avait déjà reconnu sa compétence *«pour appliquer [les articles 81 et 82 du traité de Rome] à des pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États-membres et qui ont pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, même si ces pratiques n'ont pas d'effet sur le territoire français»*. Le Conseil a donc réaffirmé la position qui était déjà la sienne dans la décision 97-D-68 relative à des pratiques relevées dans le secteur des films radiographiques et des films destinés aux arts graphiques industriels.

Le Conseil a, d'ailleurs, précisé son analyse à cet égard en ajoutant que s'agissant de pratiques émanant de laboratoires installés en France dont il est allégué qu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter les exportations parallèles vers les territoires d'autres États-membres de l'Union, les autorités de la concurrence de ces autres États, à supposer qu'elles soient saisies, ne disposent pas de pouvoirs d'enquête en dehors de leur territoire et, en particulier en France, leur permettant de mener à bien les investigations nécessaires à la mise en évidence de l'existence de ces pratiques. Par ailleurs, ces autorités, ne peuvent, en l'état des droits nationaux et du droit européen, obtenir l'aide de la Commission européenne ou celle des autorités de la concurrence du pays dans lequel les pratiques ont été initiées. Ainsi, sauf à ce que la Commission européenne ouvre une procédure, il incombe au Conseil, seule autorité nationale de l'Union disposant en l'espèce des pouvoirs d'enquête nécessaires, d'examiner la licéité des pratiques en cause au regard des articles 81 et 82 du traité de Rome.

● Sur l'éventuelle contrariété entre les décisions du Conseil de la concurrence et la position des autorités communautaires

Dans les deux affaires, le Conseil a rejeté les arguments des parties défenderesses selon lesquels le Conseil devrait surseoir à statuer ou renvoyer la procédure devant les autorités communautaires. Il a, en effet, considéré qu'en l'absence d'éléments permettant d'établir l'existence d'un contentieux engagé devant les autorités communautaires, il n'existait aucun obstacle à ce qu'il examine les demandes de mesures d'urgence. Le Conseil a précisé à cet égard dans l'affaire Pharmajet qu'une demande de renseignements faite par la Commission à certains laboratoires concernés ne constituait pas l'engagement d'une procédure par la Commission.

● Sur l'applicabilité des articles 81 et 82 du traité de Rome aux pratiques dénoncées

Le Conseil a considéré dans les deux décisions que les pratiques alléguées par les sociétés Pharma-Lab et Pharmajet pourraient avoir pour effet de perturber l'activité des exportations parallèles de médicaments et affecter le

commerce entre États-membres de telle sorte qu'elles pourraient tomber sous le coup des prohibitions énoncées par les articles 81 et 82 du traité de Rome.

Concernant l'examen de la potentialité de qualification des pratiques dénoncées par Pharma-Lab comme étant anticoncurrentielles, le Conseil a renvoyé à l'appréciation portée dans sa décision 00-MC-14 du 23 octobre 2000, dans laquelle il n'excluait pas que *«la société Pharma-Lab soit victime de discriminations de la part de ces laboratoires, ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence sur le marché commun et d'entraver le commerce entre États-membres [...] ni que les laboratoires en cause détiennent une position dominante sur le marché du ou des médicaments qu'ils refusent de livrer ou dont ils contingentent les livraisons pour lequel, ou pour lesquels, il n'existerait pas de produit substituable»*.

S'agissant de l'examen de la potentialité de qualification des pratiques dénoncées par Pharmajet, le Conseil a rejeté l'hypothèse qu'une entente anticoncurrentielle entre les laboratoires et un ou plusieurs de leurs grossistes puisse être qualifiée. Il a adopté, à cet égard, une analyse identique à celle du Tribunal de première instance des Communautés européennes dans son arrêt du 26 octobre 2000 (Bayer AG/Commission des Communautés européennes) et estimé qu'en l'absence d'éléments suggérant l'existence d'un accord de volontés entre les laboratoires GlaxoSmithKline, MS, Pfizer et Lilly et/ou un ou plusieurs de leurs grossistes, aucun des éléments fournis n'était de nature à laisser supposer l'existence d'une entente mise en oeuvre par les laboratoires entre eux. En revanche, de même que dans la décision précédente Pharma-Lab, le Conseil a considéré qu'il ne pouvait être exclu que les laboratoires en cause détiennent une position dominante sur le marché du ou des médicaments qu'ils refusent de livrer ou dont ils contingentent les livraisons ou pour lesquels il n'existerait pas de produits substituables ni que *«la société Pharmajet soit victime d'un abus de position dominante de l'un ou l'autre de ces laboratoires ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence sur le marché commun et d'entraver le commerce entre États-membres en violation de l'article 82 du traité de Rome»*.

Par conséquent, le Conseil a considéré qu'il ne pouvait être exclu que les pratiques alléguées entrent dans le champ d'application de l'article 82 du traité de Rome et a procédé à l'examen des demandes de mesures conservatoires.

Evaluation in concreto de l'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante

Les sociétés Pharma-Lab et Pharmajet prétendaient respectivement que les refus de vente dénoncés portaient une atteinte à l'économie du secteur de l'exportation de médicaments et plus généralement, à la concurrence et aux échanges intracommunautaires dans la mesure où une catégorie entière d'opérateurs se voyait soumise à ces pratiques.

Dans les deux espèces, le Conseil a relevé que les spécificités propres des marchés concernés justifiaient une analyse *in concreto* de l'atteinte invo-

quée. Dans ce cadre, il a examiné les différentes réglementations européennes pour constater que les pratiques alléguées n'affectaient pas gravement l'économie en général, le secteur intéressé et l'intérêt des consommateurs. Il a relevé à cet égard, en premier lieu, que nombre de ces réglementations imposent aux laboratoires des obligations d'approvisionnement, de telle sorte que cet approvisionnement est assuré même en l'absence d'importations parallèles. En deuxième lieu, il a observé que de nombreux États-membres encadrent la liberté de fixation des prix et en troisième lieu, que les consommateurs étaient d'autant moins sensibles aux prix que les médicaments prescrits médicalement faisaient l'objet d'un remboursement au patient. Enfin, le Conseil a rappelé que si certains établissements de santé pouvaient trouver un intérêt financier à se fournir auprès des importateurs parallèles, il était également possible que, compte tenu de leurs volumes d'achats, ces demandeurs aient davantage intérêt à s'adresser directement aux laboratoires.

S'agissant de l'atteinte portée aux intérêts des sociétés plaignantes, le Conseil a rappelé que l'existence d'un manque à gagner est, à lui seul, insuffisant pour constituer une atteinte grave et immédiate justifiant l'adoption de mesures d'urgence et, qu'à supposer qu'il soit établi que les baisses de marge et de chiffre d'affaires alléguées étaient dues aux comportements des laboratoires mis en cause, celles-ci étaient insuffisantes pour caractériser une atteinte grave.

Par ailleurs, sur ce dernier point, le Conseil a relevé qu'aucun élément du dossier ne permettait d'établir que les plaignantes ne pourraient compenser la perte de chiffre d'affaires qu'elles subissent avec les laboratoires en cause par le développement de relations commerciales avec d'autres produits et d'autres laboratoires.

Les demandes de mesures conservatoires ont donc été rejetées.

La jurisprudence

■ Questions de compétence, de procédure et de preuve

Champ de compétence du Conseil de la concurrence

Applicabilité de l'article L. 410-1 du code de commerce (ancien article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986)

Aux termes de l'article L. 410-1 du code de commerce, les règles du titre II, relatives aux pratiques anticoncurrentielles, «s'appliquent à toutes les acti-

vités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques, notamment dans le cadre de conventions de délégation de service public».

Dans une décision 02-D-14, le Conseil a retenu sa compétence pour apprécier les pratiques du conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts consistant dans la diffusion à des tiers d'une note contenant une interprétation erronée d'un texte de loi, restrictive de concurrence et qui visait à élargir le monopole des géomètres-experts. Le Conseil a estimé que l'Ordre était intervenu, à cet égard, *«dans une activité de services, au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce, sur laquelle les géomètres-experts sont en concurrence avec les géomètres-topographes»*.

Les activités économiques exercées par des personnes publiques n'échappent pas à l'application du droit de la concurrence. Toutefois, en vertu de l'arrêt du 18 octobre 1999 du Tribunal des conflits (Aéroports de Paris) et de l'arrêt postérieur de la Cour de cassation du 16 mai 2000 (Semmaris), les décisions par lesquelles les personnes publiques ou les personnes privées chargées d'un service public exercent la mission qui leur est confiée et mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique, même si ces décisions sont constitutives d'actes de production, de distribution ou de service au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce, échappent à la compétence du Conseil, au profit des juridictions administratives. Il en est de même des pratiques qui sont indissociables de ces décisions.

Dans une décision 02-D-18, le Conseil s'est déclaré incompétent pour apprécier des pratiques imputables à l'État, consistant dans le refus de se soumettre à la procédure de mise en concurrence prévue par le code des marchés publics et le fait d'imposer à un département le recours à l'AFAN pour la conduite de travaux de fouilles archéologiques préventives. Le Conseil a relevé, notamment, que le refus de mise en concurrence résultait de circulaires réglementaires émanant du ministre de la culture et qu'ainsi, il s'agissait d'une décision par laquelle l'État avait assuré la mission de service public qui lui incombe au moyen de prérogatives de puissance publique (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Traditionnellement, le Conseil de la concurrence s'est toujours déclaré incompétent pour apprécier la conformité au droit de la concurrence de décisions administratives qui ne constituent pas des actes de production, de distribution ou de service. Relèvent de cette catégorie, les décisions par lesquelles une collectivité publique décide de recourir à une concession et choisit les entreprises auxquelles elle confie cette concession ou les décisions d'autorisation ou de refus d'occupation du domaine public. En application de ces principes, le Conseil s'est déclaré incompétent pour connaître d'un refus d'autoriser l'occupation du domaine public portuaire (02-D-15), ou de la conclusion d'une convention d'occupation du domaine public fluvial, qui se rattache à la gestion du domaine public et met en œuvre des prérogatives de puissance publique (02-D-72).

De même, les décisions par lesquelles la chambre de commerce et d'industrie de la Réunion, chargée de la gestion du domaine public aéroportuaire de Saint-Denis-Gillot, *«interdirait l'accès au marché de la location de voitures*

sans chauffeurs et la possibilité de se livrer à un certain nombre d'activités commerciales dans le périmètre de l'aéroport, y compris en refusant la mise en place d'une signalisation à l'intérieur de l'aéroport, relèvent de la compétence de la juridiction administrative» (02-D-73).

Dans la décision 02-D-15 citée ci-dessus, le Conseil a confirmé sa jurisprudence sur la portée de son contrôle sur les tarifs publics, définie dans une décision 01-D-78 du 6 décembre 2001. En vertu de cette jurisprudence, lorsque la fixation des tarifs résulte directement d'actes réglementaires, ou de contrats de concession ou d'occupation du domaine public, le Conseil est incompétent pour en connaître. Il en va de même, lorsque les tarifs concernent une prestation de service public (ou située dans le prolongement d'une mission de service public) et si la fixation de ces tarifs révèle l'exercice d'une prérogative de puissance publique (par exemple, lorsque ces tarifs sont fixés unilatéralement, par arrêté ministériel et qu'ils ne peuvent faire l'objet d'aucune négociation et peuvent être modifiés unilatéralement par l'administration à tout moment, y compris en cours de contrat). En l'espèce, le Conseil a relevé, d'une part, que les tarifs d'utilisation des outillages publics appliqués par le port autonome du Havre à une société utilisatrice, ne sont pas fixés dans le contrat d'occupation du domaine public et, d'autre part, que les redevances résultent de négociations et *«ne diffèrent en rien de celles qui peuvent se rencontrer lorsque deux opérateurs privés nouent des relations contractuelles pour l'utilisation temporaire d'une machine ou d'une installation»*. Le Conseil s'est donc reconnu compétent pour examiner les pratiques que pouvaient révéler les tarifs en cause.

La délivrance d'attestations de conformité de véhicules d'occasion par une société, agissant par délégation de l'État, constitue bien une activité économique sur un marché au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce, cette délivrance intervenant à la demande des propriétaires des véhicules, moyennant une rémunération librement fixée par le constructeur, et sans l'exercice de prérogatives de puissance publique (02-D-31).

Les pratiques résultant de l'application de conventions nationales, signées entre les syndicats de médecins et les caisses d'assurance maladie et approuvées par l'autorité ministérielle, ont un caractère réglementaire et relèvent donc de la compétence des juridictions administratives (02-D-52).

Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions

Le Conseil n'a pas examiné, en 2002, d'affaires présentant une telle problématique.

Application du droit communautaire

Une pratique anticoncurrentielle relève de l'application des articles 81 et 82 du traité, si elle est susceptible d'affecter sensiblement les échanges intra-communautaires. Le Conseil de la concurrence est compétent pour appliquer le droit communautaire à des pratiques commises en France, ne pro-

duisant pas d'effet sur le territoire français mais affectant le commerce entre États-membres (décisions 02-MC-07 et 02-MC-09). Les laboratoires en cause étant installés sur le territoire français, le Conseil a relevé que, mise à part la Commission européenne, il était, en l'état des réglementations, la seule autorité disposant des pouvoirs d'enquête nécessaires pour établir l'existence des pratiques et y mettre un terme (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Prescription

Dans un arrêt du 17 juillet 2001 (Société Thomson Multimedia marketing France), la Cour de cassation a rejeté le principe de la suspension de la prescription au profit de la partie saisissante, au double motif que l'article L. 462-7 du code de commerce ne prévoit pas la possibilité d'une suspension et que la partie saisissante dispose d'autres voies de droit pour interrompre la prescription, comme la saisine des juridictions civiles et répressives pour des actions en indemnisation, annulation ou cessation des pratiques. Dans une décision 02-D-06, le Conseil a considéré, comme il l'avait fait dans une décision 01-D-83, que la solution dégagée par la Cour de cassation dans cet arrêt du 17 juillet 2001 s'appliquait aussi aux saisines ministérielles du Conseil : *«La prescription, qui n'est pas suspendue lorsque la saisine émane d'une entreprise, ne l'est pas davantage lorsque le Conseil est saisi par le ministre»*. Cette position du Conseil a, ultérieurement, été confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 26 février 2002 (Compagnie nationale des experts).

160

Pratiques continues

Dans une décision 02-D-09, le Conseil a rappelé que *«si pour les infractions à caractère instantané le point de départ de la prescription est le lendemain de l'acte constitutif de l'infraction, en revanche la prescription des infractions à caractère continu ne commence à courir que le lendemain du jour auquel le comportement infractionnel a cessé»*. Dans l'espèce, la pratique en cause, consistant dans la création d'une filiale commune a été considérée comme une infraction continue permanente.

L'accord conclu entre France Télécom et la Ficome, concernant les travaux d'adaptation des installations existantes à la numérotation téléphonique à dix chiffres, ne saurait être assimilé à une pratique continue par nature. En revanche, le fait, pour les filiales de France Télécom, d'utiliser le logo et l'enseigne de leur société mère et de bénéficier directement ou indirectement des services de personnels en relevant, sont susceptibles de présenter un caractère continu (02-D-63).

Actes interruptifs

Le Conseil a jugé, dans deux décisions (02-D-02 et 02-D-42), que les décisions rendues sur les contestations élevées à l'encontre de la validité des

opérations de visite et de saisie, actes de recherche et de constatation des pratiques anticoncurrentielles, constituaient des actes interruptifs de prescription. L'ordonnance rendue par le président du tribunal de grande instance, saisi d'une contestation de ces opérations, et l'arrêt rendu par la Cour de cassation statuant sur le pourvoi formé contre cette ordonnance, sont donc interruptifs de prescription.

Le Conseil a, plus généralement, souligné que *«la procédure suivie en matière de concurrence, qui vise à protéger l'ordre public économique et revêt à l'égard des entreprises en cause un caractère punitif, peut être, en ce qui concerne les actes de recherche et de constatation des infractions, rapprochée de la procédure pénale et s'inspirer des principes applicables à cette dernière»*. Par analogie avec la jurisprudence pénale, le Conseil a estimé qu'un acte d'appel ou un pourvoi était interruptif de prescription.

Dans les mêmes décisions, le Conseil a rappelé que *«si l'acquisition de la prescription constitue une exception péremptoire et d'ordre public, qui doit être relevée d'office, il appartient, en revanche, à la partie poursuivante de soulever le moyen relatif à l'interruption de la prescription»*.

Dans la décision 02-D-42, le Conseil a précisé que *«les pourvois en cassation formés à l'encontre des ordonnances d'autorisation de visite et de saisie et les arrêts de la Cour de cassation rendus sur ces pourvois ont interrompu la prescription à l'égard de toutes les entreprises en cause, y compris de celles qui n'avaient pas formé de recours, et pour tous les faits compris dans la poursuite, y compris ceux qui n'étaient pas concernés par les actes interruptifs»*.

Une correspondance qui émane de l'une des entreprises en cause, et par laquelle celle-ci, se référant aux entretiens avec le rapporteur, lui confirme qu'elle ne se prévaudra pas du secret des affaires, ne constitue pas un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des pratiques soumises au Conseil et n'interrompt donc pas la prescription (02-D-45).

Une demande écrite de communication de pièces signée du rapporteur constitue un acte d'enquête. La réponse à cette demande par la direction départementale de la concurrence, par courrier daté portant la mention *«votre courrier F 906 signé Philippe Komiha»* interrompt la prescription, même si le double de la demande du rapporteur figurant au dossier ne porte pas de date, cette demande étant nécessairement antérieure à la réponse de l'administration (02-D-48).

Le Conseil étant saisi *in rem* des comportements susceptibles d'être imputés aux entreprises dans leur ensemble et pour l'ensemble de la période couverte par cette saisine, un acte interruptif de prescription, *«même s'il ne concerne qu'une des entreprises incriminées ou une partie seulement des faits commis pendant la période visée par la saisine»*, interrompt la prescription à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés (02-D-67). Dans cette espèce, les pratiques en cause consistaient dans les relations commerciales entre Darty et ses fournisseurs, et notamment les rémunérations des fournisseurs, renégociées chaque année, en fonction des performances passées et des objectifs fixés. En application de ces principes, le Conseil n'a pas suivi la position du rap-

porteur qui avait estimé que les actes interruptifs de prescription ne pouvaient jouer que pour les relations commerciales, objet de l'acte d'enquête, et non pour les autres.

Dans une décision 02-D-60, le Conseil a considéré qu'une demande d'enquête adressée à la DGCCRF à la suite d'une saisine, ultérieurement retirée par son auteur, avait néanmoins produit un effet interruptif, dans la mesure où cette demande d'enquête n'avait pas perdu le fondement qu'elle puisait dans la dénonciation des faits effectuée par la saisine initiale ; il en a déduit que cette demande avait pu, à bon droit, être versée au dossier ouvert sur la saisine d'office décidée après le retrait de la saisine initiale.

Sur cette question, le lecteur est invité à se reporter à l'étude thématique sur le thème de la prescription du présent rapport.

Déroulement de la procédure

Enquêtes administratives

Pouvoirs d'enquête au titre de l'article L. 450-3 du code de commerce

● Principe de loyauté dans la recherche des preuves

Aucun élément nouveau en 2002.

● Validité des procès-verbaux

La cour d'appel a, dans un arrêt du 9 avril 2002 (Bloc matériaux), validé le procédé de rédaction d'un procès-verbal d'audition, par itérations successives. Ce procès-verbal n'avait pas été communiqué sur le champ, mais envoyé pour observations à la personne concernée, qui avait demandé des modifications. La cour constate que le Conseil ne s'est fondé que sur le procès-verbal définitif, et non sur les documents intermédiaires, et qu'il n'y a donc pas lieu d'écarter le procès-verbal en cause des débats.

Pouvoirs d'enquête au titre de l'article L. 450-4 du code de commerce

● Sur les procès-verbaux

Les mentions des procès-verbaux établis par les agents de la DGCCRF font foi jusqu'à preuve contraire. Dès lors, les déclarations du responsable d'une entreprise régulièrement recueillies - celui-ci ayant été notamment informé de l'objet de l'enquête - sont opposables à la société qu'il représente (02-D-57).

Aucune disposition légale ou réglementaire n'exige l'établissement d'un procès-verbal séparé de la communication de documents lors d'une audition (02-D-57).

Le procès-verbal, qui se limite à attester la notification aux intéressés de l'ordonnance autorisant les opérations de visite et de saisie, n'a pas à men-

tionner l'objet de l'enquête, dès lors que cet objet est contenu dans l'ordonnance elle-même et que le procès-verbal ne recueille aucune déclaration (arrêt de la cour d'appel de Paris du 22 janvier 2002 - Coopérative d'exploitation et de répartition pharmaceutique).

La cour d'appel a jugé dans un arrêt du 9 avril 2002 (Bloc matériaux) que l'occupant des lieux, même s'il n'a pas participé à l'intégralité des opérations, signe valablement le procès-verbal de visite et de saisie, car il relève, par sa présence, son représentant qui, lui, a assisté à l'intégralité des opérations. Par ailleurs, la cour rappelle, dans le même arrêt, que les sociétés qui allèguent une irrégularité de procédure doivent faire état de faits précis de nature à établir que l'absence de signature leur fait personnellement grief.

● Sur le déroulement des opérations

Dans un arrêt du 22 janvier 2002 (Coopérative d'exploitation et de répartition pharmaceutique – CERP), la cour d'appel a écarté un moyen de nullité de la procédure de visite et de saisie soulevé par le défendeur qui invoquait l'absence du mandataire social ou d'un représentant du mandataire social de l'entreprise sur les lieux. La cour a précisé, à cet égard, que si l'article L. 450-4 du code de commerce exige la présence de l'occupant des lieux ou de son représentant lors du déroulement des opérations de saisie et perquisition, cette disposition *«n'impose nullement la présence d'une personne ayant le pouvoir de diriger, gérer ou le pouvoir d'engager à titre habituel l'entreprise»*.

● Sur la portée de l'autorisation de saisie

Aucun élément nouveau en 2002.

● Sur le contrôle des opérations

Aucun élément nouveau en 2002.

Saisine du Conseil de la concurrence

Auteurs de la saisine

«En tant qu'il exerce les activités qui lui ont été déléguées par les communes qui y sont associées, un syndicat intercommunal d'électrification doit être considéré comme une collectivité territoriale au sens de l'article «L. 462-2» du code de commerce et a donc compétence pour saisir, en ce qui concerne les intérêts dont il a la charge, le Conseil de la concurrence» (02-D-27).

L'énumération résultant des dispositions combinées des articles L. 462-1 et L. 462-5 étant limitative, une simple association, qui ne constitue pas une association de consommateurs agréée, n'est pas habilitée à saisir le Conseil (02-D-30), pas davantage que l'Association de défense des justiciables, déclarée à la préfecture mais dépourvue de la qualité d'association agréée (02-D-50), ou qu'un «simple usager des services des télécommunications» (02-D-53).

Champ de la saisine

Peuvent être jointes, afin qu'il soit statué par une seule et même décision, deux saisines émanant de plaignants différents, dès lors qu'elles sont «*dirigées contre les mêmes sociétés et visent les mêmes pratiques ; qu'elles ont fait l'objet d'une instruction commune*» (02-D-33).

L'intérêt à agir s'apprécie à la date de la saisine. Le fait que les pratiques dénoncées au Conseil aient pris fin postérieurement à la saisine, ne prive pas les saisissants de leur intérêt à agir au sens de l'article L. 462-8 du code de commerce. En outre, le Conseil peut être saisi de pratiques ayant cessé au moment de sa saisine, quoique non prescrites, mais dont le saisissant estime qu'elles ont pu fausser la concurrence (02-D-69).

Modalités de la saisine

Aucun élément nouveau en 2002.

Effets du retrait de saisine

Dans une décision 02-D-60, le Conseil a considéré qu'une demande d'enquête adressée à la DGCCRF à la suite d'une saisine, ultérieurement retirée par son auteur, avait néanmoins produit un effet interruptif, dans la mesure où cette demande d'enquête n'avait pas perdu le fondement qu'elle puisait dans la dénonciation des faits effectuée par la saisine initiale ; il en a déduit que cette demande avait pu, à bon droit, être versée au dossier ouvert sur la saisine d'office décidée après le retrait de la saisine initiale.

Examen des mesures conservatoires

Recevabilité des demandes de mesures conservatoires

«*En raison du caractère accessoire des demandes de mesures conservatoires, l'application de l'article L. 464-1 du code de commerce est subordonnée à la constatation d'indices ou de comportements susceptibles de se rattacher aux pratiques visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce [...] en vertu de l'article L. 462-8 du même code, le Conseil de la concurrence peut rejeter une saisine par une décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants*» (décisions 02-D-03 et 02-D-40).

S'il est de l'intérêt d'une bonne justice, pour les autorités nationales de concurrence, de surseoir à statuer lorsque la Commission européenne est parallèlement saisie d'une procédure, afin d'éviter les éventuelles contradictions de décisions, «*il n'en est pas de même pour le prononcé de mesures conservatoires, qui présentent un caractère temporaire et ne préjugent pas de l'appréciation des pratiques sur le fond*» (02-D-38).

Dans une décision 02-D-69, le Conseil, saisi en mesures conservatoires par les sociétés Bouygues Telecom, l'Union fédérale des consommateurs Que choisir et la Confédération de la consommation, du logement et du cadre

de vie, a rejeté la saisine en considérant que les pratiques en cause n'avaient pas eu d'effet sensible sur le marché concerné.

Après avoir relevé qu'il n'était pas exclu que la société Orange France, filiale de France Telecom pour les mobiles GSM, vraisemblablement en position dominante sur le marché de la téléphonie mobile en France métropolitaine, ait abusé de cette position dominante en pratiquant des différences de prix non justifiées par des différences de coût de revient de services, notamment, en surfacturant les appels destinés aux lignes des opérateurs concurrents, SFR et Bouygues Télécom, le Conseil a constaté que la pratique en question n'avait duré que quelques mois, et n'avait donc pu affecter les comportements des consommateurs. Citant l'arrêt Zannier de la Cour de cassation, en date du 12 janvier 1999, dans lequel la Cour a jugé que *«la condition de sensibilité de l'effet des pratiques est un élément de la qualification de ces pratiques dont l'existence doit être vérifiée au cas par cas»*, le Conseil note que *«la pratique ne peut donc être regardée comme ayant restreint de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché concerné»*.

Bien-fondé des demandes de mesures conservatoires

● Lien direct de causalité entre les pratiques dénoncées et la situation de l'entreprise

En l'absence de corrélation directe entre les pratiques dénoncées et la situation financière de l'entreprise saisissante, le Conseil a considéré, dans une décision 02-MC-02, que la preuve que ces pratiques étaient de nature à porter une atteinte grave et immédiate à cette entreprise, n'était pas rapportée, et a donc rejeté la demande de mesures conservatoires.

Dans une décision 02-MC-01, le Conseil a estimé qu'il ne pouvait être exclu que le refus de la société CanalSatellite de référencer une chaîne en clair soit constitutif d'une pratique prohibée par l'article L. 420-2 du code de commerce. Il a, en revanche, refusé d'octroyer des mesures conservatoires, aux motifs qu'il n'était pas prouvé, d'une part que les difficultés financières rencontrées par la chaîne aient été directement causées par le refus de référencement, la chaîne ayant interrompu ses programmes volontairement pendant quelque temps et, d'autre part, que le recours au satellite concurrent, Hotbird, ait été légalement et économiquement impossible et *«qu'il n'ait pas existé de solutions alternatives ou au moins complémentaires pour remédier à la situation de dépendance dans laquelle la chaîne CEA prétend se trouver placée à l'égard d'Astra et de CanalSatellite»*.

● Réalité de l'urgence invoquée pour soutenir l'existence d'une atteinte grave et immédiate

Aucun élément nouveau en 2002.

● Atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise

Un manque à gagner est, à lui seul, insuffisant pour constituer une atteinte grave et immédiate justifiant l'adoption de mesures d'urgence.

Une entreprise, qui n'apporte aucun élément sur les compensations de perte de chiffre d'affaires qu'elle pourrait obtenir par le développement de relations commerciales avec d'autres opérateurs, ne saurait se prévaloir de son volume d'activité potentiel pour établir la gravité et l'immédiateté d'un éventuel préjudice (02-MC-07).

● Atteinte grave et immédiate au secteur ou à l'économie

Le Conseil est particulièrement attentif à la situation des marchés innovants ou à la phase décisive de structuration de marchés nouveaux, pendant laquelle il faut éviter que l'opérateur dominant ne prenne une avance trop sensible, voire irréversible sur ses concurrents.

Dans une décision 02-MC-03, le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu que France Télécom soit en position dominante sur le réseau local de télécommunication et pour la fourniture de l'accès Internet haut débit et ait commis un abus anticoncurrentiel, consistant dans des discriminations structurelles résultant des conditions opérationnelles de la commercialisation des packs ADSL au profit de sa filiale Wanadoo. La société Wanadoo Interactive, filiale de France Télécom est un fournisseur d'accès à Internet, en concurrence avec les autres fournisseurs, notamment Club Internet, et bénéficie de discriminations positives en sa faveur qui sont les suivantes :

- elle bénéficie du réseau des 750 agences de France Télécom qui commercialisent ses packs eXtense (accès à la technologie ADSL et abonnement à Internet) et les proposent en priorité aux clients désireux de s'informer sur les conditions de l'accès à Internet à haut débit ;
- ses abonnés bénéficient des informations leur permettant de vérifier en direct si leur ligne peut être techniquement raccordée à l'ADSL, ainsi que de la connexion dans les quatre jours, alors que ses concurrents doivent attendre l'activation de la connexion demandée en moyenne dix jours et ne bénéficient pas dans les mêmes délais des informations sur l'éligibilité des lignes.

Le Conseil a pris en considération le contexte particulier de diffusion rapide de l'ADSL au cours de l'année en cours, et l'importance cruciale pour la structuration du marché des parts prises dès ce moment par les fournisseurs. Il a souligné que les discriminations dont bénéficie Wanadoo *«risquent de conduire à la constitution d'un quasi-monopole pour la fourniture d'accès à Internet haut débit»* (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Dans le cadre de la mise en place de la télévision numérique terrestre (TNT), le Conseil de la concurrence, saisi par la société Antalis, a prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de TDF, dans une décision 02-MC-04. Le Conseil de la concurrence a, tout d'abord, défini un *«marché français de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre»* caractérisé par des services rendus différents de ceux rendus par la télévision analogique et des procédures différentes d'attribution de la ressource radio-électrique. Il n'a pas exclu que TDF soit en situation de position dominante sur le marché français de la diffusion hertzienne analogique des chaînes de télévision et donc, potentiellement, sur le marché connexe de la dis-

tribution de services techniques de la télévision numérique terrestre, sur lequel elle pourrait être en concurrence avec la société plaignante, Antalis. Le Conseil a estimé qu'il ne pouvait non plus être exclu que les offres tarifaires effectuées par TDF à Antalis soient fixées à un niveau abusivement élevé ou manquent de transparence. Il a noté que : *«L'équilibre économique du secteur de la télévision numérique terrestre dépend de manière cruciale de l'existence d'une concurrence effective à tous les niveaux et pourrait être compromis si l'un des métiers concernés était exercé par une entreprise en mesure de capter une rente de nature monopolistique, d'exclure par ses pratiques l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché en cause, ou de rendre impossible économiquement l'accès à des infrastructures essentielles qu'elle détiendrait [...] en ce qui concerne la diffusion technique des programmes, il est essentiel que les éditeurs de programmes disposent d'offres concurrentes, transparentes et comparables entre elles»*. Il est donc nécessaire, selon le Conseil, que ces opérateurs concurrents de TDF, comme Antalis, puissent *«connaître, de façon urgente, les conditions de l'hébergement sur les sites de TDF situés sur les 29 zones figurant sur la première liste publiée par le CSA»* (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Dans une décision 02-MC-05, le Conseil, après avoir constaté la probable position dominante de la SNCF et du groupe Accor sur le marché des offres groupées *«train plus hôtel»*, a considéré que l'octroi par la SNCF d'un droit exclusif sur cette formule au groupe Accor pourrait constituer un abus de nature à avantager ce groupe au détriment des hôtels concurrents. En effet, dans ce cadre, le groupe Accor bénéficiait de l'avantage concurrentiel du système de commercialisation de la SNCF, de conditions d'accès à ce service qui pourraient se révéler discriminatoires et, enfin, d'un avantage du premier arrivant sur les réseaux informatiques. Le Conseil n'a toutefois pas prononcé de mesures conservatoires, car il a relevé que le site internet de la SNCF présentait des offres alternatives aux offres groupées et que le taux de réservation obtenu par l'intermédiaire de la formule ne représentait que 0,03 à 0,07 % des nuitées vendues en France. Dans de telles conditions, les marchés, soit de l'hôtellerie, soit de l'offre groupée d'un moyen de transport et d'un hôtel, n'apparaissaient pas gravement affectés.

● Atteinte grave et immédiate aux intérêts des consommateurs

Les pratiques de France Télécom consistant à proposer des offres couplant notamment, des communications grande distance et locales, au moment où s'ouvre la boucle locale, présentent, en permettant à France Télécom de prendre une avance décisive sur ses concurrents, le risque de fausser durablement la concurrence. Elles justifient donc le prononcé de mesures conservatoires (01-MC-06).

Par une décision 02-MC-06, le Conseil de la concurrence, saisi par la société RMC Info, a prononcé une mesure conservatoire à l'encontre du GIE Sport Libre, afin que ce dernier mette fin à des comportements susceptibles d'entraver l'exploitation par la société RMC Info de ses droits exclusifs de diffusion radiophonique de la coupe du monde de football. La société RMC Info a conclu, le 4 décembre 2001, avec la société Kirchmédia (déten-

trice de droits radiophoniques exclusifs sur les matchs de la coupe du monde de football 2002 en vertu d'un accord avec la FIFA) un contrat lui assurant l'exclusivité de ces mêmes droits pour la diffusion radiophonique sur le territoire français. Ce contrat comportait l'obligation de chercher à couvrir toute l'étendue du territoire national. Les zones d'émission de RMC Info ne couvrant qu'environ la moitié de la population française, la station a cherché à passer avec d'autres radios des accords de sous-licence. Au nom du pluralisme et mettant en avant le principe de la liberté d'information, les principales radios généralistes ont créé, le 17 décembre 2001, un GIE dénommé Sport Libre auquel elles ont confié l'exclusivité de leur politique d'achat de droits sportifs. RMC Info et le GIE ne sont pas parvenus à négocier un accord de sous-licence. Se trouvant par ailleurs dans l'incapacité de négocier individuellement avec les adhérents du GIE (puisque les règles applicables au sein de ce dernier interdisaient toute négociation individuelle aux adhérents), RMC Info a demandé au Conseil de la concurrence, compte tenu de l'imminence de la coupe du monde, de prendre des mesures d'urgence à l'encontre du GIE. Le Conseil a considéré qu'un certain nombre d'éléments permettaient d'envisager que le GIE aurait été conçu pour empêcher RMC de bénéficier de son contrat d'exclusivité et il a souligné l'atteinte portée aux intérêts des consommateurs : *«La situation dénoncée par RMC Info peut donc contribuer [...] à ce que les auditeurs demeurant dans la partie du territoire français non couverte par cette radio ne puissent pas écouter la retransmission des matchs de la coupe du monde football»*. Le Conseil a, dans cette affaire, estimé que l'urgence était constituée par le délai restreint qui séparait sa décision du début de la coupe du monde de football.

Nature des mesures conservatoires accordées

● Mesures conservatoires que le Conseil ne peut accorder

«Le Conseil n'est pas compétent pour enjoindre à une société de suspendre l'exécution d'un marché public, l'appréciation de la légalité d'un acte administratif relevant de la compétence exclusive de la juridiction administrative» (02-MC-08).

● Mesures conservatoires pouvant être accordées

Dans une décision 02-MC-03, le Conseil de la concurrence a ordonné à France Télécom de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet, un serveur Extranet leur permettant d'accéder aux mêmes informations que celles dont dispose Wanadoo Interactive et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion ADSL, dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo Interactive. Pour pallier le désavantage structurel subi par les concurrents de Wanadoo (lequel bénéficie du réseau des agences de France Télécom), le Conseil a exigé que ce dispositif autorise le traitement de masse en ligne. Dans l'attente de la mise en œuvre de ce dispositif, le Conseil a enjoint à Wanadoo de suspendre la commercialisation des packs eXtense dans les agences France Télécom.

Afin de garantir une exécution rapide de cette injonction, le Conseil a précisé qu'il devrait lui être rendu compte, dans un délai de quatre mois, des dispositions prises par France Télécom pour se conformer à celle-ci. Par une décision 02-D-46, le Conseil a constaté que France Télécom s'était conformée à l'injonction et a levé la suspension de commercialisation des packs eXtense dans les agences (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Dans une décision 02-MC-04, le Conseil de la concurrence a enjoint «à la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en fait la demande une offre de prestations d'accueil concernant, au moins, les sites de diffusion hertzienne installés sur les 29 premières zones de diffusion définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, détaillée poste par poste, et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé».

Dans un arrêt du 21 mai 2002, la cour d'appel a estimé que, s'agissant de l'orientation vers les coûts, la mesure ordonnée excédait ce qui était nécessaire pour faire face à l'urgence : «L'immédiateté et la gravité de l'atteinte à la concurrence [...] n'impose pas que le principe d'orientation vers les coûts lui soit appliqué dans toute sa rigueur alors qu'en l'état de l'instruction, la qualification d'infrastructure essentielle des sites de TDF n'est pas avérée». La cour a donc réformé la décision en reprenant les éléments contenus dans l'injonction du Conseil, mais en remplaçant le concept d'orientation vers les coûts par la notion de «prix proportionné à la valeur du service».

Par une décision 02-MC-06, le Conseil de la concurrence a enjoint au GIE Sport Libre de suspendre, en ce qui concerne la retransmission radiophonique des matchs de la coupe du monde de football, les clauses de ses statuts et de son règlement intérieur qui limitaient strictement la capacité de ses membres à négocier ou conclure, à titre individuel, tout accord relatif à la retransmission d'événements sportifs.

Instruction des mesures conservatoires

Dans son arrêt du 16 juillet 2002 (société Pharmajet), la cour d'appel de Paris a rappelé que : «Si l'autorité compétente pour prononcer des mesures conservatoires n'est pas tenue de constater une infraction aux règles de la concurrence présentant le même degré de certitude que celui requis pour la décision finale, elle doit néanmoins être convaincue de l'existence d'une présomption de manquement raisonnablement forte».

Jugement des mesures conservatoires

Aucun élément nouveau en 2002.

Instruction

Dans une décision 02-D-18, le Conseil a jugé que *«si, conformément à un principe général de procédure, l'instance en cours devant le Conseil est interrompue lorsqu'un changement survenu dans la situation juridique d'une entreprise mise en cause entraîne la perte par celle-ci de sa capacité à répondre des pratiques anticoncurrentielles faisant l'objet de la poursuite, et si cette interruption se poursuit jusqu'à l'intervention ou la mise en cause de l'entreprise apte, le cas échéant, à répondre des pratiques imputées à l'entreprise dont elle assure la continuité, l'interruption ne se produit pas lorsque l'événement qui en est la cause survient après l'ouverture des débats, laquelle a pour effet de cristalliser la situation procédurale des parties»*.

Notification des griefs

Dans sa décision 02-D-36, le Conseil a décidé de ne pas prononcer de sanctions à l'encontre de deux sociétés assurant la continuité économique et fonctionnelle de deux entreprises ayant mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles, au motif que ces sociétés n'avaient pas reçu la notification des griefs et n'avaient donc pas pu assurer leur défense.

Rapport

Aucun élément nouveau en 2002.

Durée de la procédure

Dans sa décision 02-D-48, le Conseil a rappelé *«qu'à supposer excessive la durée de la procédure, la sanction qui s'attacherait à la violation par le Conseil de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable ne serait pas le prononcé d'un non-lieu, mais la réparation du préjudice résultant éventuellement de cette durée excessive»*. Dans cette même décision, le Conseil a précisé à nouveau que *«la sanction de la nullité ne serait encourue que s'il était établi que la longueur excessive de la procédure a fait obstacle à l'exercice normal des droits de la défense»*.

Dans sa décision 02-D-42, le Conseil a considéré que le caractère exceptionnellement complexe d'une affaire pouvait justifier la durée d'une procédure. En conséquence, *«la procédure ne saurait être déclarée irrégulière du seul fait de sa durée»*.

Principe d'impartialité

Dans une décision 02-D-14, le Conseil a examiné un moyen invoquant la violation du principe d'impartialité, et fondé sur le fait qu'avant d'examiner les pratiques en cause, il aurait rendu un avis portant sur le même secteur (l'activité des géomètres-experts). Il a écarté ce moyen au motif qu'il ne s'était pas prononcé dans son avis sur les faits examinés au contentieux et qu'en outre, la composition de la formation statuant dans ce cadre était dif-

férente de celle qui avait rendu l'avis (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Déroulement de la séance

Aucun élément nouveau en 2002.

Preuve des pratiques anticoncurrentielles

Preuves admissibles

Des échanges d'informations entre des entreprises soumissionnaires à un même marché, préalablement au dépôt effectif de leurs offres, peuvent être utilisés à titre de preuve. Ainsi, le Conseil a estimé, dans sa décision 02-D-48, que les documents recueillis au sein d'une société et qui émanaient d'une autre société pouvaient être retenus comme des moyens de preuve. Il a précisé à ce sujet qu'une «*vérification d'une écriture par le rapprochement d'indices précis et concordants sans recours à l'expertise*» avait pu être faite.

Valeur probatoire des indices

Clause d'exclusivité

Dans une décision 02-D-03, le Conseil a rappelé que l'existence d'une clause d'exclusivité dans un contrat n'est pas en soi répréhensible, à moins qu'elle ne constitue une entente anticoncurrentielle visant à empêcher une entreprise d'accéder au marché ou à l'en exclure, ou encore, lorsqu'étant imposée par une entreprise en position dominante, elle constitue une mesure limitant l'accès au marché d'autres opérateurs. Le Conseil a cité un avis du 14 décembre 1984 de la Commission de la concurrence, dans lequel celle-ci a précisé que, eu égard au temps limité susceptible d'être accordé à la projection de la publicité au cours d'une séance de cinéma, l'exclusivité était inhérente à la concession d'écrans de cinéma, sous réserve que sa durée n'impose pas à l'exploitant d'aliéner pendant trop longtemps la possibilité de contracter avec une autre régie susceptible de lui assurer un meilleur service ou de lui offrir des redevances d'un montant supérieur. Dans ce même avis, la Commission a estimé qu'une durée de deux ans environ, renouvelable par tacite reconduction, paraissait adaptée aux exigences de la concurrence. En l'espèce, les contrats conclus respectent cette recommandation (02-D-03).

Liens d'associés

La seule constatation de l'existence, entre le gérant de la société maître d'œuvre et l'agent de l'entreprise attributaire des travaux, de liens d'associés dans une entreprise tierce ne peut suffire à rapporter la preuve de l'en-

tente qu'ils auraient mise en œuvre à l'occasion d'un appel d'offres auquel cette dernière entreprise n'était d'ailleurs pas partie prenante, les saisissantes n'alléguant, par ailleurs, à l'encontre de ces personnes, aucun acte matérialisant la volonté de se concerter en vue de porter atteinte au jeu de la concurrence (02-D-10).

Groupement

Dans le cadre d'appels d'offres lancés pour un marché public, il est loisible à des entreprises de se grouper pour y répondre. Un tel groupement peut cependant constituer, dans certaines circonstances, une pratique anticoncurrentielle contraire aux dispositions du livre IV du code de commerce, lorsqu'il est de nature à éliminer, dans les faits, l'essentiel de la concurrence entre les entreprises appelées à soumissionner ou, lorsqu'il est constitué à l'insu du maître de l'ouvrage et que les entreprises qui se sont entendues, ou ont échangé des informations sur le montant de leur soumission, présentent des offres séparées comme si leurs stratégies étaient indépendantes (02-D-17).

Dans sa décision 02-D-43, le Conseil a retenu, dans le cadre du faisceau d'indices permettant d'établir la réalité des pratiques, que les groupements constitués *«[...] ne répondaient pas à des impératifs techniques ou de concentration de moyens, mais avaient essentiellement pour objet d'assurer une répartition de l'ensemble des travaux entre les entreprises et que dans plusieurs cas, d'ailleurs, les entreprises membres des groupements sont, en réalité, intervenues seules dans le cadre d'une répartition géographique des chantiers ou n'ont fourni aucune prestation [...]»*.

Lettre

La lettre saisie, sur laquelle figurent des mentions prêtant à confusion, à savoir une date comprise entre l'ouverture de l'appel d'offres et sa fermeture, la mention *«résultat AO»* ne permet pas, à elle seule et en l'absence d'élément de preuve extrinsèque à cette lettre, de démontrer l'existence d'un échange d'informations avant le dépôt des offres (02-D-02).

Qualification des pratiques

Concertation dans le cadre d'appels d'offres publics ou privés

Une entente anticoncurrentielle ne peut être sanctionnée que si les entreprises en cause ont librement et volontairement participé à une action concertée, en sachant que celle-ci avait pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché (02-D-76).

En conséquence, un simple parallélisme de comportements d'entreprises concurrentes ne suffit pas à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle. En effet, ce parallélisme peut procéder de la conjoncture du marché et résulter de décisions prises individuellement par des entreprises

qui s'adaptent de façon autonome au contexte de celui-ci ou de la rationalité économique de leur comportement (02-D-29 et 02-D-44).

Dans sa décision 02-D-59, le Conseil a considéré que des entreprises qui participent, en cours de procédure de délégation de service public et, notamment, avant le dépôt des offres détaillées, à une ou plusieurs réunions ayant pour objet de préserver le *statu quo* et d'empêcher que la procédure de mise en concurrence aboutisse à une remise en cause de la répartition des lots antérieurement exploités par elles, puis qui déposent des offres leur permettant de conserver les lignes de transport qu'elles assuraient déjà, sans concurrencer les titulaires des autres lots, mettent en œuvre une pratique d'entente anticoncurrentielle prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce. Le Conseil a précisé à cet égard qu'à la suite de leur participation aux réunions, les entreprises pouvaient être assurées du comportement qui serait adopté par chacune d'elles lors du dépôt des offres, que la pratique en cause avait donc eu pour effet de ne pas les inciter à présenter des offres concurrentielles, d'une part, sur leur propre lot et, d'autre part, sur d'autres lots pour compenser la perte éventuelle de leurs lots et que le jeu de la concurrence étant ainsi faussé, il était, indifférent que les pratiques n'aient pas engendré une hausse substantielle des prix ou que certains lots aient été attribués à des montants inférieurs à ceux pratiqués avant la mise en concurrence.

Dans deux autres affaires, l'une relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la tuyauterie de gaz et l'autre relative aux pratiques relevées à l'occasion de marchés publics de voirie, le Conseil a sanctionné les pratiques d'entreprises candidates à un même marché, qui se sont concertées antérieurement au dépôt de leur offre, afin que l'une d'entre elles propose un prix très élevé dans le but d'orienter le choix du maître d'ouvrage vers l'autre entreprise (02-D-37 ; 02-D-48).

En revanche, le Conseil a estimé que ne pouvaient être qualifiés au titre de l'entente anticoncurrentielle, notamment :

- la participation d'une entreprise à une seule réunion de concertation, alors qu'elle n'exploitait, avant la procédure de consultation, aucun lot dans le secteur géographique concerné et n'a obtenu aucune délégation, bien qu'ayant déposé des offres (02-D-59) ;
- en l'absence d'autres éléments, le fait pour des entreprises candidates à l'attribution de lots de transport de personnes, de ne déposer des offres que pour les lignes qu'elles exploitaient (02-D-58) ;
- en l'absence d'autres éléments, le fait de se retirer d'une procédure d'appel d'offre, à la suite d'un examen plus approfondi du cahier des charges et de l'état d'exploitation du site concerné (02-D-61).

Ententes horizontales, répartition de marchés ou entrave à l'entrée sur le marché

Ententes sur les prix ou concernant l'adoption d'un comportement commun

- une entente entre un fournisseur et ses distributeurs n'est établie qu'à la condition que soit rapportée la preuve d'une concertation et d'un accord

de volonté entre eux. Les indices qui peuvent être retenus à ce sujet sont d'une part, des éléments permettant de penser que des prix de vente au détail ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre ces fournisseurs et ces distributeurs puis d'autre part, le fait que les prix ainsi déterminés auraient effectivement été pratiqués par ces distributeurs, ceci traduisant l'existence d'un accord de volontés et donc d'une entente et enfin, des éléments démontrant qu'un système de contrôle des prix aurait été mis en place, un tel système étant, en général, nécessaire au fonctionnement durable d'une entente sur les prix (02-D-42) ;

- l'application par un fournisseur de conditions de vente discriminatoires à un distributeur, dès lors qu'elles sont ignorées par les autres distributeurs du réseau, ne permet pas de caractériser une entente entre ceux-ci et le fournisseur, mais seulement un comportement unilatéral de ce dernier (02-D-08 et 02-D-67 [pratique non établie]) ;
- la décision concertée des membres d'une association professionnelle de ne pas répondre à un appel d'offres en vue de le faire échouer, fausse le jeu de la concurrence que le donneur d'ordre tente d'instaurer et constitue une pratique contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-23) ;
- des échanges d'informations sur les augmentations de prix envisagées par des entreprises concurrentes favorisent d'autant plus les hausses artificielles de prix que les sociétés concernées ont l'assurance que leurs concurrents augmenteront également leurs prix d'un certain montant et à une date convenue (02-D-57) ;

Répartition de marché

Un fournisseur recourant à un réseau de distributeurs exclusifs, auxquels il concède des territoires d'exclusivité, ne saurait licitement interdire à ces distributeurs de répondre à des sollicitations de clients situés dans des zones géographiques autres que celles 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. En effet, une pratique qui viserait à empêcher le revendeur de répondre à des demandes de clients situés en dehors de la zone concédée, constituerait, par sa nature même, une restriction de concurrence (02-D-57).

Entraves à l'entrée sur le marché

Ont été qualifiées de pratiques anticoncurrentielles à ce titre :

- les clauses d'adhésion à une organisation professionnelle ou à l'obtention d'une qualification ou d'un label, permettant l'accès à un marché, dès lors que ces clauses d'adhésion ne reposent pas sur des critères précis, objectifs et non discriminatoires (02-D-60, 02-D-14) ;
- l'exercice de pressions ou de boycott visant à éliminer un concurrent du marché, soit auprès des fournisseurs de ce concurrent (02-D-36), soit auprès de ses clients potentiels (02-D-14 et 02-MC-06).

En matière de distribution

La décision 02-D-36 apporte des précisions sur la façon dont doit s'articuler l'analyse d'un contrat de distribution sélective ou exclusive, examiné sur le fondement du droit communautaire, au regard des dernières réformes communautaires en cette matière, c'est-à-dire le règlement 2790/1999 sur les restrictions verticales, mais aussi la communication de la Commission 2001/C 368/07 concernant les accords d'importance mineure (dite «*de minimis*») qui précise que les accords entre entreprises qui ne sont pas concurrentes ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81§1 du traité, lorsque la part de marché affectée par l'accord est inférieure à 15 %, sauf si les accords contiennent des «*restrictions flagrantes*» de concurrence.

Aucune des entreprises mises en cause dans cette affaire ne détenant plus de 15 % de parts de marché, le Conseil n'a donc examiné, au regard de l'article 81§1 du traité, que les contrats contenant des restrictions flagrantes (ceux dont une clause restreignait la capacité de livraison croisée entre les distributeurs des réseaux). Ceux-ci ont donc été examinés au regard des articles 81 du traité et L. 420-1 du code de commerce, les autres l'ont été seulement au regard de l'article L. 420-1.

S'agissant des contrats analysés dans le cadre du droit communautaire, le Conseil a relevé qu'ils étaient antérieurs à l'entrée en vigueur du règlement 2790/1999. Dans la mesure où ce règlement ne comporte aucune disposition précisant qu'il s'applique avec effet rétroactif, les contrats en cause ne pouvaient bénéficier ni de l'exemption catégorielle prévue dans le règlement, ni de l'exemption prévue par les dispositions de l'article 81§3 du traité (puisque le Conseil n'a pas compétence pour l'accorder), les clauses considérées comme anticoncurrentielles ont donc été sanctionnées.

Dans le cadre de la même affaire, le Conseil a renouvelé sa position consistant à utiliser le règlement 2790/1999 comme un guide d'analyse en droit national. Constatant qu'aucune des entreprises en cause ne détenait plus de 30 % de parts de marché au niveau national, il a considéré que seules les clauses dites «*noires*» étaient susceptibles d'être prohibées en raison de leur caractère anticoncurrentiel.

Ont donc été sanctionnées, les clauses des contrats de distribution qui prévoyaient l'interdiction des ventes croisées entre revendeurs agréés à l'intérieur du réseau (de nature à limiter le commerce intra-communautaire), ainsi que les clauses n'autorisant l'approvisionnement des distributeurs qu'auprès du fabricant, exclusivement. En revanche, ont été considérées comme ne relevant pas de la prohibition, les clauses limitant la liberté des revendeurs en matière de publicité ou interdisant au distributeur agréé de prendre des initiatives en matière publicitaire et promotionnelle sans avoir obtenu l'accord de son fournisseur. La même appréciation a été portée sur la clause interdisant de revendre des produits à des vendeurs hors réseau, justifiée par la nécessité de permettre au fournisseur de vérifier que ses produits ne quittent pas son réseau de distribution sélective et d'assurer la cohérence de sa politique commerciale en matière de lancement de nouveaux produits.

Dans une décision 02-D-01, concernant le réseau de distribution des vêtements masculins de la marque Barbour, le Conseil a admis que les conditions générales de vente de la société Barbour France avaient vocation à protéger l'image de haute qualité de ses produits et qu'aucun élément du dossier ne permettait de penser que ce réseau aurait eu un autre objet de nature anticoncurrentielle ou que certaines clauses relèveraient des dispositions qui ont pour effet d'exclure le bénéfice du règlement d'exemption. Au regard de l'effet anticoncurrentiel, le Conseil a estimé que compte tenu de la faible part de marché détenue par la société Barbour France sur le marché des vêtements masculins et de l'existence de nombreuses gammes de produits concurrentes, le caractère imprécis des clauses en cause et l'application discriminatoire qui aurait pu en être faite, n'avaient pu avoir d'effet sur le libre jeu de la concurrence.

Abus de position dominante visant à entraver l'entrée sur le marché d'un concurrent

La qualification d'abus de position dominante suppose, après avoir établi que l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause détient individuellement ou collectivement (02-D-44) une position dominante sur un marché, d'apporter la preuve d'une pratique à caractère abusif, engendrant effectivement ou potentiellement des effets anticoncurrentiels sur ce marché ou sur un marché connexe.

Il peut en être ainsi :

- de pratiques commerciales ou contractuelles visant à entraver ou à empêcher l'entrée d'opérateurs sur un marché, par exemple par l'imposition systématique de la part de l'entreprise en position dominante, dans ses contrats conclu avec ses clients, d'une clause d'exclusivité reconductible tacitement, alors qu'aucune justification technique ou commerciale ne nécessite une telle clause (02-D-33) ;
- de pratiques tarifaires visant à entraver ou empêcher l'entrée sur le marché de concurrents, par exemple par l'octroi de ristournes non-contractuelles et rétroactives, destinées à maintenir des relations d'exclusivité à l'expiration des contrats (02-D-33) ;
- du refus de vente, de contracter ou de permettre l'accès à une infrastructure ou une facilité essentielle, opposé de façon injustifiée de la part de l'opérateur en position dominante afin d'empêcher ou d'entraver l'accès de concurrents à un marché (02-D-16 [pratique non établie]). En revanche, un demandeur reste toujours libre de choisir ses fournisseurs en formulant par exemple certaines exigences techniques (02-D-65) ;
- de pratiques discriminatoires mises en œuvres par l'entreprise en position dominante dans ses rapports avec ses partenaires économiques. Peuvent être qualifiés comme telles, des choix non motivés, ou ne reposant pas sur des critères précis, objectifs et non-discriminatoires. [Le Conseil n'a pas examiné de telles pratiques en 2002] ;
- de subventions croisées ou des aides commerciales accordées à une activité ou une filiale se trouvant sur un marché ouvert à la concurrence par une entreprise publique détenant un monopole légal sur un autre marché (02-D-34, 02-D-38 et 02-D-68 [pratiques non établies]) ;

- de procédures judiciaires qui auraient été introduites par une entreprise en position dominante alors que ces actions ne peuvent être « (...) raisonnablement considérées comme visant à faire valoir ses droits, ne peuvent servir qu'à harceler l'opposant et qui sont conçues dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer la concurrence (...) » (02-D-35 [pratique non établie]) ;
- de prix abusivement élevés (02-D-18 [pratique non établie]).

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de la distribution de l'eau potable et de l'assainissement, le Conseil de la concurrence a aussi été conduit à qualifier un abus de position dominante collective s'agissant de pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics (02-D-44).

Dans cette décision, le Conseil a estimé que le fait pour les sociétés en cause d'avoir mis en commun sans justification leurs moyens, à travers la création de filiales communes, pour répondre à des appels à concurrence et le fait de s'être abstenues ensuite de faire acte de candidature (lorsque l'une de leurs entreprises communes répondait à un tel appel) constituaient un abus de leur position dominante collective.

A cet égard, il a considéré que, compte tenu du degré de concentration des opérateurs sur les marchés, ces sociétés ne pouvaient ignorer qu'un tel comportement était susceptible d'affecter sensiblement la concurrence. La limitation volontaire du nombre d'offreurs actifs dans la zone d'influence des entreprises communes revêtait donc un objet anticoncurrentiel. Par ailleurs, s'agissant de l'effet de ces pratiques, le Conseil a relevé qu'en renonçant ainsi à répondre aux appels d'offres, en cas de soumission de leurs entreprises communes, ces entreprises avaient sensiblement limité l'intensité de la concurrence, notamment, dans les zones d'influence de chacune des entreprises communes en cause.

Effet sensible des pratiques

Dans une décision 02-D-69, le Conseil, saisi d'une demande de mesures conservatoires par les sociétés Bouygues Télécom, l'Union fédérale des consommateurs Que choisir et la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie, a rejeté la saisine en constatant que les pratiques en cause n'avaient pas eu d'effet sensible sur le marché en cause.

Après avoir relevé qu'il n'était pas exclu que la société Orange France, filiale de France Télécom pour les mobiles GSM, vraisemblablement en position dominante sur le marché de la téléphonie mobile en France métropolitaine, ait abusé de cette position dominante en pratiquant des différences de prix non justifiées par des différences de coûts de revient de services, et notamment en surfacturant les appels destinés aux lignes des opérateurs concurrents, SFR et Bouygues Télécom, le Conseil a constaté que la pratique en question n'avait duré que quelques mois, et n'avait donc pu affecter les comportements de consommation. Citant l'arrêt Zannier de la Cour de cassation, en date du 12 janvier 1999, le Conseil note que « la pratique ne peut donc être regardée comme ayant restreint de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché concerné ».

Imputabilité des pratiques

Imputabilité entre société mère et filiale

La décision 02-D-42 comporte plusieurs indications intéressantes à cet égard.

En réponse à plusieurs moyens contestant la notification des griefs à des sociétés mères plutôt qu'à leurs filiales, le Conseil a rappelé qu'il ressort du titre II du livre IV du code de commerce, anciennement titre III de l'ordonnance du 1er décembre 1986, que les sujets du droit de la concurrence ne sont pas les personnes, physiques ou morales, mais les «*entreprises*», les «*groupes d'entreprises*» et les «*organismes*». A cet égard, il a aussi rappelé que la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes en matière de responsabilité au sein d'un groupe de sociétés (arrêts des 14 juillet 1972 (ICI / Commission) et 12 juillet 1979 (BMW Belgium e.a. / Commission)) ainsi que l'arrêt Hydrotherm du 12 juillet 1984 de la cour d'appel de Paris ont précisé qu'il fallait entendre par «*entreprise*», «*une unité économique même si elle est constituée de plusieurs personnes, physiques ou morales (...), de sociétés qui ont un intérêt identique*».

En application de ces principes, le Conseil a considéré que, dans le cadre de l'espèce qui concernait le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public, les «*entreprises*» concernées étaient, d'une part, les fournisseurs en cause et, d'autre part, les groupes qui assurent la distribution de leurs produits, puisque les négociations commerciales avec ces fournisseurs ont été effectuées, pour les groupes de distribution, par l'intermédiaire de leur service ou centrale d'achat et/ou de référencement spécialisé (service ou centrale...), et les concertations en matière de prix de vente au détail constatées, nouées à l'occasion de ces négociations, concernaient l'ensemble des points de vente dépendant de ces groupes de distribution.

S'agissant des points de vente, le Conseil a estimé que lorsque ceux-ci dépendaient directement de la «*tête de réseau*», c'est la responsabilité de celle-ci qui devait être recherchée. Par ailleurs, lorsque les griefs concernaient de grands groupes de distribution dont dépendent des sociétés juridiquement distinctes, mais ayant entre elles des liens capitalistiques et suivant une stratégie commerciale, industrielle et financière unifiée, le Conseil a estimé que ces griefs devaient être notifiés aux sociétés «*mères*» pour le compte des sociétés qu'elles représentent. Toutefois, lorsque ces grands groupes avaient des activités diversifiées, le Conseil a précisé que les griefs devaient être notifiés aux sociétés (filiales) spécialisées dans le secteur concerné, à savoir la distribution de produits «*blancs*» et «*bruns*», en tant qu'elles constituent les «*têtes de réseaux*» de l'«*entreprise*» de distribution de ces produits.

S'agissant des pratiques mises en œuvre par des distributeurs indépendants, mais liés entre eux par une enseigne commune et/ou une politique de référencement, d'achat et de vente commune, le Conseil a estimé que dans leurs relations avec les fournisseurs, dont ils sont les interlocuteurs

uniques, ces groupements doivent être considérés comme des «*entreprises*», au sens du droit de la concurrence, et que les griefs retenus devaient donc être notifiés aux sociétés «*têtes de réseau*» (centrale d'achat ou de référencement, etc.) en tant qu'elles ont servi de support à la concertation avec les fournisseurs, pour le compte des entreprises qu'elles représentent.

Dans sa décision 02-D-59, le Conseil a traité la question de l'imputabilité de pratiques entre un syndicat professionnel (UPTRA) et la fédération de syndicats professionnels (FNTV) à laquelle adhérait l'UPTRA. Du fait de cette adhésion, l'UPTRA était autorisée à accoler à son sigle la dénomination FNTV 01 et les pratiques avaient été commises sous la dénomination UPTRA-FNTV 01. Le Conseil a que la FNTV 01 était dépourvue de personnalité morale et constituait seulement une branche de l'UPTRA. Les pratiques devaient donc être imputées à ce seul syndicat.

Imputabilité en cas de transformation de l'entreprise

Dans sa décision 02-D-36, le Conseil a rappelé les principes régissant l'imputabilité des pratiques en cas de fusion d'entreprises et de manière plus générale, lorsque l'entreprise en cause fait l'objet de transformations dans sa personnalité morale.

Il a en effet précisé qu'en cas de fusion d'une société responsable de l'exploitation d'une entreprise à laquelle des pratiques anticoncurrentielles sont reprochées avec une autre société, cette fusion (qui peut résulter soit de la création d'une société nouvelle, soit de l'absorption de la société responsable par une autre société) entraîne la dissolution sans liquidation de la première société qui disparaît et la transmission universelle de son patrimoine, actif et passif, à ou aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération. Dans ce cas «*(...) la société nouvelle ou la société absorbante répond, dès lors, des infractions commises antérieurement à cette date par la société partie à la fusion (...)*».

En revanche, «*(...) lorsqu'entre le moment où l'infraction a été commise et le moment où l'entreprise en cause doit en répondre, la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister juridiquement, sans que cette disparition se soit accompagnée de la transmission universelle de ses droits et obligations à une autre personne, il convient de localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble, afin d'éviter qu'en raison de la disparition de la personne responsable de son exploitation au moment de l'infraction, l'entreprise ne puisse pas répondre de la commission de celle-ci (...)*».

En application de ces principes, le Conseil a statué sur les situations particulières d'un certain nombre d'entreprises :

- Situations de fusion-absorption :
 - la société «*Les Opticiens Economes*» (LOE) a été considérée comme responsable des agissements anticoncurrentiels imputés à la société «*Optique Ginet*» qu'elle avait absorbée en 1999. Le Conseil a précisé

que la personnalité juridique de la société «*Optique Ginet*» s'était alors fondue dans la société LOE et que la cession par la société «*Optique Ginet*», avant son absorption, de quatre des fonds de commerce qu'elle exploitait, était sans influence sur le transfert de la responsabilité à la société LOE. En effet, la continuité économique et fonctionnelle d'une entreprise au travers des seuls 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 sans qu'une autre personne morale n'ait recueilli ses droits et obligations, ce qui n'était pas le cas en l'espèce ;

- la société «*Real Optique*» a été considérée comme responsable des agissements de la société «*Cristal Optique*» qu'elle avait absorbée quels qu'aient été les changements intervenus dans son capital et sa direction, jusqu'à son absorption et nonobstant le fait qu'elle ait déménagé à Villeurbanne.

Une décision 02-D-59 a appliqué les mêmes principes s'agissant d'une société Voyages Cognat et d'une société Courriers des Dombes.

Voir aussi décision 02-D-37.

- Situations d'entreprises dont la personnalité morale a juridiquement disparu :
 - dans l'affaire ayant donné lieu à la décision 02-D-36, une société dénommée Brotteaux Optique avait acquis le fonds de commerce d'une société LP Optique qui avait été dissoute et avait donc disparu. La société Brotteaux Optique qui avait recueilli l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction, du fait du rachat de ce fonds de commerce, n'a toutefois pas été sanctionnée au motif que la notification de griefs ne lui était pas parvenue et qu'elle n'avait donc pu prendre connaissance des griefs retenus à l'encontre de la société LP Optique et présenter ses observations éventuelles ;
 - dans la décision 02-D-48, le Conseil a décidé qu'il convenait d'imputer à la société Beugnet Hainaut, les pratiques mises en œuvre par la société Beugnet France qui avait juridiquement disparu à la suite d'une procédure de redressement judiciaire et dont la totalité des actifs avaient été cédés à la société Beugnet Hainaut. Mais, en application des dispositions de l'article L. 621-63 alinéa 3 du code de commerce, qui précise que : «*Les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation*», le Conseil a décidé que le cessionnaire ne pouvait se voir infliger une sanction pécuniaire pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du plan de cession et n'a pas prononcé de sanction à l'encontre de la société Beugnet Hainaut. Une position identique a été adoptée dans la décision 02-D-43 (société Entreprise Jacques Faignot).
- Modifications indifférentes à l'imputabilité des pratiques :
 - le fait que les entreprises en cause aient cessé l'activité dans le cadre desquelles les pratiques ont été commises (02-D-36, situations des sociétés Grande pharmacie lyonnaise et Bausch & Lomb) ;

- la liquidation judiciaire d'une entreprise qui se survit pour les besoins de sa liquidation (02-D-43, situation de la société Travaux entreprise des Flandres) ;
- l'existence d'un plan de cession dans le cadre d'une procédure de redressement judiciaire (02-D-62, situation de la société Aux aménageurs Bretons).

■ Les marchés pertinents

La délimitation du marché pertinent est une démarche essentielle en droit de la concurrence, car elle permet d'apprécier, d'une part, le pouvoir de marché d'une entreprise, et d'autre part, les effets des pratiques mises en oeuvre. Enfin, la circonscription du marché pertinent permet de quantifier, tout au moins en partie, le dommage à l'économie conduisant à l'évaluation des sanctions.

De longue date, la jurisprudence définit le marché pertinent comme étant le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. La définition s'opère en termes matériels ainsi qu'en termes géographiques.

Le marché pertinent de produit ou de service

Ainsi que cela a déjà été développé dans le cadre de l'étude consacrée à ce sujet (présentée dans le rapport annuel du Conseil pour l'année 2001), la délimitation du marché pertinent résulte de la réunion d'un faisceau d'indices relatifs au contenu de l'offre, aux spécificités des produits ou services en cause, au comportement des demandeurs et à la substituabilité des produits ou services entre eux.

Le contenu de l'offre

L'examen du contenu de l'offre conduit souvent à relever les spécificités des produits offerts.

Ainsi, dans le secteur de l'Internet, le Conseil a distingué le marché de l'acheminement des communications Internet à haut débit par l'ADSL, du marché de l'accès à Internet à moyen et bas débit, en raison de ses caractéristiques et des conditions différentes d'utilisation. Il a pris en compte, à cet égard, le fait que les services d'accès à Internet à haut débit, permettent des transmissions de données, huit à dix fois plus rapides que celles de l'accès à bas débit, qu'ils sont indispensables à certaines applications et permettent une durée de connexion permanente et illimitée. En outre, il a relevé que le haut débit par l'ADSL autorise l'utilisation simultanée de la ligne téléphonique, ce que ne permettent pas les autres techniques (02-D-38 et 02-MC-03). Cette définition du marché pertinent a été confirmée par la cour d'appel de

Paris, dans son arrêt du 9 avril 2002, rendu sur le recours formé contre la décision 02-MC-03.

En matière de télécommunications, le Conseil, saisi des conditions de facturation par France Télécom des communications téléphoniques mobiles, a considéré, tout au moins au stade procédural auquel la décision a été rendue, qu'il n'était pas exclu que le marché concerné soit celui de la téléphonie mobile en France métropolitaine, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur une éventuelle segmentation du marché entre la clientèle des entreprises et celle du grand public, non plus qu'entre les offres d'abonnement et les offres prépayées. Il a rappelé, à cet égard, les différentes offres présentées par France Télécom et leur diversification en fonction des clientèles visées (02-D-69).

Dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis, le Conseil a été conduit à examiner le secteur des infrastructures de diffusion technique par voie hertzienne terrestre des services de télévision. Il a relevé qu'en l'état de l'instruction, il apparaissait que les services rendus par la télévision numérique hertzienne étaient différents de ceux rendus par la télévision hertzienne par analogie, puisque la numérisation permettait un élargissement de l'offre de programmes, une amélioration de la qualité d'image et de son, un accès à certains services interactifs et la réception des programmes de télévision sur des récepteurs portables et mobiles. Compte tenu de ces considérations et des différences de procédure d'attribution de la ressource radioélectrique, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que le marché pertinent soit celui de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre (02-MC-04).

Une analyse identique avait été faite dans le cadre d'une saisine assortie d'une demande de mesures conservatoires à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société CanalSatellite. Dans cette affaire, le Conseil a constaté, en l'état de l'instruction, que les services proposés aux chaînes par les opérateurs de satellites sont très différents de ceux proposés par les opérateurs hertziens ou du câble, le satellite permettant, notamment, une couverture géographique beaucoup plus large que le câble, lequel est limité en France au périmètre de concessions locales (02-MC-01).

Dans le secteur de l'assurance automobile, le Conseil a retenu que les contrats d'assurance automobile, quel que soit le support de vente, offrent des prestations similaires et que les assurés, en souscrivant une assurance automobile, ont comme objectif unique la prévention des risques attachés à la possession d'un véhicule (protection contre le vol ou dégradations du véhicule, contre l'incendie, contre les bris de glace et contre les dommages résultant d'un accident, auxquels peuvent éventuellement s'ajouter des garanties complémentaires telles que l'assistance ou la protection du conducteur). En conséquence, le Conseil a défini comme étant pertinent le marché de l'assurance automobile (02-D-66).

L'examen de l'offre s'effectue non seulement au regard des services offerts, mais aussi au regard des offreurs. Ainsi, dans sa décision 02-D-44 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, le Conseil a été conduit à examiner le point de

savoir s'il fallait considérer les acteurs publics comme des offreurs. Il a rappelé à cet égard, l'analyse effectuée par la Commission de la concurrence dans un avis du 28 octobre 1980 aux termes duquel «[...] les collectivités qui peuvent pour différentes raisons, éprouver le besoin ou même se trouver dans la nécessité d'abandonner la gestion directe de leur service d'eau n'ont guère la possibilité [...] de faire appel à d'autres partenaires que les entreprises privées». Pour la période considérée, le Conseil a relevé que si des retours au mode de gestion en régie étaient effectivement possibles, ceux-ci supposaient toutefois des investissements en matériel et étaient freinés par une crainte de perte de savoir-faire, qui pouvait être dissuasive. Par ailleurs, une analyse des résultats des appels à concurrence pour la période considérée démontrait que les collectivités qui faisaient appel au marché pour répondre à leurs besoins d'approvisionnement en eau potable et en assainissement, ne voyaient que rarement dans les autres collectivités une alternative à l'offre des entreprises privées. Enfin, le Conseil a rappelé à ce sujet qu'un service rendu par une collectivité à une autre collectivité géographiquement proche, ne constitue pas nécessairement une offre concurrentielle sur un marché (avis 94-A-16).

Dans une affaire relative au traitement des coupons de réduction, le Conseil s'est interrogé sur la question de savoir s'il fallait distinguer un marché des coupons émis par les fabricants et un marché des coupons émis par les distributeurs. Il a considéré qu'en raison de la ressemblance des techniques mises en œuvre, quel que soit l'offreur, un seul marché du traitement des coupons de réduction devait être retenu (02-D-33).

La demande

Dans l'affaire relative aux conditions de facturation par France Télécom des communications téléphoniques mobiles, le Conseil a retenu un marché de la téléphonie mobile GSM en France métropolitaine distinct de celui de la téléphonie fixe. Il a pris en compte le fait que du point de vue de la demande, les services de téléphonie mobile GSM offrent la faculté, à partir d'un terminal dédié, de recevoir et de donner des appels téléphoniques ainsi que des messages textuels courts (SMS) et ce, indépendamment de la situation géographique de l'utilisateur. Ces services se caractérisent par leur souplesse d'utilisation par rapport à ceux de la téléphonie fixe, tant en termes d'émission que de réception (02-D-69).

Lors de l'examen d'une demande de mesures conservatoires relative au partenariat entre la SNCF et le groupe hôtelier Accor pour offrir une formule intitulée «train + hôtel», liant un trajet en train à la réservation d'une chambre d'hôtel, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que cette offre, qui présente un intérêt pour le consommateur en termes de commodité, de gain de temps et de coûts de recherche, corresponde à une demande spécifique et constitue un marché (02-MC-05).

Dans sa décision relative aux conditions de distribution des vêtements Barbour, le Conseil a considéré que ces produits appartiennent à la gamme des vêtements «sportswear», qui allient la mode et le sport de plein air. Constatant que ces vêtements sont majoritairement portés par une clientèle-

le masculine, qui ne pratique jamais le sport auquel ces vêtements sont destinés, il en a conclu que le marché pertinent est celui du vêtement masculin et non celui du marché du vêtement de sport (02-D-01).

En matière de traitement des déchets ménagers, le Conseil a délimité le marché pertinent en relevant les différences de techniques et de modes de traitement, d'objectifs poursuivis, et de coûts. Il a aussi pris en compte la demande des collectivités territoriales qui, pour leur grande majorité, ont choisi le mode de gestion par enfouissement technique, quand bien même elles disposaient d'autres moyens pour éliminer les déchets (02-D-61).

La substituabilité des produits ou services

Concernant le secteur de l'électricité, le Conseil de la concurrence a rappelé dans sa décision 02-D-34, ainsi qu'il l'avait précédemment énoncé dans une décision 99-D-51 que, pour un certain nombre de ses usages, l'électricité est substituable à d'autres formes d'énergie, du moins au stade précoce où le consommateur choisit ses équipements et qu'il existe, au moment du choix d'une installation énergétique, une substituabilité entre les énergies utilisées. En revanche, si le choix de l'énergie se fait au moment du choix de l'équipement et si c'est à ce stade que se joue la concurrence entre les différents types d'énergie, une fois que l'utilisateur a effectué le choix d'une installation, il ne peut l'alimenter que par une seule source d'énergie et il ne peut, en général, pas réagir à une hausse de prix de cette énergie par un changement, coûteux, d'équipement, tant que ce dernier n'est pas amorti. Par ailleurs, il existe des usages, comme l'éclairage pour lesquels l'électricité ne connaît pratiquement pas de substitut. Pour ces raisons, le Conseil a considéré qu'il existait un marché de l'électricité ainsi qu'un marché de l'ingénierie électrique.

S'agissant de l'immatriculation des véhicules poids lourds, le Conseil a relevé que s'il existait des alternatives permettant l'obtention de certificats de conformité nécessaire à l'immatriculation des poids lourds d'occasion, ces alternatives étaient à la fois complexes, d'une issue incertaine et particulièrement coûteuses. Elles ne pouvaient donc pas être considérées comme étant substituables à la délivrance des attestations de conformité par le constructeur du véhicule lui-même. Il a estimé qu'il existe un marché de la délivrance des attestations de conformité pour les véhicules poids lourds d'occasion, faisant l'objet d'une réception à titre isolé (02-D-31 et 02-D-32).

La décision 02-D-68 a examiné des pratiques mises en œuvre sur le secteur des tuyaux de gaz flexibles. Le Conseil a été conduit à trancher la question de la substituabilité entre les tuyaux flexibles métalliques onduleux et ceux en caoutchouc. Dans ce cadre, il a précisé qu'une «*substituabilité technique ne saurait à elle seule délimiter un marché pertinent*». Après avoir relevé les spécificités de chaque type de produit, notamment, en termes de méthodes de production, de prix, d'esthétique, de longévité et de stratégie tarifaire, le Conseil a rappelé qu'un arrêté avait rendu obligatoire l'usage de tuyaux flexibles, en caoutchouc ou flexibles onduleux. Contrairement à ce que prétendait une des parties mises en cause, le

report, dans ce cadre d'évolution réglementaire, d'un produit vers un autre ne saurait démontrer une substituabilité entre ceux-ci.

Le contexte réglementaire est, en effet, un élément important de l'examen de la substituabilité des produits. En matière de diffusion de chaînes de télévision, il a été relevé que le marché français présente des caractéristiques qui accentuent encore la non substituabilité entre les services rendus par les opérateurs du câble et du satellite, en raison de l'existence d'une législation qui soumet les distributeurs du câble à un régime d'autorisation et les distributeurs du satellite à un régime de simple déclaration (02-MC-01).

Le marché géographique

Dimension européenne

Examinant des pratiques dénoncées sur le marché des implants rachidiens, le Conseil a rappelé que deux directives, l'une de 1990, l'autre de 1992, visaient un rapprochement des législations des États-membres relatives aux dispositifs médicaux implantables et la commercialisation des implants et, qu'en application de ces textes, tout nouveau dispositif médical mis sur le marché avec la certification d'une autorité d'un des États-membres de l'Union est automatiquement certifié conforme aux normes européennes. En conséquence, il a circonscrit le marché des implants rachidiens au territoire européen en précisant que la spécificité résultant, en France, de la réglementation relative à l'inscription des produits en cause sur la liste des produits remboursables par la sécurité sociale était insuffisante pour limiter le marché au territoire national (02-D-35).

Dimension nationale

Dans l'affaire précitée relative à la distribution et à l'assainissement de l'eau (02-D-44), le Conseil a retenu comme critère de délimitation géographique du marché pertinent celui de la dimension nationale des entreprises mises en cause. Il a considéré que la dimension nationale des marchés résulte de ce que les grandes entreprises présentes sur lesdits marchés interviennent sur l'ensemble du territoire national. Dans ce cadre, le Conseil a écarté le moyen selon lequel il conviendrait de distinguer plusieurs marchés selon la taille des collectivités concernées, au motif que les entreprises en cause répondent aux appels d'offres directement ou par l'intermédiaire de filiales, dans des conditions analogues, sur l'ensemble du territoire national, sans opérer de distinction selon la taille de la collectivité.

En revanche, s'agissant de la publicité cinématographique, le Conseil a circonscrit un marché national distinct du marché local en se fondant sur la dimension du territoire de diffusion des publicités en cause (02-D-03).

Dimension régionale ou locale

Dans une affaire relative à des pratiques constatées dans le secteur du déménagement des personnels de la Marine nationale en Bretagne, le Conseil a écarté un moyen tendant à faire reconnaître l'existence d'un marché de dimension nationale, en raison du caractère national de la réglementation concernant le déménagement des militaires, ainsi que des entreprises en cause. Le Conseil, comme il l'avait précédemment fait dans des affaires similaires, a rappelé que «(...) *le marché pertinent se définit [...] 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 (...)*» (02-D-62).

En matière de distribution, ainsi que l'a rappelé le Conseil dans son avis 02-A-02 du 13 mars 2002 relatif à un projet de décret portant application des dispositions de l'article 27 du code de l'industrie cinématographique, la détermination des zones de chalandises est effectuée en fonction des temps de déplacement des clients, des voies de communications existantes et de la qualité de leur desserte, ainsi que de l'attractivité des points de vente.

■ Les ententes illicites

L'article L. 420-1 du code de commerce prohibe «[...] *même par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société du groupe implantée hors de France, 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».*

Les ententes, qui peuvent revêtir un caractère horizontal (les parties à l'entente sont concurrentes et se situent au même niveau dans le processus économique) ou vertical (les parties à l'entente ne sont pas concurrentes et sont respectivement actives sur le marché amont et aval) supposent l'établissement d'un concours de volontés ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

Dans une décision 02-D-76, relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de la passation du marché public de l'OPAC de Villeurbanne, le

Conseil a rappelé le principe énoncé par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 9 janvier 2001 (SA d'études et d'entreprises électriques), selon lequel une entente anticoncurrentielle ne peut être sanctionnée que si les entreprises en cause ont librement et volontairement participé à une action concertée, en sachant qu'elle avait pour objet ou pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché.

En conséquence, ainsi que la jurisprudence l'a rappelé à de nombreuses reprises, un simple parallélisme de comportements d'entreprises concurrentes ne suffit pas à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle. En effet, ce parallélisme peut procéder de la conjoncture du marché et résulter de décisions prises individuellement par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte de celui-ci ou de la rationalité économique de leur comportement (02-D-29 et 02-D-44).

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'eau potable et de l'assainissement, qui a donné lieu à la décision 02-D-44, le Conseil, constatant que les sociétés CGE et SLDE s'abstenaient, d'une manière générale, de répondre aux appels d'offres en concurrence avec les entreprises communes dans lesquelles elles avaient des participations, a rappelé que ce parallélisme de comportement ne suffisait pas, à lui seul, à prouver l'existence d'une entente anticoncurrentielle. En effet, cette façon de procéder pouvait résulter d'une même préférence pour se partager, par moitié, le profit escompté d'une opération, la filiale commune étant presque sûre de remporter le marché lorsque les sociétés mères s'abstenaient d'y être présentes, plutôt que de chercher à s'attribuer la totalité du profit en intervenant également à titre individuel, mais, avec un risque non négligeable d'échec. La similarité de comportements pouvait aussi s'expliquer par le fait que les sociétés mères préféraient limiter leurs affrontements directs, afin de ne pas se livrer à une guerre des prix qui aurait abouti à diminuer leur bénéfice au plan national ou, encore, par l'absence d'agences locales dans les zones où sont situées les entreprises communes. Le Conseil a, en conséquence, considéré que les éléments réunis par l'instruction traduisaient un parallélisme de comportements, sans que l'on puisse voir dans ces éléments les indices d'une concertation entre les sociétés, propre à manifester leur accord de volonté. Le grief d'entente notifié aux sociétés CGE et SLDE n'a donc pas été retenu (02-D-44).

Dans une autre décision, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département du Rhône, le Conseil a considéré qu'une grande stabilité dans la répartition des lignes, après une procédure d'appel d'offres, pouvait résulter d'un comportement normalement concurrentiel, mis en œuvre de façon indépendante par des entreprises cherchant, en priorité, à se voir attribuer à nouveau les lignes dont elles étaient antérieurement attributaires, mais qu'elle pouvait, aussi, provenir d'une entente entre les entreprises soumissionnaires. Dans cette affaire, plus de 97 % des lots de transports routiers de personnes avaient, à l'issue de la consultation, été attribués à l'entreprise qui exploitait la ligne auparavant et il avait, de plus, été constaté que la quasi totalité des entreprises n'avaient pas déposé d'offres pour des lignes exploitées par un autre transporteur. Le Conseil a admis qu'un tel comportement pou-

vait être justifié par la volonté de certains des dirigeants d'entreprises concernées, de conserver, à l'issue de la procédure, l'exploitation des mêmes lots de transport. En effet, les coûts générés par l'exploitation d'un lot de transport de personnes et, notamment, ceux liés aux investissements nécessaires en moyens matériels et humains, sont de nature à justifier un nombre limité d'offres de la part de PME locales. Par ailleurs, l'organisation logistique mise en place pour exploiter une ligne et l'expérience acquise au cours de cette exploitation permettent des économies de coûts qui ne sont accessibles qu'à l'exploitant déjà en place. Ces circonstances pouvaient expliquer que les anciens titulaires des lignes aient offert des prix plus faibles que leurs éventuels concurrents et, ainsi, remporter les marchés qui les intéressaient. En conséquence, faute d'autres éléments démontrant l'existence d'une concertation anticoncurrentielle entre les entreprises, le Conseil n'a pas retenu le grief d'entente qui leur avait été notifié (02-D-58).

La forme des ententes prohibées

Les ententes horizontales

Les ententes horizontales peuvent revêtir des formes très diverses, telles que, par exemple, des ententes de prix ou de marges entre entreprises concurrentes, des fixations de barèmes de prix par des organismes professionnels, des échanges d'informations avant le dépôt d'offres dans le cadre d'appel à la concurrence, des concertations entre entreprises dans le but d'entraver l'accès au marché de nouveaux concurrents. En 2002, le Conseil a été conduit à se prononcer sur la plupart de ces cas de figure.

Les groupements d'entreprises

La constitution par des entreprises indépendantes et concurrentes d'un groupement en vue de répondre à un appel d'offres, ne constitue pas, en soi, une pratique prohibée au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce. Cependant, le recours à une telle structure peut conduire à l'application des dispositions de cet article, lorsqu'il est établi que cette dernière a été utilisée pour mettre en œuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence (02-D-10 ; 02-D-17 ; 02-D-44).

Dans sa décision 02-D-17, le Conseil a rappelé les principes guidant l'appréciation du caractère anticoncurrentiel ou non d'un groupement d'entreprises constitué dans le cadre de la réponse à un appel d'offres : un tel groupement constitue, en effet, une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce «[...] lorsque ce groupement est de nature à éliminer, dans les faits, l'essentiel de la concurrence entre les entreprises appelées à soumissionner, ou, lorsque ce groupement est constitué à l'insu du maître de l'ouvrage et que les entreprises qui se sont entendues ou ont échangé des informations sur le montant de leur soumission, présentent des offres séparées comme si leur stratégie était indépendante».

Appliquant cette analyse, le Conseil a décidé qu'une entreprise individuelle qui, à la suite de l'annulation d'une première procédure d'appel d'offres, se groupe pour répondre à une seconde consultation avec l'entreprise qui était son principal concurrent lors de la première procédure et propose, alors, un prix supérieur à sa première offre, ne se livre pas à une pratique d'entente anticoncurrentielle, dans la mesure où le groupement était justifié par des considérations techniques et où la première offre apparaissait comme étant particulièrement basse. En l'espèce, le groupement apparaissait justifié, en premier lieu, par le fait que les entreprises groupées devaient faire face à l'accroissement de leurs carnets de commandes entre les deux appels d'offres et, en second lieu, par l'intérêt que l'une d'entre elles, de taille modeste, avait à s'associer avec un grand groupe qui, pour sa part, bénéficiait de l'implantation locale de son nouvel associé, déjà titulaire d'un marché passé par le centre hospitalier (02-D-17).

De même, dans sa décision 02-D-58, statuant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département du Rhône, le Conseil a considéré que dans la mesure où, les groupements d'entreprises étaient expressément autorisés par le cahier des charges, et où les entreprises en cause avaient justifié la formation de ces groupements par leur volonté d'augmenter leurs chances de retrouver, à l'issue de la mise en concurrence, les lignes dont elles étaient déjà attributaires, lorsque ces lignes étaient fondues avec d'autres dans un même lot, les groupements ne pouvaient pas, à eux seuls et faute d'autres éléments, démontrer l'existence d'une concertation anticoncurrentielle.

Par ailleurs, si la constitution de groupements d'entreprises n'est pas en soi anticoncurrentielle, elle peut, dans certaines circonstances, constituer un indice de l'existence d'une répartition de marchés entre les entreprises. Ainsi, dans une affaire relative à des marchés de travaux sur le réseau de distribution d'eau, passés par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque (SIAERD), le Conseil a estimé qu'il était établi que de nombreux groupements avaient été constitués, non pour des raisons techniques ou de mise en commun de moyens, mais afin de permettre une répartition de l'ensemble des travaux entre les entreprises. A cet égard, le Conseil a relevé, d'une part, que dans plusieurs des cas de groupement, certaines entreprises étaient, en réalité, intervenues seules, les autres n'ayant fourni aucune prestation, d'autre part, que certaines entreprises s'étaient présentées en groupement sur certain lots et seules sur d'autres, sans qu'aucune justification technique ou matérielle ne permette de justifier ces différences de traitement des candidatures (02-D-43).

Les entreprises communes

Il est de jurisprudence constante et ancienne que la constitution d'une entreprise commune ne constitue pas une pratique anticoncurrentielle. Toutefois, une telle entreprise ne doit pas, comme les groupements d'entreprises, constituer un écran à une répartition des marchés. Elle ne doit pas, non plus, être l'instrument de la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle.

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'eau potable et de l'assainissement, qui a donné lieu à la décision 02-D-44, le Conseil a considéré que le comportement des sociétés SLDE et CGE consistant à ne pas répondre aux appels d'offres en concurrence avec leurs filiales communes, traduisait un parallélisme de comportement qui faute d'autres éléments, n'établissait pas la preuve de l'existence d'une entente anticoncurrentielle (voir sur ce point les développements consacrés au parallélisme de comportement dans le cadre de l'introduction du présent chapitre).

A la suite de l'attribution des droits exclusifs de retransmission radiophonique de la Coupe du Monde de football 2002 à la société de radiodiffusion RMC, la grande majorité des radios à diffusion nationale ainsi que des radios régionales se sont réunies au sein d'un GIE intitulé Sport Libre. La société RMC a saisi le Conseil de pratiques mises en œuvre par ce GIE et résultant, notamment, de ses statuts, lesquels empêchaient ses membres de contracter, de façon indépendante, un contrat de sous-licence des droits de retransmission de la Coupe du Monde avec RMC dont la capacité d'émission ne couvrait que 33 % du territoire national. Statuant au stade des mesures conservatoires, le Conseil a estimé, sous réserve des résultats de l'instruction, que cette pratique était susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle (02-MC-06).

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, quelles qu'en soient les formes juridiques, nouées entre des entreprises situées à des niveaux différents de la chaîne commerciale.

Conformément à la jurisprudence communautaire, le Conseil admet le principe selon lequel des contrats d'exclusivité identiques passés entre les fournisseurs et leurs distributeurs qui, individuellement, ne poseraient pas de problème de concurrence, peuvent, par leur effet cumulatif, devenir anticoncurrentiels lorsque l'accès au marché s'en trouve limité ou les parts de marché figées. Le Conseil n'a pas eu à examiner de tel cas de figure durant l'année 2002, mais la cour d'appel a, dans un arrêt du 7 mai 2002, confirmé l'analyse qui avait été faite, à cet égard, par le Conseil dans sa décision 00-D-82. Elle a précisé que «[...] *l'effet restrictif de concurrence résultant d'un ensemble d'accords de distribution doit s'apprécier au regard de la nature et de l'importance des contrats sur le marché en cause, de l'existence de possibilités réelles et concrètes pour un nouveau concurrent de s'infiltrer dans le faisceau des contrats, et des conditions dans lesquelles s'accomplit le jeu de la concurrence sur le marché de référence, à savoir, notamment, le nombre et la taille des producteurs présents sur le marché, la fidélité de la clientèle aux marques existantes*».

Les participants aux ententes

La nature des participants

Si dans la majorité des cas, les ententes anticoncurrentielles sont le fait de sociétés commerciales, ces pratiques peuvent aussi avoir pour auteur ou pour participant, des entités qui ne sont pas des sociétés, mais qui interviennent sur le marché et sont, à ce titre, des entreprises au regard du droit de la concurrence. Ainsi, au cours de l'année 2002, le Conseil a-t-il été conduit à examiner des pratiques mises en œuvre, notamment, par le port autonome du Havre, établissement public chargé, notamment, de la gestion du domaine public portuaire (02-D-15) ; l'État, représenté par le ministre de la culture, intervenant directement comme opérateur économique sur le secteur des fouilles archéologiques préventives (02-D-18) ; l'Institut géographique national (IGN), établissement public (02-MC-02) ; un groupement d'intérêt économique, le GIE Sport Libre (02-MC-06),

Par ailleurs, dans une décision 02-D-67, le Conseil a rappelé à quelles conditions particulières, une entente anticoncurrentielle pouvait être mise en œuvre entre sociétés appartenant au même groupe. En effet, dans la mesure où la qualification d'entente suppose que la pratique en cause soit mise en œuvre par, au moins, deux entités économiques, distinctes et indépendantes l'une de l'autre, l'accord entre une société et sa filiale qui ne dispose pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché et qui forme une unité économique avec sa société mère n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du code de commerce.

La décision précitée a examiné, entre autres questions, celle de savoir si les conditions financières de rétrocession de matériels par Darty à sa filiale Caprofem pouvaient constituer une entente. Relevant que Caprofem est une filiale à 100 % du distributeur Darty, le Conseil, en application de l'analyse rappelée précédemment, a exclu l'existence d'une entente anticoncurrentielle au sens des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-67).

Le rôle des organisations et associations professionnelles

L'année 2002 a permis au Conseil d'ajouter de nouveaux exemples à sa jurisprudence en matière de pratiques mises en œuvre par des organisations professionnelles ou des associations regroupant les acteurs d'un même secteur. Ces organisations, qui réunissent plusieurs entreprises, peuvent, en effet, dans certains cas, être considérées comme le support d'une entente entre les entreprises.

A cet égard, le Conseil de la concurrence s'étant saisi d'office de la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes a sanctionné le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts ainsi que plusieurs de ses délégations régionales, pour avoir diffusé une note interprétative tendant à réserver l'accès aux marchés de travaux topographiques à incidence foncière aux seuls géomètres-

experts, excluant ainsi, les géomètres-topographes. Cette pratique avait été suivie d'interventions auprès des donneurs d'ordre, en amont, au moment de l'élaboration des cahiers des charges ou de l'examen des offres, afin que ces derniers étendent le monopole des géomètres-experts sur les travaux topographiques à incidence foncière à tous les travaux topographiques.

Le Conseil a tout d'abord statué sur sa compétence pour connaître des pratiques en cause et a relevé que le Conseil de l'Ordre des géomètres-experts était intervenu dans une activité de services, au sens de l'article L. 410 du code de commerce, sur laquelle les géomètres-experts se trouvent en concurrence avec les géomètres topographes et s'était livré à une pratique étrangère aux missions pour lesquelles il a été investi de prérogatives de puissance publique. Puis, s'agissant de la pratique, le Conseil a estimé que l'élaboration et la diffusion de cette note par cet ordre professionnel, avaient pour objet et pour effet de limiter la concurrence entre géomètres-experts et géomètres-topographes sur le marché des travaux topographiques sur lequel la concurrence pouvait s'exprimer (02-D-14) (Voir analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Le préfet de la région Île-de-France a déposé un déclinatoire de compétence dans le cadre du recours formé contre cette décision. Le déclinatoire a été rejeté par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 13 novembre 2002, mais celle-ci a sursis à statuer dans l'attente d'une éventuelle décision du Tribunal des conflits.

De la même façon, une jurisprudence constante considère qu'il est loisible à une association regroupant des professionnels d'un même secteur d'activité de donner à ses membres des informations destinées à les renseigner de manière générale sur le fonctionnement d'un marché ou à les aider dans la gestion de leur entreprise. Toutefois, 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 et les professionnels concernés doivent continuer à fixer librement et indépendamment leurs prix et leur politique commerciale.

Dans une affaire relative à des pratiques relevées à l'occasion d'un marché public passé par le centre hospitalier d'Epinal pour le transport médicalisé d'urgence, le Conseil a considéré comme anticoncurrentiel le comportement d'une association d'ambulanciers qui, à la suite de la cessation de prise en charge de ce type de transports par les caisses d'assurance maladie, avait redéfini les tarifs que ses membres, plus ou moins contraints, étaient tenus de proposer en réponse à ce type d'appel d'offres. Une telle fixation de tarifs pour l'ensemble des membres dépassait le rôle d'un organisme professionnel et violait les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-23).

De la même façon, l'Union professionnelle des transporteurs de l'Ain, qui avait pris l'initiative d'organiser des rencontres entre transporteurs au cours d'une procédure de délégation de service public de transports scolaires lancée par le conseil général de l'Ain, a été sanctionnée pour avoir excédé le cadre de sa mission de défense des intérêts collectifs et d'assistance professionnelle de ses membres, en organisant une concertation entre eux en

vue de répondre à un appel à candidature de façon à favoriser le *statu quo* et à faire échec au jeu de la concurrence (02-D-59) (Voir analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Les ententes anticoncurrentielles

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

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

A de multiples reprises, le Conseil a rappelé le principe selon lequel en matière de marchés publics ou privés sur appel d'offres, une entente anticoncurrentielle peut prendre la forme, notamment, d'une coordination des offres ou d'échanges d'informations entre entreprises, antérieurs à une date où le résultat de l'appel d'offres est connu ou peut l'être. Ces informations peuvent concerner l'existence de compétiteurs mais également, leur nom, leur importance, leur disponibilité en personnel et en matériel, leur intérêt ou leur absence d'intérêt pour le marché considéré ou enfin, les prix qu'ils envisagent de proposer.

Ces pratiques altèrent le jeu de la concurrence en ce qu'elles ont pour effet de supprimer la concurrence entre les entreprises soumissionnaires en limitant l'indépendance des offres, de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur le marché en cause et de provoquer ainsi une hausse artificielle des prix (02-D-17 ; 02-D-23 ; 02-D-29 ; 02-D-37 ; 02-D-43 ; 02-D-59).

● Echanges d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres

Dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Ain, le Conseil a examiné des pratiques mises en œuvre dans le cadre des dispositions de la loi du 28 janvier 1993, dite loi Sapin, régissant les procédures de délégation de service public.

La procédure de sélection des délégataires de services publics prévue par ces dispositions comporte plusieurs phases successives : l'appel à candidatures, suivie d'une sélection des candidats admis à présenter une offre, puis, du dépôt des offres détaillées par les candidats. A la suite de ce dépôt des offres, peut alors s'ouvrir une phase de négociation avec un ou plusieurs candidats ayant déposé une offre. Ces négociations aboutissent au choix du délégataire. Dans la pratique, le prix proposé dans le cadre de la troisième phase est donc déterminant, puisque c'est sur cette base qu'auront ensuite lieu les négociations.

Dès lors, des entreprises qui participent, en cours de procédure et, notamment, avant le dépôt des offres détaillées, à une ou plusieurs réunions ayant pour objet de préserver le *statu quo* et d'empêcher que la procédure de mise en concurrence aboutisse à une remise en cause de la répartition

des lots antérieurement exploités par elles, puis qui déposent des offres leur permettant de conserver les lignes de transport qu'elles assuraient déjà, sans concurrencer les titulaires des autres lots, mettent en œuvre une pratique d'entente anticoncurrentielle prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce. Le Conseil a précisé à cet égard qu'à la suite de leur participation aux réunions, les entreprises pouvaient être assurées du comportement qui serait adopté par chacune d'elles lors du dépôt des offres, que la pratique en cause avait donc eu pour effet de ne pas les inciter à présenter des offres concurrentielles, d'une part, sur leur propre lot et, d'autre part, sur d'autres lots pour compenser la perte éventuelle de leurs lots et que le jeu de la concurrence étant ainsi faussé, il était, indifférent que les pratiques n'aient pas engendré une hausse substantielle des prix ou que certains lots aient été attribués à des montants inférieurs à ceux pratiqués avant la mise en concurrence (02-D-59) (Voir analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

● Offres de couverture

Le Conseil de la concurrence a également été conduit à sanctionner des offres de couverture réciproques, mises en œuvre par les entreprises soumissionnaires afin de se répartir les lots du marché, notamment dans l'affaire relative aux pratiques constatées à l'occasion d'un marché par allotissement passé par le SIAERD. Dans ce cadre, le Conseil disposait de multiples indices dont le faisceau démontrait l'existence d'une entente anticoncurrentielle. En effet, en premier lieu, il était constaté que les entreprises attributaires étaient reconduites d'année en année en adoptant un comportement identique consistant à ne concentrer leurs efforts en terme de rabais que sur quelques lots, sans que jamais la meilleure offre des entreprises ne se trouvent en concurrence et alors que la composition des lots étaient chaque année différente. En deuxième lieu, dans plusieurs cas, les groupements constitués ne répondaient à aucun impératif technique ou de concentration de moyens, mais avaient essentiellement pour objet d'assurer une répartition de l'ensemble des travaux entre les entreprises. En troisième lieu, une pièce du dossier démontrait que pour une année, une des sociétés en concurrence avait connaissance, avant le dépôt des offres, des noms des entreprises candidates et des montant approximatifs des offres qui seraient déposées (02-D-43).

Enfin, dans deux autres affaires, l'une relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la tuyauterie de gaz et l'autre relative aux pratiques relevées à l'occasion de marchés publics de voirie, le Conseil a sanctionné les pratiques d'entreprises candidates à un même marché, qui se sont concertées antérieurement au dépôt de leur offre afin que l'une d'entre elles propose un prix très élevé dans le but d'orienter le choix du maître d'ouvrage vers l'autre entreprise (02-D-37 ; 02-D-48).

● Éléments indifférents à la qualification d'entente

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Ain, le Conseil de la concurrence a considéré que même s'il était établi que le

conseil général avait, dans certains cas, désigné comme attributaire l'entreprise antérieurement titulaire de l'exploitation du lot, alors que son offre n'était pas la moins élevée, une telle circonstance, qui ne saurait établir la participation du conseil général à la pratique de concertation reprochée, était sans portée sur la qualification de la pratique (02-D-59).

Par ailleurs, le Conseil a rappelé qu'il importait peu que les concertations anticoncurrentielles soient le fait d'initiatives individuelles de salariés des entreprises et non des dirigeants, dans la mesure où ces personnes ont agi dans le cadre de leurs fonctions (02-D-37).

Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel

- **Échanges d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres**
 - la participation d'une entreprise à une seule réunion de concertation, alors qu'elle n'exploitait, avant la procédure de consultation, aucun lot dans le secteur géographique concerné et n'a obtenu aucune délégation, bien qu'ayant déposé des offres. Dans cette espèce, aucun élément du dossier ne démontrait que les offres déposées pourraient être qualifiées d'offres de couverture et le Conseil a estimé qu'il n'était pas établi que cette société aurait adhéré et participé à la pratique anticoncurrentielle en cause (02-D-59) ;
 - la pratique consistant, de la part d'un courtier en assurance, à lancer une pré-consultation pour son client, l'Office public d'HLM de Villeurbanne, auprès des assureurs, lui permettant, alors qu'il savait qu'en raison d'une modification réglementaire, une procédure d'appel public à la concurrence devrait être lancée, de connaître les tarifications de ces assureurs. Au vu des circonstances de l'espèce, le Conseil a estimé qu'il n'était pas démontré que la pré-consultation, même si elle avait permis au courtier de connaître le niveau des prix des futurs concurrents, aurait débouché sur un accord de volontés des participants, ni que ceux-ci auraient eu conscience de ce que le fait de répondre à cette consultation pouvait avoir pour objet ou pour effet, de limiter l'accès au marché, ou de faire obstacle à la libre fixation des prix (02-D-76).

Dans une décision statuant sur des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Isère, le Conseil a examiné la situation de deux sociétés qui avaient chacune déposé une offre en réponse à un appel d'offres, les deux offres ayant été élaborées par le dirigeant de l'une d'entre elles. Au vu des circonstances de l'espèce, le Conseil a prononcé un non-lieu à poursuivre la procédure. En effet, au moment du dépôt des offres l'une des entreprises faisait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire et l'auteur des offres, dirigeant de l'autre entreprise, avait signé un compromis de vente afin d'acquérir le fonds de la première et déposé une offre de reprise de ses actifs. Dans ce cadre, le Conseil a tenu compte du fait que ce dirigeant espérait que le plan de cession soit adopté en sa faveur et estimé que les deux entreprises en cause n'ont pas volontairement mis en œuvre une action concertée (02-D-55).

● Stabilité dans l'attribution des lots

Si le constat d'une stabilité dans l'attribution des lots et l'identité des prix proposés pour certaines prestations, par plusieurs soumissionnaires, peuvent constituer des indices de l'existence d'une entente anticoncurrentielle, ceux-ci sont, à eux-seuls, insuffisants pour établir la réalité de pratiques anticoncurrentielles.

Dans une affaire relative aux pratiques relevées à l'occasion d'une procédure d'appel d'offres dans le département de Saône-et-Loire, le Conseil a relevé que le fait que les entreprises ne soient soumissionnaires que pour certains lots peut être justifié par le poids des investissements et les contraintes de logistique propres à ce type de marché. Il a considéré, de la même manière, qu'une identité de prix ne révèle pas, à elle seule, l'existence d'une entente dans la mesure où cette identité peut être justifiée aussi bien par des éléments conjoncturels que par la fixation d'un prix maximum par l'acheteur public (02-D-29).

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département du Rhône, le Conseil a considéré qu'une grande stabilité dans la répartition des lignes, après une procédure d'appel d'offres, pouvait résulter d'un comportement normalement concurrentiel, mis en œuvre de façon indépendante par des entreprises cherchant, en priorité, à se voir attribuer à nouveau les lignes dont elles étaient antérieurement attributaires. Le Conseil a relevé dans ce cadre, d'une part les coûts générés par l'exploitation d'un nouveau lot de transport de personnes, d'autre part, l'avantage en termes d'économies de coûts que procurent l'organisation logistique mise en place pour exploiter une ligne et l'expérience acquise au cours de cette exploitation (02-D-58).

● Retrait de candidature

- le fait de se retirer d'une procédure d'appel d'offre, à la suite d'un examen plus approfondi du cahier des charges et de l'état d'exploitation du site, n'est pas, en l'absence d'autres éléments, susceptible de constituer une pratique anticoncurrentielle prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-61) ;
- le fait d'informer le maître d'ouvrage, avant l'expiration du délai de remise des offres, des liens existant entre deux sociétés d'un même groupe, qui ont soumissionné chacune individuellement et le fait, pour l'une d'entre elles, de renoncer à concourir pour obtenir le marché n'est pas constitutif en soi, d'une pratique anticoncurrentielle prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-61).

Ententes et échanges d'informations sur les prix et marges

Pratiques ayant été qualifiées d'anticoncurrentielles

● Elaboration et diffusion de barèmes de prix

La concertation entre les ambulanciers du département des Vosges au sein de l'association «*Urgence 88*» pour fixer les tarifs qu'ils entendaient factu-

rer au centre hospitalier d'Epinal pour les transports secondaires médicalisés constitue une pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-23).

● Concertation visant l'adoption d'un comportement commun

La décision concertée des membres d'une association professionnelle de ne pas répondre à un appel d'offres en vue de le faire échouer, fausse le jeu de la concurrence que le donneur d'ordre tente d'instaurer et constitue une pratique contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce (02-D-23).

● Concertations et échanges d'informations sur la hausse de prix

Dans le cadre d'une affaire concernant le secteur des roulements à billes, le Conseil de la concurrence a sanctionné les pratiques de quatre fabricants qui, pendant plusieurs années, s'étaient mutuellement informés des hausses de prix bruts et des évolutions des taux de remise maximum aux distributeurs qu'ils avaient l'intention d'appliquer. Il a rappelé, à cet égard, que de tels échanges d'informations, qui favorisent d'autant plus les hausses artificielles de prix que les sociétés concernées ont l'assurance que leurs concurrents augmenteront également leurs prix d'un certain montant et à une date convenue, peuvent affecter le jeu de la concurrence. Tel était bien le cas en l'espèce, puisqu'il avait été constaté que des hausses simultanées et identiques avaient été appliquées par les entreprises en cause aux dates annoncées (02-D-57).

Par ailleurs, le dossier comportait un compte-rendu de réunion entre certains des participants à la première entente et d'autres entreprises démontrant l'existence d'échanges d'informations sur des hausses de prix prévisionnelles ainsi que les évolutions de remises accordés à certains clients industriels. Cependant, il n'était pas établi que les entreprises en cause avaient ensuite modifié leurs pratiques tarifaires. Le Conseil a, néanmoins, considéré que les conditions d'application de l'article L. 420-1 du code de commerce étaient remplies. Répondant à un moyen selon lequel le grief formulé consistait à faire sanctionner une simple intention demeurée sans suite, le Conseil a précisé que le fait que ces échanges d'informations n'aient éventuellement pas conduit à un alignement effectif des prix pratiqués, compte tenu, notamment, du fait que le profil des commandes des clients ne peut qu'être différent pour chacun d'eux, est sans incidence sur le caractère anticoncurrentiel de ces échanges d'informations, qui avaient pour objet et ont pu avoir pour effet d'empêcher le libre jeu de la concurrence sur le marché des roulements à billes (02-D-57).

● Devis de couverture

Par une décision 02-D-62, le Conseil a, une nouvelle fois, sanctionné des pratiques mises en œuvre dans le secteur du déménagement de personnels de l'État, qui sont remboursés de leurs frais de déménagement à la condition de produire à leur administration plusieurs devis concurrents. En l'espèce, une pratique s'était développée consistant en ce que l'entreprise choisie par le candidat au déménagement établisse un devis très proche du

barème de remboursement de l'administration et permette à son client d'obtenir de certains de ses concurrents des devis de couverture supérieurs au barème.

La preuve de la pratique résultait d'un faisceau d'indices constitués, notamment, par un certain nombre de déclarations des responsables d'entreprises, par de très faibles écarts existant entre les devis en cause, par des identités de date de ces derniers, mais aussi, par la répétition de diverses fautes d'orthographe affectant les noms des clients, relevées sur de nombreux devis.

Pratiques n'ayant pas été qualifiées d'anticoncurrentielles

● **Elaboration et diffusion de barèmes de prix**

La diffusion par un syndicat professionnel d'un document présentant un exemple chiffré du «*prix kilométrique marginal*», à produire dans le cadre des réponses à une procédure de délégation de service public et précisant le prix d'un certain nombre de prestations identifiées, peut ne pas revêtir de caractère anticoncurrentiel au regard des circonstances particulières de l'espèce. Ces circonstances résultaient, en premier lieu, de ce que le document en cause avait été présenté par l'organisation professionnelle comme n'ayant qu'une valeur pédagogique, en deuxième lieu, de ce qu'il avait été diffusé postérieurement au dépôt de l'ensemble des offres des candidats et, en dernier lieu, de ce que les montants effectivement proposés par les différentes entreprises dans leurs offres différaient de l'exemple chiffré et variaient en fonction des lots et des entreprises. Ainsi, le Conseil a pu estimer que les entreprises avaient calculé leur offre de façon indépendante, sans qu'elles aient été dissuadées par l'association professionnelle d'apprécier leurs coûts en fonction de critères propres (02-D-59).

Entraves à l'accès au marché

Adhésions à une organisation, qualifications et labels

Si l'admission par cooptation de nouveaux membres au sein d'une organisation professionnelle ne constitue pas en elle-même une pratique contraire au droit de la concurrence, une telle pratique peut être anticoncurrentielle si l'adhésion à cette organisation professionnelle est une condition de l'accès au marché.

Le Conseil a estimé que tel était bien le cas, dans le secteur du déménagement, s'agissant de l'adhésion à la Chambre syndicale des entreprises de déménagement (CSD) ainsi qu'à l'association française de déménageurs internationaux. Il a constaté que l'appartenance à ces deux organismes constitue une condition d'accès au marché du déménagement, en raison de l'avantage concurrentiel qu'elle procure, tant dans les relations avec les professionnels, que dans les relations avec les clients. En effet, le label de la chambre syndicale, bénéficiant d'une forte notoriété, soutenu par des investissements publicitaires importants, est réclamé par les clients et constitue, dans un secteur marqué par la présence d'opérateurs peu quali-

fiés, une garantie pour les ménages. S'agissant de l'association, y adhérer est indispensable pour pouvoir, ensuite, adhérer à la Fédération internationale des déménageurs internationaux qui, elle même, est incontournable pour les entreprises qui veulent exercer des activités internationales.

Examinant les conditions d'admission à la Chambre syndicale, le Conseil a relevé qu'elles se référaient à des «*garanties morales*» ou à des «*critères moraux*» et estimé que de tels critères n'étaient ni vérifiables, ni objectifs, ni fondés sur la capacité professionnelle des entreprises. Il a aussi considéré que constituaient un comportement prohibé par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce les dispositions du règlement intérieur de la CSD instituant une procédure d'admission non limitée par des délais, conférant un pouvoir de veto inconditionnel aux présidents des groupements et dispensant les décisions de toute obligation de motivation. Par ailleurs, le Conseil a relevé que la combinaison de certaines dispositions instaurait un traitement discriminatoire entre les repreneurs d'entreprises adhérentes, selon que ceux-ci étaient déjà adhérents de la chambre syndicale ou non. Le Conseil a, ensuite, porté une appréciation identique sur certaines des clauses d'adhésion à l'association française des déménageurs internationaux qui étaient fondées sur les critères matériels imprécis susceptibles d'une appréciation discrétionnaire. Ces clauses subordonnaient, en effet, l'adhésion à l'appartenance à la CSD, instituaient une obligation de parrainage et dispensaient les décisions de motivation (02-D-60).

Dans une autre décision, le Conseil a sanctionné le refus, dépourvu de base légale, opposé par le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg, à une demande de désignation d'un maître de stage présentée par un géomètre-expert, empêchant ainsi ce dernier de participer à des appels d'offres (02-D-14).

Autres pratiques susceptibles de constituer une entrave à l'accès au marché

● Exercice de pressions et boycott

Examinant un certain nombre de pratiques mises en œuvre dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes, le Conseil a sanctionné comme étant constitutifs d'une entente anticoncurrentielle, prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce :

- la conduite par le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon, d'une politique systématique d'intimidation des maîtres d'ouvrages qui envisageaient d'admettre des offres dans lesquelles des topographes pouvaient réaliser, seuls ou en groupement avec un géomètre-expert, des travaux topographiques sans incidence foncière, c'est-à-dire ne relevant pas du monopole des géomètres-experts ;
- l'exercice de pressions par le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Montpellier sur la DDE des Pyrénées-Orientales et sur la SNCF, notamment en insinuant que des marchés auraient été passés dans des conditions illégales au seul motif qu'une partie des travaux relevaient du monopole des géomètres-experts, en prétendant que des appels d'offres

séparés devaient être passés et, enfin, en envoyant une lettre comminatoire à la SNCF dans laquelle l'une de ses directions était accusée de bafouer la loi ;

- la recommandation, faite par le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Marseille au directeur des routes, de confier à des professionnels installés en Corse des travaux situés en Haute-Corse, au détriment des professionnels installés dans d'autres départements (02-D-14).

Dans le secteur de la distribution des lunettes, le Conseil a sanctionné une pratique d'entente à la fois horizontale et verticale visant à entraver l'arrivée sur le marché lyonnais d'un nouveau distributeur qui pratiquait une politique de prix bas.

A la suite de l'installation d'un magasin Optical Center à Lyon et de la publicité effectuée par ce dernier pour annoncer des prix bas, de nombreux opticiens de cette ville et de son agglomération avaient décidé d'organiser un *boycott* des fabricants des montures présentées chez leur nouveau concurrent, afin de les inciter à renoncer à livrer ce point de vente ou à obliger ce dernier à renoncer à sa politique de prix bas.

Cette décision a été suivie de lettres, contacts téléphoniques et pressions exercées à l'égard des fournisseurs du magasin Optical Center et de leurs représentants ainsi que de mesures de rétorsion commerciales comme des ralentissements, des suspensions ou des annulations de commandes, des retraits des produits présentés en vitrine, voire la cessation des relations commerciales.

Le Conseil a aussi sanctionné l'adhésion, par l'un des fabricants, la société L'AMY, au mouvement de boycott initié par les opticiens. En effet, cédant aux pressions des opticiens, cette société s'est jointe à l'action concertée et, après avoir pris diverses mesures de rétorsion immédiatement après la réunion de concertation des opticiens, a finalement rompu unilatéralement toute relation commerciale avec ce distributeur.

Le Conseil a rappelé qu'une telle action concertée, visant à obliger un concurrent à modifier sa politique commerciale, fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et limite ainsi le libre exercice de la concurrence (02-D-36) (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Dans l'affaire relative aux droits de retransmission radiophonique de la Coupe du Monde de football 2002, le Conseil a estimé, au stade des mesures conservatoires, que la création du GIE Sport Libre, dont les statuts comportaient une clause visant à empêcher ses adhérents de négocier individuellement des sous-licences de diffusion avec la société RMC (qui détenait l'exclusivité des droits de retransmissions de la Coupe du Monde de football), était susceptible de constituer d'une entente anticoncurrentielle. A cet égard, le Conseil a relevé que plusieurs éléments, dont la date et le contexte de la création de ce GIE pourraient éventuellement faire penser que l'objectif recherché était d'exercer une pression sur RMC ou de l'empêcher de réaliser une diffusion des retransmissions des matchs de la coupe du monde sur l'ensemble du territoire national (02-MC-06) (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Répartition de marché

Le Conseil a eu à connaître d'une pratique de cet ordre dans l'affaire dite des roulements à billes qui a donné lieu à la décision 02-D-57. Examinant des contrats de distribution exclusive, le Conseil a rappelé qu'un fournisseur recourant à un réseau de distributeurs exclusifs auxquels il concède des territoires d'exclusivité ne saurait licitement interdire à ces distributeurs de répondre à des sollicitations de clients situés dans des zones géographiques autres que celles 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. En effet, une pratique qui viserait à empêcher le revendeur de répondre à des demandes de clients situés en dehors de la zone concédée, constituerait, par sa nature même, une restriction de concurrence. A cet égard le Conseil a repris l'analyse adoptée par la CJCE, dans un arrêt Miller contre Commission du 1^{er} février 1978, selon laquelle, une telle clause par l'effet «*optique et psychologique*» qu'elle crée, peut contribuer à favoriser une répartition de marché.

En application de ces principes, la Conseil a sanctionné la pratique de trois fabricants consistant à refuser d'apporter une assistance technique aux ventes réalisées par les distributeurs agréés en dehors de leur zone d'exclusivité, quand bien même ces ventes ne résulteraient pas d'un démarchage actif des distributeurs concernés en dehors de leur zone, mais constitueraient de simples réponses aux sollicitations des clients.

Restrictions verticales

Depuis l'année 2000, le Conseil considère que les restrictions verticales, même lorsqu'elles ne sont examinées qu'au regard du droit interne de la concurrence, doivent être analysées en tenant compte des principes énoncés par le règlement de la Commission européenne n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, qui prévoit une exemption à l'application du paragraphe 1 de l'article 81 du traité CE en ce qui concerne les accords dits «*verticaux*», conclus entre des distributeurs et un fournisseur, lorsque, notamment, la part détenue par ce dernier sur le marché pertinent ne dépasse pas 30 %.

L'exemption catégorielle ainsi accordée, repose sur la constatation que les contrats de distribution, notamment sélective, peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes. La probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans un accord de ce type, dépend du pouvoir de marché des autres entreprises concernées et, dès lors, du degré de concurrence des autres fournisseurs de biens et de services que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables.

Le règlement précité constitue, dans le cadre de l'application du droit interne, un «*guide d'analyse*», mais il ne remet pas en cause les principes dégagés au cours des années précédentes par la jurisprudence relative aux accords verticaux. Lorsqu'il apparaît que certaines clauses d'un contrat

sont prohibées au regard de ces principes, le Conseil considère, si la part du fournisseur sur le marché pertinent est inférieure à 30 %, que ces clauses n'ont ni objet, ni effet anticoncurrentiel, à condition, toutefois, qu'elles ne relèvent pas des exceptions prévues par le règlement (clauses de prix imposés ou de protection territoriale absolue) ou ne viennent pas au soutien de pratiques relevant de ces exceptions (décisions 02-D-01 et 02-D-36).

Contrats de distribution sélective ou exclusive, contrats de franchise

● Contrats de distribution sélective ou exclusive

Les principes régissant l'application des droits interne et communautaire

La décision 02-D-36 apporte des précisions sur la façon dont, lorsque le Conseil applique le droit communautaire, doit s'articuler l'analyse d'un contrat de distribution sélective ou exclusive au regard des dernières réformes communautaires en cette matière, c'est-à-dire le règlement 2790/1999, précité, mais aussi la communication de la Commission 2001/C 368/07 concernant les accords d'importance mineure, dite «*de minimis*». En effet, cette communication précise que les accords entre entreprises qui ne sont pas concurrentes ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81§1 du traité, lorsque la part de marché affectée par l'accord est inférieure à 15 %, sauf si les accords contiennent des «*restrictions flagrantes*» de concurrence.

Aucune des entreprises mises en cause dans ce dossier ne détenait plus de 15 % de parts de marché et le Conseil n'a donc examiné, au regard de l'article 81§1 du traité, que les contrats contenant des restrictions flagrantes (ceux dont une clause restreignait la capacité de livraison croisée entre les distributeurs des réseaux). Ceux-ci ont donc été examinés au regard des articles 81 du traité et L. 420-1 du code de commerce, les autres l'ont été seulement au regard de l'article L. 420-1.

S'agissant des contrats analysés dans le cadre du droit communautaire, le Conseil a relevé qu'ils étaient antérieurs à l'entrée en vigueur du règlement 2790/1999. Dans la mesure où ce règlement ne comporte aucune disposition précisant qu'il s'applique avec effet rétroactif, les contrats en cause ne pouvaient bénéficier ni de l'exemption catégorielle prévue dans le règlement ni de l'exemption prévue par les dispositions de l'article 81§3 du traité, (puisque le Conseil n'a pas compétence pour l'accorder), les clauses considérées comme anticoncurrentielles ont donc été sanctionnées.

L'analyse des clauses et des comportements

Dans le cadre de la même affaire, le Conseil a, ainsi qu'il a été rappelé ci-dessus, renouvelé sa position consistant à utiliser le règlement 2790/1999 comme un guide d'analyse. Il a donc précisé à nouveau que «*lorsqu'un fournisseur dispose d'un faible pouvoir de marché, le fait d'organiser et de réguler son réseau de distribution de manière à assurer une meilleure coordination entre les entreprises participantes peut, le plus généralement, être considéré comme pro-concurrentiel, qu'ainsi, il n'y a pas lieu de retenir de*

grief concernant des clauses autres que celles considérées comme 'noires' par ledit règlement c'est-à-dire, notamment, celles qui imposent des prix de revente, celles qui instituent des protections territoriales absolues ou celles qui restreignent les livraisons croisées entre distributeurs à l'initiative d'un réseau de distribution sélective».

En l'espèce, le Conseil, constatant qu'aucun fabricant de lunettes ne détenait plus de 30 % de parts de marché au niveau national, a considéré que seules les clauses dites «noires» étaient susceptibles d'être prohibées en raison de leur caractère anticoncurrentiel.

Ont donc été sanctionnées, les clauses des contrats de distribution qui prévoyaient l'interdiction des ventes croisées entre revendeurs agréés à l'intérieur du réseau et sont donc de nature à limiter le commerce intra-communautaire, ainsi que les clauses n'autorisant l'approvisionnement des distributeurs qu'auprès du fabricant, exclusivement. Ces dispositions, qui relèvent des clauses «noires» au sens de l'article 4 du règlement n° 2790/1999, ont été par conséquent, considérées comme prohibées par les articles 81§1 du traité CE et L. 420-1 du code de commerce.

En revanche, ont été considérées comme ne relevant pas de la prohibition, les clauses limitant la liberté des revendeurs en matière de publicité ou interdisant au distributeur agréé de prendre des initiatives en matière publicitaire et promotionnelle sans avoir obtenu l'accord de son fournisseur. La même appréciation a été portée sur la clause interdisant de revendre des produits à des vendeurs hors réseau, justifiée par la nécessité de permettre au fournisseur de vérifier que ses produits ne quittent pas son réseau de distribution sélective et d'assurer la cohérence de sa politique commerciale en matière de lancement de nouveaux produits. (Voir l'analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Dans l'affaire relative au secteur de la vente et de la distribution des roulements à billes et assimilés, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'un fournisseur recourant à un réseau de distributeurs exclusifs, auxquels il concède des territoires d'exclusivité, ne saurait licitement interdire à ces distributeurs de répondre à des sollicitations de clients situés dans des zones géographiques autres que celles 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. Une telle pratique, qui vise à empêcher le revendeur de répondre à des demandes de clients situés en dehors de la zone concédée, constitue, par sa nature même, une restriction de concurrence. Le Conseil a rappelé à cet égard les termes d'un arrêt de la Cour de justice, Miller contre Commission, en date du 1^{er} février 1978 selon lesquels : une telle clause, par l'effet «*optique et psychologique*» qu'elle crée, peut, en effet, contribuer à favoriser une répartition de marché.

En l'espèce, il ressortait de nombreuses déclarations de distributeurs agréés, qu'il était convenu entre les fabricants et les distributeurs que les premiers refuseraient l'assistance technique en cas de vente passive hors zone. Un tel accord, qui était de nature à dissuader les distributeurs d'accepter des commandes en dehors de leurs zones d'exclusivité et, en conséquence, à limiter la concurrence par les prix que pourraient se faire les dis-

tributeurs des produits d'une même marque, a donc été considéré comme constitutif d'entente anticoncurrentielle.

En revanche, le Conseil n'a pas retenu le caractère anticoncurrentiel de cette pratique à l'égard des distributeurs au motif que ceux-ci n'étaient pas en situation de résister aux fabricants pour refuser la politique systématique de refus d'assistance technique en cas de ventes, mêmes passives, à des clients hors zone, qui leur était imposée par ces fabricants (02-D-57).

Les clauses relatives à la sélection des distributeurs

Ces clauses sont analysées selon les mêmes principes que ceux rappelés ci-dessus. Les systèmes de distribution exclusive ou sélective, qui détiennent une part de marché supérieure à 30 % et qui ne contiennent pas de clause «noire», sont conformes aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, à condition qu'ils préservent une certaine concurrence sur le marché et :

- que les critères de choix des distributeurs aient un caractère objectif et ne soient pas appliqués de façon discriminatoire ;
- qu'ils n'aient 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 ;
- qu'ils maintiennent la liberté commerciale des revendeurs quant aux prix pratiqués à l'égard des consommateurs.

De telles dispositions ont été examinées dans l'affaire des opticiens de Lyon précitée. Le Conseil a rappelé sur ce point que, s'il est licite pour un fabricant d'introduire dans un contrat de distribution sélective des critères de sélection des détaillants visant à préserver l'image de marque des produits distribués, ces critères doivent revêtir un caractère objectif et n'avoir ni pour objet, ni pour effet d'exclure une ou des formes déterminées de distribution. Ainsi, le Conseil a précisé que des clauses qui qualifient de «*dévalorisante*», «*une enseigne ayant acquis sa réputation sur des pratiques commerciales agressives*» ou d'«*attentatoire à la marque*», «*toute pratique de promotion avec discount systématique*» sont susceptibles d'exclure certains types de magasins du réseau en raison de l'utilisation de critères, qui ne sont pas purement objectifs et sont, dès lors, prohibées (02-D-36).

Par ailleurs, examinant le contrat de distribution de la société Barbour France, qui détient 0,06 % de parts du marché des vêtements masculins, le Conseil a relevé que les pratiques résultant de clauses contenant des critères imprécis pour l'appréciation de l'adéquation des lieux et imposant un approvisionnement minimal, ainsi que de leur application, qualifiée de discriminatoire par la notification de griefs, ne revêtaient ni objet ni effet anticoncurrentiel. Les motifs de cette décision résident dans le constat que, d'une part, la vocation de ces conditions générales n'avait pour but que de protéger l'image de haute qualité des produits et, d'autre part, qu'aucun élément du dossier ne permettait de penser que ce réseau aurait eu un autre objet de nature anticoncurrentielle ou que certaines clauses relèveraient de l'article 4 du règlement d'exemption. En outre, a ajouté le Conseil, le carac-

tère imprécis des clauses en cause et l'application qui pourrait en être faite, n'auraient pu avoir un effet sensible sur le marché, compte tenu de la faible part de marché détenue par la société Barbour et de l'existence de nombreuses autres gammes de produits concurrentes (02-D-01).

● Franchise

Le Conseil n'a pas été amené à se prononcer sur des contrats de franchise en 2002.

Conditions générales de vente et accords de coopération commerciale

Ainsi que le Conseil l'a rappelé fréquemment et, notamment, dans une décision 01-D-15, l'octroi de remises ou de ristournes différées n'est pas restrictif de concurrence, lorsque le principe et le montant de ces avantages sont acquis de manière certaine dès le franchissement des seuils quantitatifs qui en déterminent l'attribution et, lorsque les distributeurs peuvent, sans aléa ni restriction, en répercuter le montant sur leurs prix de vente. Par ailleurs, le fait, pour un fournisseur de produits de marque, d'accorder des ristournes qualitatives, ajoutées aux remises quantitatives, à ceux de ses distributeurs qui offrent des services, n'est pas en soi une pratique prohibée, si les conditions d'obtention de ces ristournes qualitatives n'excluent pas des entreprises qui seraient prêtes à fournir les services requis, si elles sont définies de façon objective, ne sont pas appliquées de façon discriminatoire et n'ont ni pour objet, ni pour effet de limiter la liberté des commerçants de déterminer de façon autonome leur politique de prix de revente.

● L'application discriminatoire des conditions de vente

Concernant l'application discriminatoire des conditions générales de vente, le Conseil, dans sa décision 02-D-08, a rappelé la jurisprudence de la cour d'appel de Paris selon laquelle l'application par un fournisseur de conditions de vente discriminatoires à un distributeur, dès lors qu'elles sont ignorées par les autres distributeurs du réseau, ne permettent pas de caractériser une entente entre ceux-ci et le fournisseur, mais seulement un comportement unilatéral de ce dernier (arrêt du 15 février 2000, société Ploermelaise de friction industrielle). En application de cette analyse, le Conseil a considéré que la fourniture d'une facture, démontrant qu'un comité d'entreprise aurait bénéficié d'un taux de remise supérieur à celui résultant des conditions de vente de la société Sony, était insuffisante pour établir l'existence d'une entente entre cette société et ce comité d'entreprise.

Dans sa décision 02-D-67, le Conseil, a rappelé les mêmes principes ainsi que la jurisprudence, telle qu'elle ressort, notamment, d'un arrêt Sony rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 29 octobre 1996, selon laquelle l'octroi de ristournes ne saurait être qualifié de pratique d'entente anticoncurrentielle sans qu'il soit établi que le fournisseur ait consenti à un ou plusieurs distributeurs des dérogations aux stipulations contractuelles concernant les conditions d'attribution de ces avantages.

Dans l'affaire examinée par le Conseil, il était soutenu que la société Caproferm, qui exerce une activité de grossiste, était fournie par sa maison

mère Darty et bénéficiait de ristournes auxquelles elle n'aurait pu prétendre si elle avait directement été livrée par les fournisseurs. Cette pratique constituait, selon la saisine, une application discriminatoire des conditions de vente de ces fournisseurs résultant d'une entente entre ces derniers et la société Darty. Le Conseil a relevé que si certaines rétrocessions accordées par Darty à sa filiale Caprofem pouvaient être considérées comme injustifiées, l'instruction n'avait pas fait apparaître que ces rétrocessions auraient fait l'objet d'un accord entre la société Darty et ses fournisseurs, ni qu'elles auraient été évoquées dans le cadre de leurs conventions commerciales, ni que la société Darty aurait tenu ses fournisseurs informés de l'existence, de l'étendue et des conditions tarifaires de la rétrocession de leurs produits à Caprofem, ni que ces derniers auraient eu connaissance des conditions de rétrocession de leurs produits à la société Caprofem. Par conséquent, le Conseil a considéré qu'à supposer même que Darty ait répercuté à Caprofem des ristournes auxquelles celle-ci ne pouvait prétendre, un tel comportement ne pouvait être qualifié d'entente anticoncurrentielle entre Darty et ses fournisseurs (02-D-67).

Dans une affaire relative à la distribution des produits de la société Apple, le Conseil de la concurrence a été saisi par un distributeur, la société AWS, d'un certain nombre de pratiques que ce dernier estimait revêtir un caractère anticoncurrentiel.

La société AWS contestait, en premier lieu, la renégociation imposée par la société Apple des contrats de distribution au cours de leurs relations commerciales. Le Conseil a rappelé, sur ce point, qu'un fabricant est libre de modifier la structure de son réseau de distribution comme il l'entend sans que ses cocontractants bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation.

En deuxième lieu, AWS soutenait que les conditions commerciales plus favorables consenties par la société Apple à la grande distribution et la prise en charge par Apple de la formation des vendeurs, constituaient une discrimination positive en faveur de ce canal de distribution. Cependant, d'une part, aucun élément du dossier ne permettait de considérer que l'octroi des avantages contestés ne constituait pas la contrepartie de services spécifiques rendus au fabricant par la grande distribution, d'autre part, s'agissant d'avantages particuliers accordés à la grande distribution à l'occasion du lancement de *«l'e-book»*, les éléments du dossier démontraient qu'en raison d'une pénurie de matériel, Apple avait choisi de privilégier les revendeurs directs ayant le plus investi dans la promotion du produit et, notamment, la grande distribution. En conséquence, le Conseil a décidé que cette différence de traitement, qui résultait d'une adaptation de la société Apple à une situation commerciale donnée, se trouvait justifiée et ne pouvait constituer une pratique anticoncurrentielle au sens des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce.

En troisième lieu, la société AWS faisait valoir qu'elle n'avait jamais eu droit à des remises pourtant accordées par Apple à des concurrents et que celle-ci avait, en outre, refusé de lui communiquer ses conditions de remise. Cependant, les pièces fournies par les parties ne permettaient de relever aucun traitement discriminatoire à l'égard de la société AWS en ce qui

concerne l'octroi des remises. S'agissant du refus de communication des conditions de certaines remises, le Conseil a relevé que si ce refus n'était pas contesté, il avait été expliqué par les mauvaises relations existant entre Apple et AWS, et qu'il n'était pas établi que ce refus ait eu des conséquences négatives pour la société AWS qui, compte tenu de l'ancienneté de ses relations avec Apple, avait nécessairement connaissance des conditions à remplir pour l'octroi des remises spécifiques.

Enfin, AWS affirmait que la société Apple aurait sélectionné discrétionnairement les distributeurs auxquels elle accordait une assurance de leur stock au cas où une baisse des prix serait décidée par le producteur, ce système permettant de garantir les risques attachés aux changements de tarification des matériels, fréquents dans le secteur informatique. Sur ce point, les éléments du dossier démontraient que la société AWS, revendeur indirect, ne pouvait bénéficier de ces avantages réservés aux vendeurs directs et que si, exceptionnellement, certains vendeurs indirects avaient pu bénéficier de cette assurance, l'avantage ainsi consenti avait été justifié par les volumes importants de matériels Apple achetés par ceux-ci, sans qu'en tout état de cause, un effet sensible sur le fonctionnement de la concurrence puisse être constaté (02-D-56).

● Les ententes sur les prix

Par ailleurs le Conseil a examiné plusieurs cas d'espèce dans lesquels étaient reprochées des ententes entre fournisseurs et distributeurs relatives aux prix de vente au public.

Dans la décision 02-D-39, relative aux pratiques mises en œuvre par les sociétés Sony et Toshiba dans le secteur des ordinateurs portables, le Conseil a rejeté la saisine de la société Concurrence dénonçant, notamment, une entente tarifaire entre les sociétés Sony France, Toshiba et un certain nombre de grossistes et de grands distributeurs. La saisine, à l'appui de ses allégations, faisait état, de divers catalogues des sociétés Sony France ou Toshiba (comportant, d'une part, des «prix publics», d'autre part, des documents publicitaires de la société Toshiba sur lesquels étaient mentionnés des «prix d'achat généralement constatés chez les grossistes participant à l'opération») et du site Internet de la société Sony qui comportait des prix de vente au public.

Le Conseil a rappelé que les prix peuvent être licitement mentionnés dans des catalogues ou des publicités, dès lors qu'ils ne correspondent pas à des prix imposés ou à des prix résultant d'une entente anticoncurrentielle. Par ailleurs, il a estimé qu'il ne pouvait être reproché à un fournisseur de mentionner sur son site Internet de vente au détail, les prix de vente de ses produits, alors même qu'il s'agit d'une obligation réglementaire résultant notamment des dispositions de l'article L. 113-3 du code de la consommation (02-D-39).

Dans sa décision 02-D-42 relative à la distribution d'appareils électroménagers et audiovisuels, le Conseil de la concurrence a sanctionné une entente sur les prix des sociétés Akaï et Thomson et leurs principaux distributeurs FNAC, Darty, Euromarché, Connexion et Conforama.

Dans cette affaire, une enquête de grande envergure avait établi que plusieurs distributeurs répartis sur tout le territoire national, pratiquaient des prix identiques (ou très proches) pour plusieurs références de la marque Akaï, que ces prix allaient en décroissant dans le temps au rythme de l'obsolescence technique ou commerciale et que chaque diminution de prix, quasi-simultanée pour l'ensemble des distributeurs, conduisait ceux-ci à adopter un nouveau prix de vente au détail.

Après avoir rappelé qu'en droit de la concurrence une entente entre un fournisseur et ses distributeurs n'est établie qu'à la condition que soit rapportée la preuve d'une concertation et d'un accord de volonté entre eux, le Conseil a énoncé les indices qui peuvent être retenus à ce sujet : d'une part, des éléments permettant de penser que des prix de vente au détail ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre ces fournisseurs et ces distributeurs ; d'autre part, le fait que les prix ainsi déterminés auraient effectivement été pratiqués par ces distributeurs, ceci traduisant l'existence d'un accord de volontés et donc d'une entente ; enfin, des éléments démontrant qu'un système de contrôle des prix aurait été mis en place, un tel système étant, en général, nécessaire au fonctionnement durable d'une entente sur les prix.

Pour chacun des distributeurs sanctionnés, le Conseil a relevé que les prix de vente déterminés lors des négociations commerciales avec la société Akaï France ont été, le plus souvent, effectivement pratiqués dans les magasins du distributeur en cause et contrôlés par la société Akaï. Il a considéré qu'était donc établi l'accord de volontés des deux parties sur une entente de prix au détail, ce qui constitue une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

En outre, le Conseil a relevé que cette pratique était consolidée par la politique commerciale et publicitaire mise en œuvre par les parties. En effet, l'uniformité des prix était contrôlée, à la fois par le fabricant, par le biais de ses forces commerciales et par les distributeurs eux-mêmes, d'une part, au moyen de la clause de remboursement aux consommateurs de la différence de prix (dans le cas où ceux-ci signaleraient qu'un même produit était offert à un prix moins élevé par un distributeur voisin), d'autre part, au moyen de la diffusion de catalogues et de publicités nationales ou locales qui permettaient aux distributeurs de s'assurer du respect généralisé des prix ainsi convenus.

La même décision a également sanctionné une entente de même nature entre le fabricant Thomson et le distributeur par correspondance Camif, dans le cadre de laquelle les prix de vente des produits du groupe Thomson (marques Thomson, Brandt, Saba, Téléfunken) par la Camif à ses adhérents étaient fixés d'un commun accord entre les deux parties, lors de négociations commerciales, bien avant l'impression et la diffusion du catalogue de vente par correspondance.

En revanche, le Conseil de la concurrence n'a pas retenu le grief d'entente sur les prix de détail entre le fabricant Samsung et certains de ses distributeurs en raison de l'absence de relevés de prix significatifs démontrant la mise en œuvre de l'entente (02-D-42) (Voir analyse développée dans Avis et Décisions les plus notables).

Dans sa décision 02-D-56, relative aux relations des sociétés AWS et Apple, le Conseil a examiné la pratique de la société Apple lui permettant de connaître les prix de vente de ses revendeurs. Il a précisé à ce sujet qu'une telle pratique n'est pas prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce dans la mesure où il n'était ni allégué ni établi que cette société aurait utilisé les informations recueillies pour exercer une quelconque influence ou un quelconque contrôle au niveau des prix.

Autres restrictions verticales

Des clauses d'exclusivité, contenues dans des contrats entre partenaires économiques situés l'un en amont, l'autre en aval d'un processus économique, ne sont pas en soi répréhensibles, à moins qu'elles ne constituent une entente anticoncurrentielle visant à empêcher une entreprise d'accéder au marché ou à l'en exclure, ou encore, lorsqu'imposées par une entreprise en position dominante, elles constituent une mesure limitant l'accès au marché d'autres opérateurs.

Le Conseil de la concurrence a eu à traiter une question de cette nature dans sa décision 02-D-03 statuant sur la saisine de la société Technic Publicité dénonçant des pratiques d'entente mises en œuvre par la société Médiavision sur le marché de la publicité cinématographique locale et consistant dans la conclusion avec les exploitants de salles de cinéma de contrats lui confiant l'exclusivité de la publicité sur leurs écrans.

Dans la mesure où aucun élément du dossier ne permettait de remettre en cause l'analyse précédemment effectuée, le Conseil a repris les principes énoncés dans un avis de la Commission de la concurrence, en date du 14 décembre 1984. Cet avis avait précisé, qu'eu égard au temps limité susceptible d'être accordé à la projection de la publicité au cours d'une séance de cinéma, l'exclusivité était inhérente à la concession d'écrans de cinéma, sous réserve que sa durée n'impose pas à l'exploitant d'aliéner pendant trop longtemps la possibilité de contracter avec une autre régie susceptible de lui assurer un meilleur service ou de lui offrir des redevances d'un montant supérieur. Dans ce même avis, la Commission de la concurrence avait estimé qu'une durée de deux ans environ, renouvelable par tacite reconduction, paraissait adaptée aux exigences de la concurrence.

Dans l'espèce qui lui était soumise, le Conseil a considéré que les contrats en cause respectaient ces principes. Par ailleurs, les données économiques du dossier démontraient que la clause d'exclusivité, figurant dans les contrats-type de régie publicitaire, ne constituait pas une barrière à l'entrée sur le marché de la publicité, cinématographique locale. En effet, le chiffre d'affaires réalisé sur ce marché par les sociétés concurrentes de Médiavision était en constante progression et il ressortait des débats que cette dernière renonçait à lier l'exclusivité de la publicité cinématographique nationale à celle de la publicité cinématographique locale, lorsque l'exploitant d'une salle le demandait. En conséquence, le Conseil a rejeté la saisine, faute d'éléments suffisamment probants (02-D-03).

Toutefois cette décision a été réformée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 24 septembre 2002, qui a considéré qu'il n'était pas exclu qu'un

abus de position dominante puisse être constitué dans cette affaire en raison du lien existant entre la publicité nationale et la publicité locale, sans que l'exclusivité stipulée dans les contrats ne distingue les deux prestations.

■ Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels

Aux termes de l'article L. 420-2 du code de commerce (ancien article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986) : *«Est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci. 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.*

Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6».

210

Les abus de position dominante

L'application de l'article L. 420-2, 1^{er} alinéa, du code de commerce relatif aux abus de position dominante se décompose en trois étapes. Il convient, dans un premier temps, de délimiter le marché pertinent, sur lequel l'entreprise ou le groupe d'entreprises en cause opèrent, et, dans un deuxième temps, de déterminer la position que ces dernières occupent sur ce marché puis, 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.

Ainsi qu'il l'a énoncé dans sa décision 02-D-24, le Conseil ne peut examiner les pratiques prétendument abusives mises en œuvre par une entreprise, dès lors qu'il constate que celle-ci n'est pas en position dominante sur un marché.

S'agissant de la détermination du marché pertinent, le lecteur est invité à se reporter aux développements consacrés à cette notion au chapitre relatif aux marchés pertinents, *supra*.

L'appréciation de la position dominante

La jurisprudence, tant interne que communautaire, définit la position dominante comme étant la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents (02-D-61).

Une telle position peut résulter de différents facteurs caractérisant le marché lui-même ou l'entreprise, comme la détention, soit d'un monopole légal ou de fait sur une activité, soit de parts de marché substantielles : une telle position peut aussi résulter de l'appartenance à un groupe de grande envergure, de la faiblesse des concurrents, de la détention d'une avance technologique ou d'un savoir-faire spécifique.

Ainsi, dans une affaire relative à des pratiques relevées lors de l'attribution du marché d'exploitation de la décharge de Bagnols-en-Forêt, le Conseil a pris en compte, pour apprécier la position sur le marché de l'entreprise MOS, les éléments relatifs à « (...) *sa position économique au regard de celle de ses concurrents admis (...) à présenter une offre au plan régional, voire national* » (02-D-61).

Les situations de monopole de droit ou de fait

Une société, autorisée par arrêté préfectoral à créer et à exploiter une hélistation sur une parcelle du domaine public maritime détient, en tant que titulaire de l'autorisation publique, le monopole de l'exploitation de l'hélistation. Cette société se trouve en position dominante sur le marché des prestations fournies sur cette installation, dont l'accès est indispensable aux sociétés qui souhaitent exercer une activité de transport par hélicoptère sur la ligne desservie par cette hélistation (02-D-16).

Electricité de France (EDF), qui disposait, à l'époque des faits, d'un quasi-monopole sur la production et la distribution d'électricité résultant en partie de dispositions légales, détenait une position dominante sur le marché de l'électricité (02-D-34).

Sans qu'il leur soit attribué par la loi, des entreprises peuvent détenir ou acquérir un monopole de fait. Tel est le cas, notamment, des opérateurs historiques sur un marché, qui détenaient, avant l'ouverture de ce marché à la concurrence, un monopole légal, ou des entreprises qui se sont trouvées à l'origine du développement d'une activité.

Cette situation s'observe, notamment, sur le marché des télécommunications. Dans les deux affaires relatives aux conditions d'accès à Internet à haut débit (via l'ADSL), le Conseil a considéré que la société Wanadoo Interactive (filiale de France Telecom) détenait une position dominante eu égard, notamment, à sa part de marché évaluée entre 70 et 90 %. Il a repris sur ce point l'avis rendu sur les pratiques en cause par l'ART, qui avait relevé que France Télécom demeurait en situation de quasi-monopole sur le marché de l'acheminement des communications Internet par l'ADSL, tant en ce qui concerne l'accès à l'abonné, du fait du retard du dégroupage de la boucle locale, qu'en ce qui concerne le transport des flux de tra-

fic, segment sur lequel les autres opérateurs de télécommunications peuvent en principe proposer aux fournisseurs d'accès une offre concurrente, mais qui en réalité, ne détiennent qu'une part très marginale (inférieure à 1 %) du parc total (02-D-38 et 02-D-40).

Dans le cadre d'une saisine dénonçant des pratiques mises en œuvre par l'Institut géographique national (IGN), le Conseil a considéré que ce dernier détenait sur le marché amont des fonds topographiques français un monopole de fait, et qu'il effectuait sur le marché aval des cartes, guides et documents destinés à la randonnée et au tourisme environ 75 % des ventes de cartes et guides destinés à la randonnée et 30 % de ceux destinés au tourisme. Il en a conclu qu'il n'était pas exclu que l'IGN détienne une position dominante sur ces deux marchés (02-MC-02).

Sur le marché du traitement des coupons de réduction, le Conseil a constaté une situation de quasi-monopole de fait au bénéfice de la société Sogec Gestion, dans la mesure où 1 173 fabricants et enseignes adhèrent à cette banque de coupons qui traite annuellement la quasi-totalité des bons de réduction, ce qui permet à la société de détenir une part de plus de 97 % du marché. Dans ce cadre, le Conseil a aussi relevé la notoriété de la société considérée comme un opérateur quasi incontournable du marché, ainsi que la lenteur du développement de la concurrence, aucun des leaders mondiaux du secteur n'étant parvenu à entrer sur le marché français, en dépit des tentatives de certains clients, dont beaucoup sont des entreprises de très grande taille (02-D-33) (Voir aussi Décisions les plus notables, *supra*).

L'appréciation de la position dominante individuelle

● Situation constitutive d'une position dominante

Dans le secteur des télécommunications

Dans sa décision 02-D-69, le Conseil a relevé que la société Orange, filiale de France Télécom, détenait, en termes de clientèle de téléphonie mobile, une part de marché évaluée, selon l'origine des données, à 49,6 % au moins. En termes de chiffre d'affaires de la téléphonie mobile de détail en France métropolitaine, cette part s'était élevée à 43,1 %, ce qui représentait un revenu par client moindre pour cette société que celui de ses concurrents. Cependant, au montant relatif de ces parts de marché, s'ajoutaient un certain nombre d'éléments et de circonstances qui ont conduit le Conseil à estimer que la société Orange se trouvait en position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile GSM en France métropolitaine.

En effet, le Conseil a relevé que, sur le plan de la commercialisation de ses services, la société Orange disposait d'une exclusivité auprès des 650 agences de France Télécom. Outre l'avantage concurrentiel que cette exclusivité pouvait lui conférer, Orange bénéficiait, de surcroît, des services de la branche «*Entreprises*» de France Télécom. Par ailleurs, l'antériorité du déploiement de son réseau a permis à Orange d'avoir complété sa couverture avant ses concurrents. L'amortissement plus avancé de son

réseau, ainsi que l'étendue de son parc lui conféraient, de plus, un avantage en termes de coûts moyens de ses services. Enfin, le Conseil a relevé que le caractère dominant de la position d'Orange était confirmé par le fait qu'en dépit d'un niveau de prix supérieur à celui de ses concurrents, sa part de marché en nombre de clients s'était maintenue.

Dans les secteurs de l'audiovisuel et du cinéma

Dans une affaire concernant le marché français de la diffusion des chaînes par satellite, le Conseil a apprécié la position dominante de la société CanalSatellite, filiale du groupe Canal Plus, au regard des parts détenues par cette société sur le marché pertinent, mais aussi de l'intégration verticale du groupe Canal Plus, présent dans l'activité de production cinématographique, d'édition de programmes, de télédistribution par câble, par satellite et par voie hertzienne, dans le marché d'achat des droits de diffusion et enfin, dans le secteur des technologies numériques d'accès conditionnel et d'interactivité (02-MC-01).

Sur le marché de la distribution des services techniques nécessaires à la télévision numérique hertzienne (opérations techniques de transmission et de diffusion auprès du public des programmes de télévision), qui comprend, notamment, le multiplexage et l'assemblage des signaux, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que la société TDF détienne une position dominante en raison de ses positions sur plusieurs marchés connexes. En effet, TDF est titulaire d'un monopole légal sur le marché de la diffusion et de la transmission des programmes des chaînes du service public par tous procédés analogiques de télécommunication et, de plus, elle dispose d'un monopole de fait sur le marché de la fourniture de services de diffusion et de transmission des chaînes nationales privées généralistes (02-MC-04) (cf. Décisions les plus notables, *supra*).

S'agissant du secteur de la publicité dans les salles de cinéma, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que la société Médiavision se trouve en position dominante sur le marché cinématographique national et sur le marché connexe de la publicité cinématographique locale en se fondant, de première part, sur la part de 60 % des recettes réalisées sur le premier de ces marchés détenu par cette société, de deuxième part, sur le fait que les contrats proposés par Médiavision aux exploitants de salles de cinéma portent sur les deux types de publicité, de troisième part, sur l'appartenance de cette société au groupe Publicis qui occupe le quatrième rang national des régies publicitaires et, enfin, sur l'évolution importante de son chiffre d'affaires et de ses résultats entre 1998 et 2000 (02-D-03).

Dans d'autres secteurs

Examinant des pratiques dénoncées dans le cadre de l'immatriculation des véhicules poids lourds d'occasion, le Conseil a considéré, dans ses décisions 02-D-31 et 02-D-32, qu'il n'était pas exclu, en l'état de l'instruction, que chaque constructeur de véhicules poids lourds, qui délivre des attestations de conformité pour les véhicules de sa marque (indispensables à toute immatriculation en France de véhicules importés de l'étranger ; les autres modes d'obtention de tels certificats ne constituant pas une réelle alterna-

tive), détienne une position dominante sur le marché des attestations de conformité pour les véhicules poids lourds d'occasion de sa propre marque.

● Situation non constitutive d'une position dominante

Dans l'affaire relative au marché des implants rachidiens, le Conseil a estimé que la situation de l'entreprise Medtronic, dont les parts de marché se situaient entre 30 et 40 %, ne constituait pas une position dominante, au motif qu'il existait, sur le marché, des concurrents dont les parts étaient proches des siennes. A cet égard, le Conseil a retenu que le nombre de concurrents sur les marchés mondiaux et européens, ainsi que l'intensité de la recherche et de l'innovation dans ce secteur, empêchaient le groupe Medtronic de s'abstenir de la concurrence (02-D-35).

L'appréciation de la position dominante collective

● Situation constitutive d'une position dominante collective

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, le Conseil a fait application des principes énoncés par la jurisprudence européenne, notamment, dans les arrêts *Italiana Verro Spa* (TPICE 10 mars 1992, aff. T-68/89, T-77/89 et T-78/89, Rec. II p. 1403) et *Gencor* (TPICE 25 mars 1999, aff. T-102/96, *Gencor*, Rec. II, p. 1375) rendus par le tribunal de Première instance des Communautés européennes, pour analyser la position des sociétés Compagnie générale des eaux (CGE) et Lyonnaise des eaux (SLDE) sur le marché national de la gestion déléguée du service de distribution d'eau et sur le marché national de la gestion déléguée de l'assainissement.

Pour qualifier la position dominante collective de ces deux entreprises, le Conseil a recherché si la situation était celle d'un oligopole restreint formé par des entreprises liées de façon structurelle sur un marché comportant des caractéristiques de concentration, de transparence et d'homogénéité du produit, dans le cadre duquel les entreprises sont en mesure de prévoir leurs comportements réciproques et sont donc fortement incitées à aligner leurs comportements, de façon, notamment, à maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix.

A cet égard, le Conseil a relevé que les trois principales entreprises du marché détenaient ensemble entre 98 et 99 % des parts de marché de la distribution de l'eau et de l'assainissement, constituant ainsi un oligopole restreint et que les deux sociétés les plus importantes de cet oligopole, la Compagnie générale des eaux (CGE) et la société Lyonnaise des eaux (SLDE) avaient créé ensemble des entreprises communes constitutives de liens structurels entre elles.

S'agissant du produit, le Conseil a constaté qu'il était caractérisé par l'inélasticité de la demande par rapport au prix et qu'il répondait, sur l'ensemble du territoire national, à des critères de qualité uniformes lui conférant un caractère homogène.

S'agissant des marchés, le Conseil a relevé que celui-ci était peu concurrentiel. En effet, en premier lieu, la part de marché cumulée des entreprises

était restée à la fois très élevée et très stable au cours des 27 dernières années. En deuxième lieu, si occasionnellement de petits opérateurs avaient remporté un marché, leur part demeurait extrêmement modeste. En troisième lieu, peu d'entreprises étrangères participaient aux appels à candidature. En quatrième lieu, une grande permanence des attributaires des marchés était constatée.

Enfin, le Conseil a constaté que les comportements de la CGE et de la SLDE étaient parallèles et prévisibles dans les zones où elles possédaient des entreprises communes (02-D-44) (cf. Décisions les plus notables, *supra*).

● Situation non constitutive d'une position dominante collective

En revanche, dans une affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des tuyaux de gaz flexibles, le Conseil n'a pas retenu la position dominante collective des sociétés Boa AG et Gazinox, après avoir examiné les liens structurels qui les unissaient.

En l'espèce, il a pris en considération le fait que les sociétés Gazinox et Boa AG étaient liées par un contrat d'exclusivité réciproque, que Boa AG détenait une participation au capital de Gazinox ainsi qu'un siège au conseil d'administration de cette société, que Boa AG avait pu adapter sa politique commerciale en fonction de données fournies par la société Gazinox et enfin, que la société Le Boa, filiale de la société Boa AG, avait effectué, pour le compte de cette dernière, un suivi régulier des activités de la société Gazinox.

En effet, la participation de 10 % dans le capital de Gazinox, même complétée par un siège à son conseil d'administration, était dépourvue de voix délibérative et les engagements réciproques de Gazinox et Boa AG, tels que définis dans le contrat d'approvisionnement et de distribution exclusifs, laissaient néanmoins à Gazinox la possibilité de renoncer unilatéralement à l'exclusivité de commercialisation ou d'approvisionnement. Par ailleurs, si les engagements réciproques traduisaient l'accord des deux entreprises sur un partage du profit de monopole tant que leurs produits étaient les seuls présents sur le marché, dès l'apparition de produits concurrents, les intérêts à moyen terme des parties étaient devenus fondamentalement divergents et ne pouvaient qu'entraîner l'application de stratégies différentes. Enfin, l'évolution des parts de marché des sociétés Boa AG et Gazinox entre les années 1997 et 1998 démontraient que ces sociétés n'avaient manifestement pas disposé d'un pouvoir de marché tel qu'il leur aurait permis de conserver leurs parts de marché et marges commerciales (02-D-68).

Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante

La simple détention d'une position dominante sur un marché n'est pas en soi répréhensible au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce (02-D-40). La qualification d'une pratique au regard de ce texte ne peut intervenir que dans la mesure où elle sera considérée comme abusive.

Une proportion significative des affaires dans lesquelles est en cause un abus de position dominante supposé, donne lieu à une demande de mesures conservatoires. Les décisions rendues sur ces demandes se prononcent, sur la présence éventuelle d'abus de position dominante, après un examen rapide. En employant la formule «*il n'est pas exclu que*» le Conseil souligne qu'à la suite de l'instruction approfondie du fond de l'affaire, il pourra éventuellement porter une appréciation différente. Il a paru utile d'indiquer ici les principaux enseignements à tirer de ces décisions. L'usage des formules «*il n'est pas exclu que*» ou «*est susceptible de*» permet au lecteur de savoir que l'analyse de l'affaire n'a pas donné lieu à une instruction au fond approfondie.

Les pratiques ayant été qualifiées d'abusives

L'article L. 420-2 du code de commerce comporte une liste non limitative des pratiques pouvant être qualifiées d'abusives, telles que le refus de vente, la vente liée, les conditions de vente discriminatoires ou la rupture de relations commerciales établies, au seul motif que le partenaire refuse de se soumettre à des conditions commerciales injustifiées. Cependant, la jurisprudence comporte bien d'autres exemples de pratiques abusives mises en œuvre sur le marché par des entreprises en position dominante.

Comme c'est généralement le cas, la majorité des abus de position dominante constatés et sanctionnés par le Conseil visaient à restreindre ou à exclure des concurrents du marché. Les cas d'abus d'exploitation (une entreprise utilise sa position dominante pour pratiquer des prix excessifs ou refuser de fournir ses clients) sont plus rares.

● Pratiques commerciales et contractuelles visant à entraver ou à empêcher l'entrée d'opérateurs sur un marché

- l'imposition systématique, dans ses contrats avec les fabricants, par la société Sogec Gestion en position dominante sur le marché du traitement des coupons de réduction, d'une clause d'exclusivité reconductible tacitement et sans justification technique ou commerciale ;
- la rétention par cette même société des codes permettant l'impression de bons à rembourser, afin de faire pression sur les fabricants, émetteurs des coupons de réductions, lorsque ceux-ci souhaitaient ne pas renouveler leur contrat ;
- la proposition de fourniture gratuite aux distributeurs d'appareils de lecture de coupons intégrant un logiciel ne reconnaissant que le code de la société en position dominante. Cette offre, qui était accompagnée de propositions tarifaires incitant les magasins à s'équiper de ce logiciel, cherchait ainsi à entraver l'arrivée de concurrents sur le marché. Bien que cette proposition n'ait pas été suivie par les distributeurs, le Conseil a considéré qu'elle revêtait un objet anticoncurrentiel et avait pu produire un effet anticoncurrentiel, dans la mesure où elle accréditait l'idée que le recours à un concurrent de la société dominante était source de complications et de risques pour les fabricants annonceurs (02-D-33) (cf. Décisions les plus notables, *supra*) ;

- la pratique consistant pour la SNCF à accorder à un partenaire, le groupe Accor, une exclusivité qui constitue pour ce groupe un avantage déterminant sur le marché sur lequel il opère, sans qu'il soit possible, en l'état de l'instruction, de s'assurer que les conditions financières du contrat correspondent à une juste rémunération du service rendu par la SNCF, est susceptible de constituer un abus de position dominante (02-MC-05) ;
- l'offre de partenariat présentée par France Télécom aux fournisseurs d'accès à Internet consistant à commercialiser dans les enseignes de la grande distribution des packs associant leur logo à la mention «*La ligne ADSL de France Télécom*» et assortis de conditions d'assistance spécifiques et de conditions tarifaires et de commissionnement encadrées par elle. Une telle offre peut, en ce qu'elle conduit à imposer aux fournisseurs d'accès à Internet un prix minimum du service à leurs clients et un niveau de rémunération commun des enseignes de la grande distribution, constituer un obstacle à la libre fixation par les fournisseurs d'accès à Internet du prix de leurs prestations. A ce titre, le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu que la pratique puisse avoir pour objet ou pour effet de limiter la concurrence pour la fourniture de services Internet à haut débit et constituer un abus de position dominante (02-MC-03) (cf. Décisions les plus notables, *supra*) ;
- le fait, pour l'Institut Géographique National (IGN) d'opérer des répartitions de marché géographique entre ses distributeurs afin d'éviter toute surenchère de réductions de prix par ces derniers, est susceptible de constituer un abus de position dominante (02-MC-02).
- la pratique de TDF, qui détient une position dominante sur les marchés connexes à celui de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre, d'apporter des réponses incomplètes et imprécises aux demandes d'Antalis concernant les conditions techniques et économiques d'hébergement sur ses sites de diffusion (pylônes) et de pratiquer des prix d'accès à ses infrastructures à un niveau élevé, est susceptible de revêtir un caractère abusif (02-MC-04).

● **Pratiques tarifaires visant à entraver ou empêcher l'entrée sur le marché de concurrents**

- l'octroi de ristournes non-contractuelles et rétroactives, destinées à maintenir des relations d'exclusivité à l'expiration des contrats, afin d'empêcher l'accès d'un concurrent sur le marché (02-D-33) ;
- la pratique de l'IGN consistant, alors qu'il bénéficie de subventions publiques, à fixer des prix bas sur les marchés sur lesquels il est en concurrence, est susceptible de constituer un abus de position dominante, de même que le fait de ne pas élaborer des conditions générales de vente (02-MC-02) ;
- la pratique consistant de la part de TDF à pratiquer des prix d'accès à ses infrastructures à un niveau élevé est susceptible de revêtir un caractère abusif (02-MC-04) ;
- le fait, pour un opérateur en position dominante, de pratiquer des différences de prix non justifiées par des différences de coût de revient des services concernés et qui pourraient donc être discriminatoires, est susceptible de constituer un abus si cette pratique a pour objet ou peut avoir

pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché concerné.

C'est au regard de ce principe que le Conseil a examiné les saisines et les demandes de mesures conservatoires présentées à l'encontre de la pratique de la société Orange consistant à surfacturer les appels destinés aux lignes mobiles des opérateurs concurrents. Il a estimé, d'une part, que cette pratique était susceptible d'avoir pour effet de restreindre le volume des appels passés par les clients de la société Orange à destination des réseaux concurrents. Elle pouvait, d'autre part, influencer sur le choix des clients lors du premier achat ou d'un renouvellement, dans la mesure où ceux-ci seront désormais susceptibles de tenir compte des réseaux auxquels appartiennent leurs principaux correspondants. Enfin, elle pouvait limiter l'interopérabilité des réseaux et donc favoriser le plus grand des parcs, les clients valorisant la possibilité d'appeler et d'être appelés par le plus grand nombre possible de correspondants ; cet effet pouvant être renforcé par l'importance de la part de marché détenue par la société auteur de ces pratiques. En conséquence, le Conseil a considéré que la politique tarifaire dénoncée pourrait, sous réserve d'une instruction au fond, être constitutive d'un abus de position dominante.

Cependant, la société Orange ayant renoncé à l'application de toute différenciation tarifaire en cours de procédure, avant que l'affaire ne soit examinée par le Conseil, celui-ci a estimé que, compte tenu de sa durée limitée, les effets potentiels de la pratique n'avaient pas eu le temps matériel de se développer, de telle sorte qu'elle n'avait pu restreindre de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché concerné (02-D-69). Cette position constitue une application des principes énoncés par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt du 12 janvier 1999, Zannier.

● **Refus de vente ou de contracter afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché**

- le refus opposé par la société CanalSatellite, en position dominante sur le marché français de la diffusion des chaînes par satellite, d'attribuer à la société Canal Europe Audiovisuel qui exerce une activité d'édition de programmes de télévision satellitaire francophones non cryptés, un numéro fixe permettant une bonne réception de la chaîne auprès du public est susceptible de constituer un abus de position dominante (02-MC-01) ;
- la pratique de l'IGN consistant à opposer des refus de vente dans le cadre de son activité en monopole, aux entreprises avec lesquelles il est concurrence sur le marché aval, est susceptible de constituer un abus de position dominante (02-MC-02).

● **Pratiques discriminatoires**

- les attributions discriminatoires par la société CanalSatellite, en position dominante sur le marché français de la diffusion des chaînes par satellite, des numéros fixes permettant une bonne réception de la chaîne auprès du public, sont susceptibles de constituer un abus de position dominante (02-MC-01) ;

- créent une discrimination structurelle entre les opérateurs, au profit de Wanadoo, susceptible de constituer un abus de position dominante (02-MC-03) :
 - la mise en place par France Télécom d'outils permettant la continuité des opérations de vérification de l'éligibilité à l'ADSL des lignes téléphoniques des clients potentiels ;
 - la mise en place d'une procédure de passation des commandes pour la mise en service des connexions ADSL à partir de ses agences commerciales, dont ne peuvent bénéficier dans les mêmes conditions les concurrents de sa filiale Wanadoo ;
 - les délais dans lesquels France Télécom a proposé aux concurrents de Wanadoo, un système d'information et de commandes compatibles avec une distribution de masse et comportant les mêmes conditions de fiabilité et de sécurité (cf. Décisions les plus notables, *supra*).

● Pratiques mises en œuvre dans le cadre de marchés publics

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de la distribution de l'eau potable et de l'assainissement, le Conseil a considéré que le fait, pour les sociétés CGE et SLDE, d'avoir mis en commun sans justification, leurs moyens, à travers la création de filiales communes, pour répondre à des appels à concurrence et de s'être abstenues de faire acte de candidature lorsque l'une de leurs entreprises communes avait répondu à un appel à candidature, constituait un abus de leur position dominante collective.

Le Conseil a en effet considéré qu'en renonçant très largement à répondre aux appels d'offres, en cas de soumission de leurs entreprises communes, ces entreprises ont sensiblement limité l'intensité de la concurrence. Cette abstention a eu ainsi pour effet, d'une manière générale, d'exclure du jeu de la concurrence, dans les zones d'influence de chacune des entreprises communes en cause, les deux sociétés mères, c'est-à-dire les principaux acteurs du marché et ceci, alors qu'elles n'établissaient pas la nécessité d'une concentration de leurs capacités techniques. Au contraire, il apparaissait constant que chacune des deux sociétés mères était, compte tenu de leurs capacités financières et techniques propres, en mesure de répondre seule aux appels d'offres lancés par les collectivités locales.

Par ailleurs, le Conseil a estimé que, compte tenu du degré de concentration des opérateurs sur les marchés, ces sociétés ne pouvaient ignorer qu'un tel comportement était susceptible d'affecter sensiblement la concurrence. Il a donc considéré comme établi que la pratique qui avait produit des effets anticoncurrentiels résultant de la limitation volontaire du nombre d'offres actifs dans la zone d'influence des entreprises communes avait aussi un objet anticoncurrentiel (02-D-44) (cf. Décisions les plus notables, *supra*).

Les pratiques n'ayant pas été qualifiées d'abusives

● Pratiques commerciales et contractuelles visant à entraver ou à empêcher l'entrée d'opérateurs sur un marché

Dans sa décision 96-D-51 relative à des pratiques de la société Héli-inter assistance, le Conseil de la concurrence avait précisé que constituait une pratique ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence : *«Le fait pour l'exploitant d'une structure essentielle de refuser de façon injustifiée l'accès à cette dernière à ses concurrents ou de ne leur permettre cet accès qu'à un prix abusif, non proportionné à la nature et à l'importance des services demandés, non orienté vers les coûts de ces services et non transparent, leur interdisant ainsi de faire des offres ou de réaliser des marchés dans des conditions compétitives avec les siennes»*.

Dans une affaire similaire relative aux conditions d'accès à l'hélistation de Cannes-Palm Beach, exploitée par la société Héli-inter Riviera (concessionnaire exclusif qui exerçait, parallèlement, une activité de transports en hélicoptère sur la ligne reliant Nice à Cannes, en concurrence avec la société Nice Hélicoptère), le Conseil de la concurrence n'a pas retenu d'abus de position dominante. Il a en effet estimé que, ne pouvaient constituer des abus :

- le refus initial opposé par le gestionnaire de l'hélistation d'implanter un bungalow nécessaire à l'accueil des clients de la société Nice Hélicoptère, qui était justifié au regard des termes de la concession d'occupation temporaire du domaine public. Par ailleurs, la société Héli-inter Riviera avait accompli les démarches administratives nécessaires à l'installation de ce bungalow qui avait finalement été mis en place dans un délai raisonnable ;
- l'imposition d'un préavis de vol plus long pendant la période d'hiver, dans la mesure où l'obligation faite au gestionnaire de garantir une possibilité permanente d'utilisation était remplie et que le nombre moindre de passagers durant cette période justifiait un préavis plus long en raison d'impératifs de gestion et de sécurité ;
- la suppression, par le gestionnaire, d'un portail, découpé d'initiative dans le grillage clôturant l'héliport par la société Nice hélicoptères, alors que les normes du cahier des charges n'autorisaient pas une telle entrée pour des contraintes de sécurité ;
- le montant de la redevance d'atterrissage fixée par la société Héli-inter Riviera, qui n'était pas appliquée de façon discriminatoire et ne revêtait pas de caractère abusivement excessif, ce qui était démontré par le fait que ce montant était, en toute hypothèse, insuffisant à couvrir les dépenses inhérentes au fonctionnement permanent de l'hélistation (02-D-16).

Le choix d'un mode de distribution relève de la libre appréciation du fournisseur, sous réserve que le refus opposé à un revendeur ne constitue pas, en raison des circonstances dans lesquelles il intervient, une pratique contraire aux règles de la concurrence. Un fournisseur demeure ainsi libre de modifier l'organisation de son réseau de distribution sans que ses clients bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation. Une telle modi-

fication ne constitue pas en elle-même une pratique anticoncurrentielle, dès lors que les revendeurs disposent, notamment, de la possibilité de s'approvisionner auprès du distributeur désigné par le fournisseur (02-D-26).

- **Pratiques tarifaires visant à entraver ou empêcher l'entrée sur le marché de concurrents**

La jurisprudence communautaire et interne qualifie d'abus, de la part d'une entreprise en position dominante, le fait d'empêcher des concurrents de pénétrer sur un marché ou de gêner l'activité de ceux qui s'y trouvent, en imposant à son client de lui acheter un volume de prestations injustifié, que ce dernier ne serait pas en mesure de discuter ou bien de fixer son prix à un niveau manifestement excessif.

Ainsi, une pratique de prix abusifs à l'égard de particuliers ou de professionnels, dans le cadre d'un monopole, peut être établie, s'il existe une disproportion manifeste entre ce prix et la valeur du service correspondant (CJCE General Motors 13 novembre 1975 et CJCE 11 novembre 1986 British Leyland). Il en est de même si une telle anomalie manifeste apparaît à la suite d'une comparaison effectuée sur une base homogène dans le cadre d'une analyse des composants du prix pratiqué (CJCE 14 février 1978 UBC, 13 juillet 1989 Tournier et décision du Conseil de la concurrence 00-D-27 du 13 juin 2000). Cependant, une telle pratique n'existe pas si la disproportion constatée comporte une justification (CJCE, 8 juin 1971, Deutsche Grammophon et CJCE, 13 juillet 1989, Tournier).

Dans une affaire mettant en cause l'État et l'Association pour les Fouilles Archéologiques Nationales (ci-après l'AFAN) qui dispose d'une position dominante sur le marché des fouilles archéologiques préventives, le Conseil de la concurrence a été conduit à s'interroger sur le caractère excessif d'un devis de travaux présenté par cette association. En l'absence d'une base de comparaison homogène, il s'est trouvé dans l'impossibilité de se prononcer sur le caractère anormalement élevé de ce devis de travaux présenté par l'AFAN. En effet, les concurrents de cette association n'avaient pu, faute d'avis positif préalable rendu par la commission interrégionale de la recherche archéologique, déposer de projet. Une offre concurrente avait pourtant été présentée par une société espagnole pour un montant très inférieur à celui proposé par l'AFAN. Le Conseil a estimé qu'il n'était pas possible de comparer ces deux offres, dans la mesure où les éléments du dossier ne permettaient pas d'établir que la différence de prix ne se justifiait pas par l'inadéquation des prestations ou par l'insuffisance scientifique du projet au prix le moins élevé (02-D-18).

- **Refus de vente ou de contracter afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché**

Un demandeur est libre de choisir ses fournisseurs en formulant certaines exigences techniques dans le respect de la réglementation en vigueur. Comme l'a déjà précisé le Conseil, notamment dans son rapport d'activité pour l'année 1991, la libre expression des choix par les demandeurs, joue un rôle crucial dans l'économie de marché en ce sens qu'elle oriente, si elle n'est pas mise en échec par des pratiques anticoncurrentielles émanant des

offreurs, les ressources vers les emplois qui sont les plus appréciés et permet ainsi d'obtenir l'efficacité du système économique.

En application de ce principe, le Conseil, dans le cadre de l'examen d'une saisine relative à des pratiques mises en œuvre par EDF dans le secteur de la construction et l'entretien de centrales nucléaires, a considéré qu'aucun élément du dossier ne montrait que cette entreprise aurait adopté un comportement visant à éliminer certaines sociétés du marché, notamment, en imposant des exigences techniques non justifiées, en adoptant certaines modalités de consultation ou en mettant en œuvre des conditions discriminatoires. Il a précisé sur ce point qu'en raison des responsabilités qui lui incombent en matière de sûreté nucléaire, l'exigence d'EDF que certains essais de matériels soient effectués sur des bancs d'essai agréés par elle, ou le fait d'écarter une société de certains marchés pour des considérations techniques ou l'absence de qualification ou d'agrément nécessaire, ne pouvaient revêtir un caractère manifestement excessif et abusif (02-D-65).

● Pratiques discriminatoires

Le refus de réintégration à une chambre professionnelle d'un postulant qui avait été radié pour non-paiement de ses cotisations, conformément aux statuts de l'organisation, ne revêt pas de caractère abusif, dès lors que ce refus a été motivé et qu'il repose sur un critère précis, objectif et non-discriminatoire (02-D-05).

● Introduction de procédures judiciaires

Le Conseil de la concurrence a été conduit, à plusieurs reprises, au cours de l'année 2002, à rappeler les conditions très strictes dans lesquelles une action en justice introduite par une entreprise en position dominante pourrait constituer une pratique abusive.

A cet égard, il a rappelé, d'une part, la décision de la Commission européenne, «*Promedia NV/Belgacom*», qui a précisé que «*le fait d'intenter une action en justice, expression du droit fondamental d'accès au juge, ne peut être qualifié d'abus, sauf si une entreprise en position dominante intente des actions en justice qui ne peuvent pas être raisonnablement considérées comme visant à faire valoir ses droits et ne peuvent dès lors servir qu'à harceler l'opposant, et qui sont conçues dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer la concurrence*», et d'autre part, l'arrêt n° 1675 rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 9 octobre 2001, qui précise que la preuve de l'intention de nuire doit être rapportée pour qu'un abus de droit puisse être qualifié.

En application de ces principes, le Conseil a considéré que ne constituaient pas des pratiques abusives :

- l'action judiciaire engagée devant le tribunal de commerce par la société Sofamor sur le fondement de la concurrence déloyale à l'encontre de son concurrent, la société Spinevision, pour avoir débauché certains de ses anciens chercheurs. Le Conseil a relevé à cet égard que la société Spinevision avait été fondée par un ancien salarié de Sofamor et comptait parmi ses inventeurs trois anciens chercheurs ou techniciens de cette

même société, que les deux sociétés interviennent dans le même domaine et, enfin, que le produit développé par Spinevision constitue une amélioration du produit de Medtronic (02-D-35) ;

- les procédures judiciaires en concurrence déloyale, intentées par les sociétés Exposium et Havas, qui ont abouti à un jugement au fond et une ordonnance de référé faisant droit à leurs demandes (02-D-54) ;
- l'introduction d'une action devant un tribunal de commerce qui ne répondait à aucune autre motivation que de faire valoir et reconnaître ses droits, de même que la demande tendant à ce que soit ordonnée la publication du jugement à venir, qui fait partie des mesures de réparation que peuvent prononcer les autorités de jugement (02-D-76).

● Subventions croisées, aides commerciales accordées à une filiale, prix prédateurs

A l'occasion de l'examen de pratiques d'aides à des filiales, mises en œuvre par la société France Télécom, le Conseil a rappelé les principes applicables en droit de la concurrence aux subventions accordées à une activité ou une filiale se trouvant sur un marché ouvert à la concurrence par une entreprise publique détenant un monopole légal (02-D-63).

Ces principes, qui ont déjà été rappelés dans les rapports d'activité précédents, notamment celui de l'année 1999, sont les suivants :

- il est licite, pour une entreprise publique qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'exercer une activité ou d'entrer sur un ou des marchés relevant de secteurs concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour restreindre ou tenter de restreindre l'accès au marché à ses concurrents, en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites ;
- une entreprise publique disposant d'un monopole légal qui utilise les ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité ne méconnaît pas, de ce seul fait, les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce. En revanche, un éventuel déficit structurel des activités de diversification (activités en concurrence) indéfiniment compensé par les résultats positifs tirés de l'activité du monopole *«conduirait au maintien sur le marché d'une offre artificiellement compétitive qui sinon disparaîtrait»* et *«la permanence de cette offre rétroagirait, en outre, sur le fonctionnement concurrentiel du marché»*. Ces mécanismes de subventions croisées *«constituent des facteurs de distorsion de concurrence parce qu'en subventionnant des activités de diversification, ils reviennent à consentir aux filiales des avantages appréciables par rapport aux concurrents. A long terme, de telles pratiques risquent d'éliminer du marché tous les acteurs économiques ne bénéficiant pas de conditions analogues»* (avis 94-A-15 du 10 mai 1994) ;
- est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal (...) d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel, lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a condi-

tionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle (décision 00-D-47 du 22 novembre 2000) ;

- la mise à disposition de moyens tirés d'une activité réalisée sous monopole légal pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel, est susceptible d'être qualifiée au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce si deux conditions cumulatives sont réunies. Il faut, en premier lieu, que la mise à disposition de moyens puisse être qualifiée de «*subvention*», c'est-à-dire qu'elle ne donne pas lieu, de la part de l'activité qui en bénéficie, à des contreparties financières reflétant la réalité des coûts. Il faut, en second lieu, que l'appui ainsi apporté présente un caractère anormal (décision 00 D-57 du 6 décembre 2000).

En application de ces principes, au cours de l'année 2002, le Conseil a considéré que ne constituaient pas des pratiques abusives anticoncurrentielles :

- les mises à disposition et détachements de personnels de France Télécom auprès de certaines de ses filiales, moyennant des contreparties financières effectives comprenant les rémunérations et cotisations sociales correspondantes, ainsi que les avantages en nature sans qu'il soit établi que ces contreparties financières auraient été insuffisantes ;
- l'orientation gratuite de clientèle par France Télécom vers sa filiale Cofratel, dans la mesure où cette pratique n'a pas permis à Cofratel de mettre en œuvre des pratiques de prix prédateurs et n'a entraîné aucune perturbation importante ou durable du marché ;
- l'utilisation de l'enseigne et du logo de leur maison-mère «*France Télécom*» par les filiales, dans la mesure où il n'a pas été démontré que dans leur politique de communication, les filiales mises en cause se seraient prévaluées abusivement d'avantages liés aux monopoles de droit ou de fait détenus par leur société mère (02-D-63) ;
- l'octroi par EDF d'avantages matériels et immatériels à ses filiales sur le marché de l'ingénierie énergétique, les sociétés Industelec. Ces avantages s'ils ont pu favoriser le développement de ces sociétés, notamment grâce aux commandes d'études d'EDF, aux informations techniques fournies par EDF, au prêt de matériel, à la facturation directe des prestations de ces sociétés sur la facture EDF ou encore aux recommandations de la part des agents d'EDF de recourir aux services de ces dernières, n'ont, toutefois, pas conduit à une perturbation durable et importante du marché de l'ingénierie ou à des prix prédateurs ;
- l'octroi par EDF d'aides commerciales concernant les prestations d'ingénierie proposées par ses filiales Industelec et destinées à convaincre les clients de choisir l'énergie électrique plutôt qu'une énergie concurrente, dans la mesure où il n'a pas été établi que les prix des prestations des filiales, une fois les aides accordées déduites, étaient prédateurs ou que les conditions dans lesquelles elles ont été octroyées étaient discriminatoires, les autres sociétés d'ingénierie pouvant, en effet, solliciter auprès d'EDF les mêmes aides pour leurs propres clients (02-D-34) ;
- la promotion effectuée par France Télécom, sur des enveloppes d'envoi des factures téléphoniques, des services de télécommunications à haut débit, à l'exclusion de toute mention aux services d'accès à Internet pro-

posés par sa filiale Wanadoo Interactive, dans la mesure où le fait de recourir à un tel support n'empêchait nullement les consommateurs de s'adresser au fournisseur d'accès de leur choix (02-D-38) ;

- la recommandation par Gaz de France, dans une lettre d'information, d'utiliser des tuyaux flexibles métalliques onduleux Gazinox, dont la commercialisation était assurée par sa filiale, au motif que, d'une part, ce produit était, au moment des faits, le seul sur le marché et que, par la suite, lorsque des produits concurrents sont apparus sur le marché, la société Gaz de France a assuré la promotion de l'ensemble de ceux-ci et, d'autre part, que la lettre en cause n'avait été distribuée que dans un seul département (soit à moins de 0,5 % des particuliers qui forment la clientèle de Gaz de France dans la France entière) et n'avait donc pas pu avoir d'effet anticoncurrentiel sensible sur le marché (02-D-68).

Enfin, dans sa décision relative à l'attribution du marché d'exploitation de la décharge de Bagnols-en-Forêt, le Conseil a considéré que, si le fait pour une société mère, en position dominante sur un marché, de subventionner une de ses filiales, afin de lui permettre de présenter des prix prédateurs destinés à éliminer la concurrence, constitue un abus, il n'existait, en l'espèce, aucun élément permettant de penser que la société filiale MOS aurait bénéficié de l'appui, matériel, financier ou humain de sa société mère (le groupe Suez-Lyonnaise des eaux) pour présenter son offre. En conséquence, l'affaire a fait l'objet d'un non-lieu (02-D-61).

• Pratiques diverses

Dans l'affaire relative aux conditions d'accès au service «*Micromarché TV*» proposé par la société Médiamétrie, en monopole sur le marché de la mesure de l'audience télévisuelle, le Conseil a rappelé, ainsi qu'il l'avait déjà énoncé dans sa décision 98-D-53, que compte tenu de la nature particulière de la matière première que constituent les données d'audience, les contraintes imposées par la société Médiamétrie aux sociétés de services informatiques consistant, en contrepartie de la gratuité d'accès aux données Médiadata ou médiamat, à ne leur permettre de vendre leurs services qu'à des sociétés qui sont, par ailleurs, abonnées à Médiamétrie pour l'obtention de ces données, ne constituent pas un abus de la position dominante de la société Médiamétrie (02-D-47).

Les abus de dépendance économique

Aux termes de l'article L. 420-2 alinéa 2 : «*Est en outre prohibée, dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur. Ces abus peuvent notamment consister en refus de vente, en ventes liées ou pratiques discriminatoires visées à l'article L. 442-6*».

L'application de ces dispositions suppose donc d'établir, dans un premier temps, l'état de dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre et, dans un second temps, l'abus commis par cette dernière.

La notion de dépendance économique

La dépendance économique d'une entreprise à l'égard d'une autre s'apprécie par le cumul de différents critères qui sont : la notoriété du produit en cause ou de sa marque, l'importance de la part de ce produit dans le chiffre d'affaires de l'entreprise prétendument en dépendance (à condition, toutefois, que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise) et enfin, la difficulté pour cette dernière d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents (02-D-77).

Dans une affaire relative aux pratiques de la société Buroservices, baille-resse de locaux à usage de bureaux, que dénonçait la société CAR, sa locataire, le Conseil a précisé que les pratiques décrites par la plaignante comme abusives (rupture brutale du contrat de bail, interruption de l'alimentation électrique, retrait de l'enseigne de la société CAR) ne pouvaient être analysées sans qu'il soit, au préalable, démontré que la société CAR se trouvait en situation de dépendance économique à l'égard de la société Buroservices (02-D-24).

De même, lors de l'examen d'une saisine relative aux pratiques relevées dans le secteur du transport et du stockage de marchandises, le Conseil a rappelé qu'en l'absence d'un état de dépendance économique, la rupture brutale des relations commerciales ne peut constituer une infraction aux dispositions de l'article L. 420-2, alinéa 2. Dans cette affaire, la société plaignante réalisait, en 1996, 75 % de son chiffre d'affaires avec la société dont elle dénonçait les pratiques de rupture, mais il était établi par les éléments du dossier que cette part avait diminué régulièrement pour ne représenter que 45 % en 1998/1999, et alors que le chiffre d'affaires total de cette société n'avait que très faiblement baissé. Dans ces circonstances, le Conseil a considéré que la société plaignante avait su compenser, par d'autres activités, la réduction d'activités réalisées avec son premier partenaire, de telle sorte que l'état de dépendance économique n'était pas démontré (02-D-77).

En revanche, dans l'affaire relative aux conditions d'exploitation de l'hélistation de Cannes-Palm Beach, le Conseil a admis qu'un transporteur autorisé à exploiter une ligne de transport par hélicoptère entre Nice et Cannes se trouvait en état de dépendance économique à l'égard du gestionnaire de l'infrastructure de l'hélistation concernée, dans la mesure où l'accès à celle-ci était indispensable à l'exercice de son activité de transporteur sur la ligne Nice-Cannes et où l'utilisation de plates-formes voisines ne pouvait constituer une solution techniquement et commercialement équivalente (02-D-16).

La notion d'abus de dépendance économique prohibé

Aucune pratique d'abus de dépendance économique n'a été examinée par le Conseil durant l'année 2002, soit parce que le Conseil n'a pas retenu d'état de dépendance économique (02-D-77 et 02-D-24), soit parce que les pratiques en cause ont été examinées au regard des dispositions prohibant l'abus de position dominante (02-D-16).

■ Les conditions d'application de l'article L. 420-4-I du code de commerce

Les pratiques résultant d'un texte

L'article L. 420-4-I-1 du code de commerce précise que 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 L. 420-1 et L. 420-2.

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.

Dans le cadre des pratiques d'entente anticoncurrentielle poursuivies à l'encontre d'un certain nombre d'entreprises de déménagement en Bretagne, plusieurs d'entre elles avaient fait valoir que les agissements qui leur étaient reprochés leur étaient imposés par le décret fixant le barème des frais de mutation des personnels de l'État. Le Conseil a écarté ce moyen au motif que les pratiques de concertation incriminées ne résultaient nullement de l'application des dispositions régissant le remboursement des frais de déménagement des militaires, lesquelles visent, au contraire, à faire échec à de telles pratiques en valorisant la concurrence, afin de faire baisser les prix à l'avantage du consommateur (02-D-62).

Les pratiques contribuant au progrès économique

Le 2° de l'article L. 420-4-I précise, pour sa part, que ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2, les pratiques *«dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer le progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du progrès qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause [...]»*.

Ces dispositions 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. Enfin, doit également être rapportée la preuve que ce progrès est suffisamment important pour justifier les atteintes à la concurrence relevées.

Dans le cadre de l'affaire relative à une entente sur les prix des appareils électroménagers et audiovisuels, un fabricant et un distributeur ont invoqué le progrès économique et fait valoir, à cet égard, que les pratiques en cause

auraient permis, notamment, l'introduction de nouveaux produits et de nouvelles technologies, l'amélioration de la qualité des prestations, la diminution des coûts. Il était aussi prétendu que, pendant la période considérée, les prix et les marges avaient «chuté» ce qui démontrait la forte concurrence sur le marché au bénéfice du consommateur qui pouvait profiter d'équipements plus performants à un coût moindre.

Le Conseil a rejeté cette argumentation en indiquant que la baisse tendancielle des prix de vente au détail dans le secteur, procédait avant tout de la baisse des coûts de production résultant, notamment, du progrès technologique. En conséquence, l'observation de baisses de prix sur les marchés en cause n'impliquait pas que des baisses de prix plus importantes ne se seraient pas produites si les distributeurs avaient respecté la règle du jeu concurrentiel. Par ailleurs, le Conseil a considéré que l'irruption de nouveaux offreurs sur les marchés en cause ne saurait être mise au crédit des distributeurs concernés (02-D-42).

Le progrès économique a aussi été invoqué dans l'affaire du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne. Le Conseil a rejeté le moyen en considérant que le progrès économique résultant des concertations en cause n'était nullement justifié. Bien au contraire, le dossier comportait des pièces démontrant que les devis effectués par des entreprises extérieures à l'entente étaient inférieurs de 30 % à ceux des entreprises participant à la concertation (02-D-62).

■ Les pratiques de prix abusivement bas

L'article L. 420-5 du code de commerce 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».*

Le Conseil a été saisi sur ce fondement par la société Speed Rabbit Pizza de pratiques mises en œuvre par plusieurs de ses concurrentes et consistant à offrir une pizza gratuite pour toute pizza commandée et livrée à domicile. La plaignante exposait que ces entreprises pratiquaient des prix de vente abusivement bas aux consommateurs et que cette offre, faisant l'objet de tracts publicitaires distribués à domicile, relevait d'une stratégie d'élimination des concurrents sur le marché.

La décision rendue sur cette saisine a, tout d'abord, rappelé les conditions d'une qualification de prix abusivement bas, c'est-à-dire, en premier lieu, l'existence d'un niveau de prix proposé insuffisant au regard des coûts de production, de transformation et de commercialisation et, en second lieu, la constatation que ce prix traduit une volonté d'éviction ou comporte une

potentialité d'éviction d'une entreprise concurrente ou d'un produit de cette entreprise concurrente.

S'agissant de l'analyse du prix au regard des coûts, le Conseil a vérifié, sur la base des éléments comptables propres à chaque entreprise, si les prix de vente pratiqués pour la livraison de deux pizzas au prix d'une seule, sont effectivement inférieurs aux coûts de production, de transformation et de commercialisation de deux pizzas.

S'agissant des coûts de référence, le Conseil a rappelé les principes posés par la jurisprudence communautaire et nationale en ce qui concerne les prix de prédation mis en œuvre par une entreprise en position dominante et, notamment, les termes de l'arrêt de la Cour de justice des communautés européennes, du 3 juillet 1991, dans l'affaire Akzo, qui définit les prix prédateurs comme étant «des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables [...] 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 [...] puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes [...] 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».

En application de cette analyse, le Conseil a rappelé que, dans l'hypothèse où une entreprise aurait pratiqué un prix de vente qui serait inférieur aux coûts variables, la preuve de la volonté d'éviction résulte de plein droit de la mise en œuvre de cette pratique, si l'entreprise est en position dominante, comme c'est le cas dans les circonstances de l'arrêt AKZO. En revanche, si l'entreprise n'est pas en position dominante, cette pratique constitue une présomption simple ou un indice de sa volonté d'éviction, qui doit être complété par d'autres indices pour établir l'existence d'une telle volonté. Dans ce dernier cas, il convient alors d'examiner si la démonstration de la volonté d'éviction ou de la potentialité d'éviction, exigée par le texte de l'article L. 420-5, résulte de l'ensemble des éléments figurant au dossier.

Par ailleurs, le Conseil a précisé que la détermination de la nature fixe ou variable des coûts recensés et leur évaluation (appréciée au regard des circonstances de l'espèce) doivent être réalisées à partir de la comptabilité analytique établie mensuellement par chacune des entreprises et que sont variables les coûts dont l'évolution est liée au développement des ventes.

En l'espèce, une analyse des comptes a établi que le chiffre d'affaires des entreprises incriminées avait couvert l'ensemble des coûts fixes et variables de l'offre publicitaire visant à proposer deux pizzas livrées pour le prix d'une seule, de telle sorte que les coûts totaux de production, de transformation et de commercialisation de ces pizzas ont été couverts.

Le Conseil a, par conséquent, considéré que la première condition, relative à l'insuffisance du niveau de prix par rapport aux coûts de production, de

transformation et de commercialisation des pizzas livrées, n'était pas remplie en l'espèce.

A titre surabondant, il a, néanmoins, examiné si la seconde condition, relative à la démonstration de l'objet ou de la potentialité d'effet d'éviction du marché de l'entreprise qui prétend en être victime, était remplie.

S'agissant de l'objet de la pratique, aucun élément du dossier ne démontrait que l'offre de deux pizzas livrées pour le prix d'une, aurait eu pour objet d'évincer du marché l'entreprise plaignante.

S'agissant de l'effet d'éviction ou de la potentialité d'un tel effet, le Conseil a, tout d'abord, pris en compte le rapport de force existant entre les opérateurs concernés au regard de leurs parts du marché, de leurs capacités financières, de leur force commerciale respective et de leur structure d'activité. En effet, la pratique de prix bas n'est susceptible d'avoir un effet d'éviction, que si elle est mise en œuvre par un opérateur dont les moyens sont suffisamment importants, et qu'à l'inverse, celui qui se prétend victime d'une telle pratique, ne dispose pas de moyens lui permettant d'y résister. En l'espèce, les éléments du dossier démontraient que les magasins de la plaignante réalisaient des chiffres d'affaires bien supérieurs à ceux de ces concurrents et les données disponibles relatives au secteur concerné, pour l'année 2000, permettaient de constater que l'enseigne Speed Rabbit Pizza se situait au troisième rang, devancée par Pizza Hut et La Boîte à Pizzas.

En ce qui concerne l'impact potentiel des pratiques, le Conseil a précisé que devaient être pris en compte la permanence et l'étendue de la pratique. En l'espèce, il a relevé que les zones de chalandise couvertes par les magasins de livraison de pizzas étaient restreintes en raison de la densité d'urbanisation, des facilités de circulation et compte tenu de l'engagement de respecter un délai de 30 minutes entre la passation de la commande et sa livraison ainsi que de la nécessité de livrer un plat encore chaud, de telle sorte que les publicités incriminées étaient susceptibles d'affecter la capacité concurrentielle des seuls magasins concurrents situés dans cette zone limitée.

Par ailleurs, le Conseil a relevé que les campagnes de publicité avaient été de très courte durée (entre 1 et 2 mois) ou ne concernaient que les livraisons effectuées les lundis et mardis, jours des ventes les plus faibles, que les chiffres d'affaires hebdomadaires des magasins en cause sur ces périodes, étaient voisins des chiffres d'affaires hebdomadaires constatés dans les 6 semaines précédant et les 6 semaines suivant ladite période, que, de même, le pourcentage des ventes en livraison par rapport aux ventes à emporter n'avait pas connu de variations significatives et restait proche de la moyenne constatée sur l'ensemble des 18 semaines considérées. Par ailleurs, certains magasins à l'enseigne Speed Rabbit Pizza avaient réalisé des chiffres d'affaires en augmentation pendant ces campagnes publicitaires.

Compte tenu de l'ensemble de ces éléments, le Conseil a rejeté la saisine faute d'éléments suffisamment probants (02-D-64).

Par ailleurs, le Conseil a été saisi sur le fondement de l'article L. 420-5 du code de commerce par le Syndicat français des assureurs conseils (SFAC),

dont les adhérents sont des courtiers en assurance, de pratiques mises en œuvre par quatre sociétés d'assurance directe, qui proposent des contrats d'assurance automobile à des tarifs très bas, de 40 à 50 % moins chers que ceux pratiqués par les compagnies traditionnelles.

Reprenant les principes énoncés dans la décision analysée précédemment, il convenait de comparer les tarifs des assureurs directs aux coûts effectivement supportés par ces derniers et rechercher si ces tarifs pouvaient avoir pour objet ou pour effet d'éliminer les courtiers d'assurance du marché de l'assurance automobile.

Sur l'analyse des tarifs par rapport aux coûts, le Conseil a précisé que s'agissant de produits d'assurance, la comparaison, d'une part, des tarifs pratiqués lors de la signature d'un contrat et, d'autre part, des coûts totaux supportés par l'assureur, nécessite un calcul complexe prenant en compte les variables aléatoires que sont la probabilité d'un sinistre et la durée totale du contrat. Il s'agit en effet de comparer la valeur actualisée de la somme des primes versées sur la durée future du contrat, avec la valeur actualisée, sur la même durée, des coûts d'acquisition, de commercialisation et de gestion du contrat, augmentée de la valeur actualisée du coût des sinistres à venir. Mais le Conseil a considéré que dans le cas des sociétés d'assurance directe, ce calcul serait biaisé par le fait qu'étant de création relativement récente, et en phase de croissance rapide de leur portefeuille de risques, elles supportent des coûts d'acquisition élevés, sans que la durée moyenne de l'ancienneté de leurs contrats ait atteint sa pleine maturité.

En conséquence, il a considéré que les pertes comptables enregistrées par les entreprises en cause ne suffisaient pas à démontrer que leurs prix sont inférieurs à leurs coûts totaux.

Sur l'objet d'éviction, le Conseil a observé que la création des assurances directes par les assureurs traditionnels a été réalisée pour faire face à la concurrence des mutuelles : la conquête, par ces dernières, d'une part de marché conséquente a, en effet, montré que le marché s'était segmenté et qu'une part importante de la clientèle était moins sensible aux services rendus par des intermédiaires, tels que les courtiers, qu'aux tarifs pratiqués. Ainsi, l'objet poursuivi par ces sociétés d'assurance n'était donc pas l'éviction des courtiers en assurance, qui continuent d'ailleurs à distribuer une part notable, bien qu'en baisse, des assurances automobile (17 %), mais la diversification des modes de distribution offerts aux consommateurs. Le Conseil a estimé qu'une telle diversification était, au contraire, de nature à favoriser le jeu de la concurrence.

Sur l'effet d'éviction, le Conseil a rappelé son avis 97-A-18 aux termes duquel : *«Seule une pratique de prix très bas mise en œuvre par un distributeur, dont le maintien sur le marché est en tout état de cause assuré notamment en raison de sa part de marché, de ses capacités financières, de ses structures commerciales, et à condition que la pratique soit de nature à évincer du marché préalablement défini des distributeurs qui ne disposeraient pas eux-mêmes des moyens de résister à cette pratique commerciale, pourrait revêtir un caractère abusif»*. Il a estimé qu'en l'espèce, il n'était pas établi que les tarifs pratiqués par les assureurs directs avaient eu pour effet

d'évincer des courtiers du marché ou avaient été la cause directe d'une baisse importante de leur chiffre d'affaires. En conséquence, le Conseil a prononcé un non-lieu à poursuivre la procédure (02-D-66).

■ La politique du Conseil en matière de sanctions

En donnant au Conseil de la concurrence la possibilité d'infliger des sanctions, l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 l'avait doté d'un réel pouvoir de remédier au trouble à l'ordre public économique que constituent les pratiques anticoncurrentielles, à la fois de façon punitive, mais aussi corrective par la possibilité de prononcer des injonctions. Ces pouvoirs ont été renforcés par les dispositions de la loi n° 2001-420, du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, dite NRE, qui a élevé le plafond des sanctions pouvant être prononcées par le Conseil à 10 % du chiffre d'affaires mondial, hors taxes, le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre, ou à trois millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise et a, par ailleurs, porté à 750 000 euros, pour chacun des auteurs des pratiques prohibées, le plafond des sanctions qui peuvent être prononcées à la suite d'une procédure simplifiée, c'est-à-dire ne comportant pas l'établissement d'un rapport (articles L. 464-2 et L. 464-5 du code de commerce).

232

Ces dispositions n'ont pas encore été appliquées par le Conseil de la concurrence, car les infractions sur lesquelles il a statué au cours de l'année 2002 avaient toutes été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001. Il a donc considéré qu'en vertu du principe de la non rétroactivité des lois à caractère répressif, énoncé notamment par les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, les dispositions introduites par cette loi à l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles sont plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, n'étaient pas applicables à ces infractions (voir par exemple la décision 02-D-33).

Par ailleurs, la loi a introduit une procédure de transaction ainsi qu'une procédure de clémence dans le dispositif relatif aux sanctions, qui devraient permettre de renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles, notamment, contre les cartels. Cependant, ces dispositions sont elles aussi trop récentes pour que le Conseil ait pu les mettre en application, au cours de l'année 2002.

L'aspect correctif : les injonctions

Injonction de s'abstenir de certaines pratiques

Dans sa décision relative au traitement des coupons de réduction, le Conseil, pour mettre fin aux pratiques relevées et à leurs effets, a enjoint à

la société Sogec Gestion de suspendre, sans délai, l'application de la clause d'exclusivité anticoncurrentielle contenue dans les contrats en cours, de cesser pendant une durée de 5 ans de proposer des contrats comportant une telle clause, de cesser de pratiquer la rétention des codes en cas de mention d'une autre banque de coupons et de ne plus refuser l'apposition de codes appartenant à des prestataires concurrents (02-D-33).

S'agissant des pratiques retenues contre la Chambre syndicale des entreprises de déménagement, le Conseil a enjoint à cette organisation professionnelle de mettre un terme, dans un délai de six mois à compter de la notification de la décision, à l'usage de déléguer aux groupements régionaux l'enquête préliminaire sur les candidats à l'adhésion, ainsi qu'à l'usage d'imposer un parrainage par des entreprises déjà adhérentes (02-D-60).

Injonction de prendre certaines mesures

Les injonctions prononcée à cet égard en 2002 ont concerné très classiquement des modifications contractuelles et de règlement intérieur.

S'agissant des modifications contractuelles, il a été enjoint à trois sociétés fabriquant des montures de lunettes de modifier les nouveaux contrats qu'elles proposent à leurs distributeurs, de telle sorte qu'il soit clair que le distributeur agréé dispose de la faculté de s'approvisionner auprès d'autres distributeurs agréés. Pour deux sociétés, cette injonction a été complétée par celle de proposer à la signature de tous les distributeurs ayant conclu le contrat dans sa version antérieure un avenant incorporant à ce contrat la nouvelle rédaction des clauses modifiées (02-D-36).

Des injonctions portant sur des modifications de statut ont été prononcées à l'encontre de la Chambre syndicale des entreprises de déménagement et de l'Association française de déménageurs internationaux, en ce qui concerne la modification des dispositions de nature à engendrer des pratiques discriminatoires (02-D-60).

Examen du respect des injonctions

La décision 02-D-41 apporte un certain nombre de réponses à des questions jusqu'alors peu traitées en matière de respect d'injonction. Dans cette affaire qui concernait des pratiques mises en oeuvre par la société France Télécom dans le secteur de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone, le Conseil était conduit à examiner si la société France Télécom avait respecté l'injonction prononcée à son encontre par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 juin 1999.

Il a tout d'abord rappelé, que la compétence qu'il tient de l'article L. 464-3 du code de commerce porte sur le respect des injonctions qu'il a lui-même prononcées, mais peut également, en cas de réformation de sa décision par la cour d'appel de Paris, porter sur le respect des injonctions prononcées par la cour.

S'agissant de la procédure, le Conseil a ensuite examiné le point de savoir si des entreprises peuvent agir en non-respect d'injonction, alors qu'elles n'étaient pas parties à la procédure ayant abouti au prononcé de l'injonction en cause. A cet égard, il a considéré que le libellé de la mesure qui enjoignait «[...] à la société France Télécom, de fournir, dans des conditions identiques, à toute personne qui lui en fait la demande, la liste consolidée comportant, les informations contenues dans l'annuaire universel [...]» concernait tout opérateur faisant la demande d'accéder à la liste des abonnés au téléphone et ce, quel que soit le marché sur lequel cet opérateur est susceptible d'agir (marketing direct, édition d'annuaires imprimés, services de renseignement téléphonique, mise en ligne de services d'annuaire ou renseignements). Le Conseil a donc estimé que la portée de l'injonction formulée par la cour d'appel n'était pas limitée aux conditions d'accès à la liste des abonnés au téléphone, à des fins exclusives de constitution de fichiers de prospection, activité pratiquée par l'auteur de la plainte ayant abouti à l'arrêt de la cour d'appel. En conséquence, les sociétés saisissantes, Sonera et Scoot, qui souhaitaient exercer une activité de service de renseignement et d'annuaire à partir de la liste des abonnés au téléphone, ont été considérées comme entrant dans le champ des bénéficiaires de l'injonction et donc comme ayant un intérêt à agir devant le Conseil.

Se posait aussi une question relative à l'étendue dans le temps de l'injonction. En effet, celle-ci devait s'appliquer *«jusqu'à la mise en service de l'organisme prévu à l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications, chargé de tenir à jour la liste de l'annuaire universel»*. Cependant, cet organisme n'a pas été créé et une ordonnance en date du 25 juillet 2001, a modifié le contenu de l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications et abandonné la création de l'organisme initialement envisagé. En conséquence, le Conseil a considéré que la validité de l'injonction prononcée ne pouvait s'étendre au-delà de la date d'entrée en vigueur de ladite ordonnance, elle-même subordonnée à la publication d'un décret en Conseil d'État, non encore publié au jour de la décision. Toutefois, les faits invoqués par les parties saisissantes étaient antérieurs au 25 juillet 2001 et avaient donc été commis dans une période au cours de laquelle l'injonction n'était pas frappée de caducité.

Sur le fond, le Conseil a, tout d'abord, considéré que la société France Télécom avait respecté l'injonction en ce qui concernait, d'une part, la mise en conformité avec la liste orange, d'autre part, la cession de la base annuaire à usage de marketing direct, de renseignement et d'édition d'annuaires imprimés et enfin, la transparence tarifaire.

Il a ensuite examiné un autre volet de l'injonction, en recherchant si les tarifs proposés étaient *«orientés vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande»*.

Afin de pouvoir répondre à cette question, le Conseil s'est interrogé sur le point de savoir quels coûts devaient être pris en compte dans l'appréciation du prix fixé. A cet égard, il a considéré qu'il convenait, à l'instar de la pratique suivie par l'ART, de retenir les coûts incrémentaux, c'est-à-dire ceux des opérations supplémentaires nécessaires pour établir l'annuaire, le fichier commercial étant supposé réalisé, le tout selon la technologie la plus

efficace et avec un juste calcul de la charge en capital aux coûts d'aujourd'hui (et non aux coûts historiques). Les parties plaignantes soutenaient que l'injonction formulée par la cour d'appel obligeait France Télécom à ne retenir que les coûts marginaux de mise à disposition supportés par elle lors de cette mise à disposition, c'est-à-dire les frais techniques de fourniture. Sur ce point, le Conseil a retenu que l'injonction visait «... *les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à la demande*» et non les seuls frais techniques de fourniture. Dès lors, si la constitution de la base annuaire nécessitait des opérations techniques supplémentaires par rapport à celles réalisées pour la constitution du fichier commercial, les termes de l'injonction autorisaient France Télécom à prendre en compte le coût de ces opérations pour élaborer ses tarifs de cession de la base annuaire.

Ce principe étant posé, le Conseil a procédé à l'évaluation des coûts incriminés et considéré qu'en l'état, les éléments fournis par France Télécom ne lui permettaient pas de vérifier, d'une part, que les opérations que celle-ci entendait imputer dans le coût de la base annuaire n'étaient pas, en fait, liées au fichier de clientèle, d'autre part, que les différentes mesures et hypothèses servant à établir ces coûts étaient fondées, et enfin, que ces coûts étaient évalués en considération d'exigence minimale d'efficacité de l'opérateur public. Il a donc renvoyé l'affaire à l'instruction sur ce point.

Par ailleurs, le Conseil a examiné si les conditions de mise à disposition de la base annuaire par France Télécom à l'égard de ses filiales n'étaient pas discriminatoires au regard de celles faites à ses concurrents.

S'agissant des conditions de mise à disposition pour les activités de renseignement et d'édition, le Conseil a relevé, en premier lieu, que ces activités, soumises à des conditions financières identiques, constituaient des activités économiques distinctes et, en second lieu, que des opérateurs qui souhaitaient concurrencer France Télécom sur les activités de renseignement devaient procéder à l'acquisition de la base annuaire à un prix supérieur à celui facturé aux entités de France Télécom chargées de la seule réalisation de ces services. En conséquence, cette pratique tarifaire constituait une source de discrimination entre les services de France Télécom et ceux de ses concurrents. Or, il ressortait des éléments du dossier que le coût de cession de la base annuaire représentait une part importante des charges liées à l'activité de renseignements par téléphone et que ce coût avait, au moins partiellement, pour effet d'empêcher les concurrents d'exercer une telle activité. Le Conseil a donc considéré que sur ce point, l'injonction prononcée par la cour d'appel n'avait pas été respectée par France Télécom.

Enfin, il a été procédé à l'examen de l'orientation vers les coûts des tarifs de consultation en ligne de l'annuaire proposés aux professionnels par la société Intelmatique, filiale de France Télécom. Une analyse des données issues de la comptabilité analytique de la direction des services d'annuaires et de l'application d'une clé de répartition, permettant de ne retenir que les charges liées à la seule activité de consultation en ligne, a mis en évidence une marge d'exploitation substantielle pour l'activité de consultation en ligne de l'annuaire pour les années 1999 et 2000. Dans son analyse, le Conseil a rappelé que l'appréciation de l'orientation des tarifs de consulta-

tion vers les coûts doit tenir compte d'une rémunération raisonnable des capitaux engagés. Or les éléments fournis permettaient de constater que les taux de rémunération des capitaux apparaissaient supérieurs à un taux de rémunération raisonnable des capitaux engagés. Le Conseil en a conclu que les tarifs de consultation en ligne des données de la base annuaire, pour les années 1999 et 2000, n'étaient pas orientés vers les coûts des opérations techniques nécessaires pour offrir ce service et, que dès lors, sur ce point, France Télécom n'avait pas non plus respecté l'injonction prononcée par la cour d'appel de Paris (02-D-41).

Dans une affaire relative aux conditions d'accès à Internet haut débit par l'ADSL, la société T-Online, s'était plainte de certaines pratiques de l'opérateur historique consistant à favoriser sa filiale Wanadoo Interactive, de façon à lui donner une avance décisive sur ses concurrents pour la fourniture de l'Internet à haut débit. Statuant au stade des mesures conservatoires, le Conseil avait enjoint à France Télécom de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet, un serveur Extranet permettant d'accéder aux *«mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL et sur les caractéristiques techniques des modems compatibles avec l'équipement de ces lignes que celles dont dispose Wanadoo Interactive, et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo Interactive, selon les mêmes conditions tarifaires, mais selon des conditions techniques autorisant le traitement de masse en ligne»* ;

Dans l'attente de la réalisation effective de cette injonction, le Conseil avait enjoint à France Télécom de suspendre la commercialisation des packs ADSL de la société Wanadoo Interactive dans ses agences commerciales et précisé que cette suspension pourrait être levée, *«[...] dès que deux contrats au moins auront été signés entre France Télécom et des fournisseurs d'accès à Internet autres que Wanadoo pour l'utilisation de ce système, et à l'issue d'une période d'essai d'un mois»* (02-MC-03). Le recours contre cette décision ayant été rejeté par la cour d'appel de Paris, la société France Télécom a, trois mois plus tard, adressé au Conseil le compte-rendu de l'exécution de la mesure enjoignant et lui a demandé de constater qu'elle avait bien rempli ses obligations en mettant en œuvre un service d'accès aux mêmes informations que celles mises à la disposition de Wanadoo Interactive et permettant de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion ADSL dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo Interactive.

Dans ce cadre, le Conseil a constaté, d'une part, que France Télécom avait mis en place un dispositif gratuit permettant à la fois la vérification de la disponibilité ADSL de la ligne du client et la commande de connexion ADSL, largement disponible, avec un service d'accueil pour prendre en compte les incidents constatés par les FAI, et que l'ensemble de ces améliorations répondait à l'exigence de continuité du processus d'information et de prise de commande ordonnée par lui. D'autre part, le Conseil a pris acte de ce que trois fournisseurs d'accès avaient contracté avec France Télécom et que, dès lors, les conditions posées par la décision de mesures conserva-

toires avaient été respectées. La levée de la suspension de la commercialisation des packs ADSL Wanadoo Interactive a donc été prononcée (02-D-46).

L'aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions

Application des nouveaux plafonds de sanction prévus par la loi dite NRE du 15 mai 2001

Ainsi qu'il a été précisé en introduction de ce chapitre, les plafonds de sanction, tels qu'ils résultent des dispositions de la loi du 15 mai 2001, sont plus élevés que ceux édictés dans le cadre de l'ancienne rédaction de l'article L. 462-2 du code de commerce, lui-même issu de la codification de l'article 21 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986.

Les dispositions transitoires de la loi du 15 mai 2001 prévoient que ses dispositions sur les sanctions ne sont applicables qu'aux pratiques dont le Conseil de la concurrence a été saisi postérieurement à la date d'entrée en vigueur de la loi ; ce libellé pourrait conduire à considérer que les nouveaux plafonds sont applicables aux infractions commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi dès lors que le Conseil aurait été saisi après. Toutefois, le Conseil a estimé que, compte tenu du caractère quasi-pénal des sanctions qu'il inflige, il devait appliquer le principe général de non-rétroactivité de la loi répressive plus sévère énoncé, notamment, par les articles 6 et 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, ainsi que par l'article 15-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques. En conséquence, le nouveau plafond des sanctions ne sera appliqué qu'aux pratiques commises après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, en sorte que le Conseil a encore appliqué au cours de l'année 2002 les anciennes dispositions (02-D-14 ; 02-D-23 ; 02-D-33 ; 02-D-36 ; 02-D-37 ; 02-D-42 ; 02-D-43 ; 02-D-48 ; 02-D-57 ; 02-D-59 ; 02-D-60 ; 02-D-62).

Motivations des sanctions pécuniaires

Aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction applicable aux faits concernés (anciennement 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 p. cent du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos*».

En application de ces dispositions, le Conseil procède à une analyse approfondie des éléments relatifs à la gravité des pratiques, au dommage à l'économie et à la situation individuelle des entreprises pour déterminer le montant des sanctions, mais il peut également prendre en compte d'autres éléments. Ainsi, dans l'affaire relative aux pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public, le Conseil a considéré que le montant des sanctions pécuniaires devait tenir compte de l'ancienneté des faits et de la longueur de la procédure (02-D-42).

La gravité des faits

● La nature des pratiques en cause

Les ententes à l'occasion d'appels d'offres

Conformément à une jurisprudence aujourd'hui bien établie (Cour de cassation, 24 mars 1998, société SADE-Compagnie générale de travaux hydrauliques), *«la tromperie de l'acheteur public érigée en système perturbe le secteur où elle est pratiquée et porte une atteinte grave à l'ordre public économique»*. Cette pratique est donc grave par nature (02-D-37 ; 02-D-43 ; 02-D-48 ; 02-D-59).

La décision 02-D-48 relative à des pratiques relevées sur des marchés de VRD dans les arrondissements de Cambrai, Valenciennes et Avesnes sur Helpe, détaille de façon très complète l'ensemble des éléments qui peuvent être retenus au titre de la gravité s'agissant des pratiques d'entente mises en œuvre dans le cadre d'appels d'offres *«[...] considérant que les pratiques en cause sont, de façon constante, considérées par les autorités de concurrence comme des pratiques graves par nature ; qu'elles constituent, vis-à-vis des maîtres d'ouvrage, une tromperie manifeste sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu ; que ces concertations ont eu pour objet et pour effet de faire échec au déroulement normal des consultations puisqu'en échangeant des informations préalablement à la remise des offres, les entreprises ont pu limiter la concurrence entre elles et s'assurer qu'elles déposeraient des propositions d'un niveau de prix permettant à l'une d'entre elles de remporter le marché ; que ces entreprises, habituées à répondre à des consultations, ne pouvaient ignorer la portée des infractions aux règles de concurrence ; qu'au surplus, la concurrence a pu d'autant plus être affectée que le nombre de participants à ces consultations était restreint ; qu'il en résulte que la gravité de leurs pratiques anticoncurrentielles est ainsi établie [...]»*.

Dans l'affaire relative à l'entente dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Ain, le Conseil a considéré que la gravité était accrue par le fait que celle-ci avait été mise en œuvre dans le cadre de la première application de la nouvelle procédure d'attribution des délégations de service public prévues par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 dite *«Loi Sapin»* (02-D-59).

La gravité de la pratique ne peut être atténuée, ni par le fait que plusieurs sociétés ont perdu l'exploitation de certains lots et/ou n'ont pas obtenu

l'ensemble des lots pour lesquels elles avaient déposé des offres, ni même par le fait que certains lots ont changé de titulaires à l'issue de la procédure (02-D-59).

La généralisation des pratiques d'entente dans le cadre des marchés publics confère à ces dernières une particulière gravité, de telle sorte qu'il n'est pas contraire au principe de proportionnalité des peines que la sanction prononcée puisse être sensiblement supérieure à la valeur des marchés sur lesquels elles ont été mises en œuvre (02-D-48).

Les ententes verticales ou horizontales

La gravité des pratiques de concertation et d'échanges d'informations entre fabricants et distributeurs tire son importance du fait que ces pratiques tendent à figer les positions acquises par les distributeurs entre eux et à priver les consommateurs de la possibilité d'acquérir des biens à des prix plus avantageux, qui auraient dû résulter d'une véritable concurrence par les prix entre réseaux de distribution (02-D-42).

Les ententes sur les prix bruts et les remises aux distributeurs et aux clients industriels mises en œuvre par six des principaux fabricants de roulements vendant leurs produits sur le territoire français rentrent dans la catégorie des «*ententes injustifiables*» au sens de la recommandation de l'OCDE du 25 mars 1998 et sont particulièrement graves. Comme le souligne cette organisation dans ses recommandations, «*les ententes injustifiables constituent la violation la plus flagrante du droit de la concurrence*» (02-D-57).

Le boycott

La pratique qui consiste, pour un nombre relativement important d'entreprises intervenant sur un marché de produits destinés au consommateur final, à se mettre d'accord entre elles pour organiser le boycott de leurs fournisseurs, afin de les contraindre à cesser d'approvisionner un de leurs concurrents, ou pour obliger ce concurrent à renoncer à sa politique de prix bas, revêt une particulière gravité, même si ce mouvement a eu une durée limitée. Il est, de même, particulièrement grave pour un fournisseur de s'associer à un tel mouvement et cesser toute relation commerciale avec l'entreprise de distribution visée (02-D-36).

● **Les caractéristiques des pratiques relevées**

Ont été retenus à ce titre comme constituant des facteurs de gravité :

Le fait de continuer à conclure des contrats comportant une clause d'exclusivité anticoncurrentielle

Le fait de continuer à conclure des contrats comportant une clause d'exclusivité anticoncurrentielle en dépit de la saisine du Conseil et d'avoir refusé le renouvellement des contrats dépourvus de cette clause d'exclusivité (02-D-33).

La réitération de pratiques déjà sanctionnées

Le fait que des pratiques similaires ont déjà été sanctionnées à maintes reprises dans le même secteur et, notamment, dans une décision 92-D-37 du 2 juin 1992 assortie d'une mesure de publication dans un quotidien local diffusé sur la même région que celle concernée par les pratiques en cause. En conséquence, les entreprises ne pouvaient ignorer le caractère prohibé et la gravité des pratiques mises en œuvre (02-D-62).

L'effet d'éviction du marché

Le fait qu'un Ordre professionnel et son président, en particulier, soient directement intervenus dans les procédures de passation des marchés lancées par un conseil général, afin d'évincer certains concurrents et, pour le président, de se faire personnellement attribuer certains marchés (02-D-14).

L'effet de fermeture du marché

Le fait de fermer totalement un marché ou une part substantielle d'un marché (02-D-33).

● *Le pouvoir d'influence des auteurs*

Ont été considérés comme constituant des facteurs de gravité :

L'autorité de l'auteur des pratiques

Le fait que les pratiques anticoncurrentielles ont été mises en œuvre par l'autorité morale (un ordre professionnel) réglementant une profession, qui a usé de son autorité pour diffuser des consignes à travers toutes les instances et qui a usé de son autorité pour influencer et tromper l'acheteur public sur la réalité de la législation en vigueur et écarter la concurrence (02-D-14).

L'importance de l'auteur des pratiques :

- la pratique a été mise en œuvre par l'entreprise co-leader sur le marché (02-D-42) ;
- ou, par des entreprises de dimension internationale, disposant de moyens importants (secteur des roulements à billes et assimilés (02-D-57) ;
- ou par les seuls syndicats professionnels significatifs sur le marché du déménagement (02-D-60).

Le dommage à l'économie

En matière d'ententes dans le cadre d'appels d'offres, la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, énonce que «[...] *le dommage à l'économie, indépendant du préjudice subi par le maître de l'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires, doit s'apprécier en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence par la généralisation de telles pratiques*» (CA Paris, 15 juin 1999, SA Société Languedocienne de travaux publics et de génie civil (Solatrag)). Ce principe a été repris dans les décisions 02-D-37 ; 02-D-43 ; 02-D-48.

Cependant, ce préjudice n'est pas absent de l'appréciation qui peut être conduite à cet égard. Ainsi, dans sa décision 02-D-48, le Conseil a-t-il retenu le montant des marchés par rapport à la petite taille des communes concernées.

De façon générale, plusieurs critères d'appréciation peuvent être mis en œuvre :

● La durée des pratiques

Ont à ce titre été retenues les circonstances suivantes :

- l'entente de répartition de marchés s'est poursuivie sur deux années (02-D-43) ;
- l'entente a été mise en œuvre sur une période relativement longue, de 1993 à 1998 (02-D-57) ;
- l'ancienneté des stipulations statutaires incriminées des organismes en cause (02-D-60).

● Les effets conjoncturels

Les effets conjoncturels importants

- la pratique en cause a engendré un doublement du montant de plusieurs marchés (02-D-14) ;
- la forte hausse des sommes facturées aux établissements prescripteurs de transports médicalisés secondaires, par rapport à la situation qui prévalait avant la concertation, sans que cette hausse puisse être justifiée par de nouveaux éléments concernant les coûts supportés par les entreprises concernées (02-D-23) ;
- l'échec de la mise en concurrence organisée par l'hôpital d'Epinal pour la passation de contrats portant sur les transports médicalisés secondaires alors que cette mise en concurrence était de nature à remettre en cause les tarifs établis de façon concertée (02-D-23) ;
- la pratique a provoqué une hausse artificielle des prix (02-D-62).

Les effets conjoncturels simplement constatés ou potentiels

- le fait que l'entente n'ait eu d'effet que sur un secteur géographique limité (02-D-43) ;
- le fait que le prix de l'offre retenue ait été inférieur à l'estimation initiale du maître de l'ouvrage n'est nullement de nature à supprimer le grief d'atteinte à la concurrence, dès lors que cette atteinte a précisément pu avoir pour effet d'empêcher l'établissement d'un prix réellement concurrentiel et librement débattu, qui aurait pu être plus bas (02-D-37) ;
- l'évolution à la baisse des prix moyens des biens objet de l'entente, qui résulte de plusieurs facteurs, comme le progrès technologique, les effets d'échelle ou de gamme ou les changements dans les comportements de consommation, a pu être freinée par les pratiques litigieuses (02-D-42).

Les effets conjoncturels tendant à limiter le dommage à l'économie

Le fait que la concertation, organisée par des distributeurs dans le but de

boycotter un concurrent, n'a réussi à rallier qu'un seul fournisseur, que les autres fournisseurs n'ont pas cédé aux pressions et ont continué à approvisionner normalement le magasin visé et que ce dernier a continué à se développer normalement sont des éléments tendant à limiter le dommage à l'économie (02-D-36).

● Les effets structurels

La création de barrières à l'entrée d'un marché, entravant l'arrivée sur le marché du traitement des coupons de réduction de nouveaux concurrents, alors même que ce marché est pourtant en constante progression (02-D-33).

● Les caractéristiques du marché

Les caractéristiques du marché ayant amplifié le dommage résultant de la pratique

De manière générale, la taille et le montant du marché affecté par les pratiques sont des éléments importants pour déterminer l'ampleur du dommage à l'économie (02-D-14 ; 02-D-33 ; 02-D-48 ; 02-D-57). Mais ont aussi été retenus à ce titre les éléments suivants :

- le fait que l'intégralité des lots ont été concernés par l'entente (02-D-59) ;
- le fait que la concurrence soit déjà réduite en raison d'un nombre restreint d'entreprises sur le marché (02-D-37 ; 02-D-48) ;
- le fait que les entreprises parties à l'entente représentaient sur le marché français près des trois quarts du total des ventes (02-D-57) ;
- le fait que les matériels objets de l'entente sont indispensables au fonctionnement de toute machine mécanique et sont donc utilisés dans de très nombreuses branches de l'activité économique (02-D-57) ;
- le fait que les décisions prises par les acheteurs en ce qui concerne le matériel retenu, objet de l'entente, engagent celles qui sont prises par la suite (02-D-57) ;
- le fait que le marché était en récession, avec une hausse des prix de l'ensemble des produits industriels limitée à 1,16 % (02-D-57) ;

Les caractéristiques du marché ayant contribué à limiter l'étendue du dommage

Le Conseil de la concurrence n'a pas relevé de telles caractéristiques dans les décisions de sanctions prononcées en 2002.

La situation de l'auteur des pratiques

● Les caractéristiques dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer

L'argument selon lequel un chef d'entreprise se serait plié à des pratiques de concertation sur des appels d'offres, par nécessité, pour lutter contre l'agressivité commerciale des entreprises nationales est inopérant (02-D-48).

Dans sa décision 02-D-62 le Conseil a répondu à un moyen fondé sur la suspension des poursuites en cas de procédure collective, invoqué par le commissaire à l'exécution du plan de cession de l'une des entreprises en cause. Ce dernier faisait en effet valoir que les dispositions des articles

L. 621-40 et L. 621-43 du code de commerce s'opposaient au prononcé de toute condamnation à l'encontre de la société qu'il représentait, dans la mesure où la condamnation à intervenir trouverait son origine dans des fautes antérieures au prononcé du redressement judiciaire et où cette créance n'aurait pas fait l'objet d'une déclaration au représentant des créanciers.

Le Conseil a écarté cette argumentation en rappelant qu'il résultait d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 4 mars 1997, société Desbarbieux, que *«les condamnations prononcées par le Conseil de la concurrence après le jugement d'ouverture sont des sanctions pécuniaires qui n'existent que depuis sa décision, de sorte que ces créances n'ont pas leur origine dans le jugement d'ouverture et ne sont pas soumises aux dispositions des articles 47 et 50»*. En conséquence, les dispositions invoquées ne pouvaient faire échec ni à l'examen des pratiques ni à leur sanction par le Conseil de la concurrence.

● Les caractéristiques de nature à aggraver la sanction

- le rôle d'animateur dans la conception et la réalisation de la pratique anticoncurrentielle (02-D-14 ; 02-D-36 ; 02-D-48 ; 02-D-57 ; 02-D-59) ;
- le fait pour une entreprise de s'associer de façon active à la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle (02-D-36) ;
- le fait que les pratiques anticoncurrentielles aient été mises en œuvre par une entreprise connue, appartenant à un grand groupe ou de grande envergure dans le secteur, de telle sorte que son comportement a pu inciter les entreprises de taille plus modeste à adopter ce même comportement (effet d'entraînement) (02-D-36 ; 02-D-37 ; 02-D-42 ; 02-D-43 ; 02-D-48) ;
- le fait que l'entreprise ayant mis en œuvre les pratiques anticoncurrentielles représente une puissance d'achat importante sur le marché (02-D-36 ; 02-D-42) ;
- le fait que les entreprises auteurs des pratiques ne pouvaient ignorer le caractère anticoncurrentiel de leurs comportements (02-D-48) ;
- la réitération de pratiques anticoncurrentielles par des entreprises déjà sanctionnées (02-D-42 ; 02-D-48) ;
- le fait que pour de nombreux lots, la concertation impliquait l'entreprise précédemment titulaire du lot, susceptible, de par son implantation et sa bonne connaissance du service, de présenter une offre plus compétitive que celles présentées par les autres soumissionnaires (02-D-59).

Dans sa décision 02-D-48, le Conseil a été conduit à apporter des précisions sur l'absence de proportionnalité qui peut parfois être constatée entre les sanctions infligées aux différentes entreprises en cause dans une même affaire. Répondant au moyen d'une société qui contestait la disproportion de la sanction demandée à son encontre par le commissaire du Gouvernement, au regard des autres sanctions demandées, le Conseil a précisé que *«[...] si les montants des sanctions proposées par le commissaire du Gouvernement pour les autres entreprises mises en cause apparaissent plus faibles en valeur absolue que celui proposé à l'encontre de la société Sade CGTH, ces montants représentent pour ces autres entreprises, une part plus importante de leur chiffre d'affaires ; qu'il y a lieu, à cet égard,*

d'observer que le chiffre d'affaires de la société Sade est près de vingt fois supérieur à celui des sociétés STPV et Cathelain, plus de 250 fois supérieur à celui des sociétés ARC et Descamps, de telle sorte que, quand bien même les montants des sanctions ne serait-il pas en stricte corrélation avec le montant des chiffres d'affaires des entreprises en cause, il ne serait pas contraire au respect du principe de la proportionnalité des peines que la sanction appliquée à la société Sade représente, dans le cas d'espèce, un montant nettement plus important en valeur absolue, que le montant des sanctions infligées aux autres entreprises mises en cause [...]».

● Les caractéristiques de nature à justifier une sanction allégée ou nulle

- le fait que parmi les membres de l'association ayant mis en oeuvre l'entente anticoncurrentielle, seuls vingt-et-un d'entre eux ont effectivement appliqué les tarifs établis de façon concertée (02-D-23) ;
- le retrait rapide d'une entreprise de l'entente (02-D-23) ;
- le fait que les menaces de mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles n'aient pas été finalement exécutées (02-D-36) ;
- la mise en liquidation judiciaire de l'entreprise auteur des pratiques ou le maintien d'une entreprise pour les seuls besoins de sa liquidation justifie, en opportunité, qu'aucune sanction ne soit prononcée à leur encontre (02-D-23 ; 02-D-42 ; 02-D-43) ;
- le bénéficiaire du plan de cession d'une entreprise, décidé par un tribunal de commerce, après une mise en redressement judiciaire, ne peut se voir imposer des charges autres que celles qu'il a souscrites au cours de sa préparation (02-D-43 ; 02-D-62) ;
- le fait que les autorités chargées du contrôle des concentrations ne se sont pas opposées à la création des entreprises communes, ayant conduit à la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles avec leurs sociétés mères et le fait que ces dernières ont procédé au décroisement d'une partie de leurs entreprises communes, justifient l'absence de prononcé de sanction pécuniaire (02-D-44) ;
- le fait que les collectivités ont parfois été à l'origine de la création des entreprises communes de telle sorte qu'il n'est pas exclu que les entreprises en cause n'aient pas pu s'affranchir des exigences formulées par les autorités déléguées (02-D-44).

Le plafond des sanctions

Ainsi qu'il a été dit précédemment, le plafond des sanctions a été augmenté par les dispositions de la loi NRE du 15 mai 2001. Pour ce qui concerne l'application de ces dispositions dans le temps, le lecteur est invité à se reporter aux développements qui y sont consacrés dans l'introduction du présent chapitre consacré à l'aspect dissuasif des sanctions.

Aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 : «*Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxe réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 1 524 490 euros*».

Quand l'affaire fait l'objet d'une procédure simplifiée, c'est-à-dire sans établissement d'un rapport, la sanction pécuniaire prononcée, dans le cadre de cette procédure, ne peut excéder 500 000 F (76 244,51 euros) pour chacun des auteurs des pratiques prohibées (02-D-37 ; 02-D-33).

Pour les pratiques commises après l'entrée en vigueur de la loi, l'article L. 464-5 du code de commerce, prévoit que la sanction pécuniaire prononcée ne peut excéder 750.000 euros pour chacun des auteurs de pratiques prohibées (02-D-37).

Dans les cas où les pratiques anticoncurrentielles sont mises en œuvre par une association ou un ordre professionnel, le Conseil prend en compte les ressources de ces derniers, qui sont généralement constituées par le montant des cotisations des adhérents (02-D-14) ;

Le montant des sanctions, qui est fixé au regard du principe de la proportionnalité des peines, tient ainsi compte du montant du chiffre d'affaires des entreprises en cause. Ainsi, pour une même pratique, sur un même marché, le montant des sanctions, en valeur absolue, peut varier nettement selon les entreprises, sans que le principe de proportionnalité puisse être violé (02-D-48).

● La pluralité d'activités

S'agissant du chiffre d'affaires à prendre en compte afin de calculer le montant de la sanction, le Conseil a affirmé à nouveau, dans une affaire relative à des pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne, qu'aux termes mêmes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, en vigueur au moment des faits, la seule référence pertinente est le chiffre d'affaires total de l'entreprise et non pas le seul chiffre d'affaires réalisé dans tel ou tel secteur d'activité en rapport avec les pratiques reprochées. En conséquence, c'est le chiffre d'affaires global des entreprises incriminées, qui doit être retenu (02-D-62).

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

Le lecteur est invité à se reporter sur ce point à la partie «imputabilité des pratiques» (*supra*).

Dans sa décision 02-D-37, le Conseil a été conduit à fixer une sanction à une entreprise, créée en 2001, qui n'avait pas encore de chiffre d'affaires. Cette situation très particulière provenait du fait que cette société avait absorbé les deux entreprises ayant mis en œuvre les pratiques en cause et venait donc à leurs droits et obligations. En conséquence, le Conseil a apprécié le plafond de 5 % de l'article L. 464-2 du code de commerce par rapport aux derniers chiffres d'affaires réalisés par les sociétés absorbées.

Publication des décisions

La publication des décisions du Conseil constitue une sanction à l'égard des entreprises, mais surtout, participe à la mission de prévention attribuée au Conseil chargé d'assurer la défense d'un ordre public économique. En effet,

la publicité donnée à une décision de sanctions permet d'alerter autant les acteurs du marché que les consommateurs sur le caractère anticoncurrentiel de certaines pratiques. C'est la raison pour laquelle le Conseil enjoint que ces publications soient faites dans des organes de presse susceptibles de toucher le maximum de personnes concernées par les pratiques.

Exemples de publications

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes, le Conseil a enjoint au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts de faire publier, à ses frais, la partie II de la décision de sanction et le dispositif de celle-ci dans la revue *Le Moniteur des travaux publics* (02-D-14).

S'agissant des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction, le Conseil a enjoint à la société Sogec Gestion de procéder, à ses frais, à la publication de l'intégralité de la décision dans le magazine *Libre Service Actualité* (LSA) (02-D-33).

La décision relative aux pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise, comporte une injonction de publication dans le quotidien *Le Progrès* et dans la revue *Inform'optique* (02-D-36).

Dans l'affaire relative à la situation de la concurrence dans le secteur des tuyauteries de gaz, le Conseil a enjoint aux entreprises Endel, Ponticelli Frères et Suburbaine de canalisations et de grands travaux, la publication de la décision de sanction, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, dans la revue hebdomadaire *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment* (02-D-37).

Concernant les pratiques relevées lors de marchés de travaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque (SIAERD), le Conseil a enjoint aux sociétés Eurovia, Devin Lemarchand Environnement, Edgard Duval, Lamblin, Lyonnaise des eaux, Eurovia STR, Travaux et Entreprise des Flandres et Faignot, la publication de la décision de sanction dans le quotidien *La Voix du Nord* (02-D-43).

Pour des pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne, le Conseil a enjoint aux entreprises en cause la publication de la décision à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires 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 (02-D-62).

Motifs de l'injonction de publier

● Informer les professionnels du secteur

Dans l'affaire relative aux pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction, il est apparu au Conseil qu'il était important,

pour assurer l'ouverture du marché considéré, de faire connaître à l'ensemble des professionnels intéressés, d'une part, la suspension immédiate par la société Sogec Gestion des clauses d'exclusivité figurant dans ses contrats et revêtant un caractère anticoncurrentiel, d'autre part, la suppression de ces clauses dans les contrats qui seront proposés au renouvellement, pendant cinq ans (02-D-33).

S'agissant de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise, le Conseil a estimé qu'il était nécessaire d'informer l'ensemble des opticiens exerçant en France, afin d'éviter le renouvellement de pratiques semblables sur d'autres marchés géographiques. Il a, à cette fin, prescrit la publication de la partie II de la décision dans la revue *Inform'optique* par les mêmes sociétés et dans les mêmes conditions (02-D-36).

En matière d'entente sur des marchés publics, le Conseil a souhaité, d'une part, informer les collectivités locales du caractère illicite des pratiques en cause et du montant des sanctions (02-D-43), d'autre part, rappeler aux entreprises du secteur des travaux publics, le caractère illicite des échanges d'informations avant le dépôt des offres par les soumissionnaires, ainsi que les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises qui s'y prêtent (02-D-37).

● Informer les consommateurs finaux

Dans l'affaire relative aux pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique dans l'agglomération lyonnaise, le Conseil a considéré qu'il était nécessaire d'informer les consommateurs de cette agglomération des pratiques d'entente sur les prix mises en œuvre par un nombre important d'opticiens de cette agglomération et par le fabricant L'Amy SA (02-D-36).

S'agissant du secteur du déménagement, le Conseil, confronté de manière récurrente à des pratiques d'entente, a souhaité renforcer l'efficacité de ses décisions et porter à la connaissance des personnels militaires prenant part à des opérations de déménagement, le caractère illicite des pratiques en cause ainsi que les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises qui s'y prêtent. La publication de la décision a été ordonnée dans le magazine *Armée d'aujourd'hui*, mensuel édité par le ministère de la défense et destiné spécifiquement à l'information des personnels militaires (02-D-62).

Transmission au ministre de l'économie

Bien qu'il ne s'agisse pas, à proprement parler, d'une sanction, le Conseil a, pour la première fois, fait application de l'article L. 430-9 du code de commerce lui permettant de demander au ministre de l'économie d'enjoindre, lui-même, à des entreprises de mettre fin à des pratiques d'abus de position dominante résultant d'une ou plusieurs opérations de concentration.

Cet article dispose, en effet, que : «*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*

dre, 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».

Dans sa décision 02-D-44, le Conseil avait relevé que les sociétés Compagnie générale des eaux et Lyonnaise des eaux avaient créé, sur tout le territoire national, de nombreuses filiales communes et que ces deux sociétés s'abstenaient, d'une manière générale, de répondre aux appels d'offres en concurrence avec leurs entreprises communes. Il a estimé que cette pratique, qui avait pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence, constituait un abus de leur position dominante collective. Compte tenu des circonstances de l'espèce et, notamment, d'une part, de ce que les autorités chargées du contrôle des concentrations ne s'étaient pas opposées à la création des filiales communes intervenue postérieurement à l'introduction en France d'un droit des concentrations, d'autre part, de ce que les collectivités avaient parfois été à l'origine de la création des entreprises en cause, le Conseil a estimé qu'il n'y avait pas lieu de prononcer des sanctions pécuniaires à l'encontre des sociétés CGE et SLDE. En revanche, afin d'empêcher que les pratiques d'abus ne se perpétuent, le Conseil a demandé au ministre chargé de l'économie d'enjoindre à ces deux sociétés de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes qui ont conduit ces entreprises à associer leurs moyens dans le cadre des filiales communes qu'elles ont créées conjointement dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement (Voir aussi Décisions les plus notables).

Transmission du dossier au procureur de la République (article L. 462-6 du code de commerce)

Lorsque l'examen des éléments du dossier fait apparaître qu'une personne physique a pris frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2, le Conseil de la concurrence adresse, en application des dispositions du second alinéa de l'article L. 462-6 du code de commerce, le dossier au procureur de la République. Une telle participation est, en effet, réprimée par l'article L. 420-6 du code de commerce, d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 76 225 euros.

En application de ces dispositions, le Conseil a considéré qu'étaient de nature à justifier la transmission du dossier au procureur de la République compétent les agissements suivants :

- la part personnelle et déterminante prise par le président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon dans le changement intervenu dans une procédure de passation du marché de travaux topographiques et fonciers sur le réseau routier départemental lancé par le conseil général de l'Ardèche et le fait que l'attribution d'un des lots dont il avait

bénéficié, était directement liée à la manœuvre destinée à tromper le maître d'ouvrage sur l'étendue réelle du monopole des géomètres-experts ;

- la part personnelle et déterminante prise par le président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Marseille auprès de la collectivité territoriale de Corse dans le changement d'attributaire d'un marché passé par elle pour la réalisation de travaux topographiques, en jetant le discrédit sur des travaux qui pourraient être réalisés par des géomètres-experts extérieurs à la Corse et en motivant son intervention par des motifs fallacieux portant sur les conditions d'exercice de la profession de géomètre-expert (02-D-14).

Dans l'affaire relative aux pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public, le Conseil a rejeté la demande présentée par les parties saisissantes de transmission de dossier au procureur de la République. Il a précisé à cet égard que l'application des dispositions de l'article L. 420-6 du code de commerce supposait que soit constatée la *«part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées»*, prise *«frauduleusement»* par *«toute personne physique»*. Or, en l'espèce, d'une part, les plaintes des parties saisissantes, ne visaient que des personnes morales et, d'autre part, le dossier ne comportait aucun élément permettant d'attribuer aux personnes physiques ayant concouru à la commission des infractions constatées une part *«déterminante»* dans leur conception, leur organisation ou leur mise en œuvre (02-D-42).

■ Les avis rendus en matière de concentration

Le Conseil a rendu en 2002 quatre avis relatifs à des opérations de concentration :

- l'acquisition de la société European Graphic Group (ou E2G, filiale de Hachette Filipacchi Presse) par la société Imprimerie Quebecor France (avis 02-A-01) ;
- l'acquisition d'un ensemble de sites pylônes de la société Bouygues Télécom par la société Télédiffusion de France (avis 02-A-04) ;
- l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB (avis 02-A-07). De dimension communautaire, cette opération a été renvoyée par la Commission européenne aux autorités françaises de concurrence, pour ce qui concerne ses effets sur les marchés nationaux, conformément aux dispositions de l'article 9 du règlement n° 4064/89 ;
- la reprise de la société Ouest Répartition Pharmaceutique par la société Alliance Santé Distribution (avis 02-A-15).

Trois des quatre avis ont été rendus sur le fondement des dispositions applicables avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, c'est-à-dire avant la publication du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, pris pour son application. Le dernier avis (02-A-15) concerne une opération devenue définitive après la publication du décret précité et pour

laquelle les dispositions de la loi sur les nouvelles régulations économiques en matière de contrôle des concentrations sont donc applicables.

Contrôlabilité de l'opération

Avis rendus sur le fondement des dispositions applicables avant l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001

Au sens de l'ancien article L. 430-2 du code de commerce applicable à trois des quatre opérations commentées, *«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 un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante»*.

De plus, l'article L. 430-1 du code de commerce, dans son ancienne rédaction, conférait au ministre chargé de l'économie la faculté de saisir le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence, *«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, 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»*.

Aucune des trois opérations examinées sur le fondement de ces dispositions n'a posé de problème particulier en ce qui concerne la qualification de concentration.

L'opération Quebecor-E2G consistait, en effet, dans le rachat par Imprimerie Quebecor France de la totalité des actions de E2G.

L'opération TDF-Bouygues était plus complexe, puisque la société TDF avait, à l'issue d'un appel d'offres lancé par la société Bouygues Télécom, conclu deux accords avec cette société : un accord-cadre de cession portant sur un ensemble de sites pylônes destinés à recueillir des équipements de radiocommunication et un accord-cadre de location, aux termes duquel Bouygues Télécom louerait des emplacements pour ses équipements de radiocommunication sur les sites pylônes cédés. De plus, l'accord-cadre de location prévoyait que Bouygues Télécom bénéficiait d'un droit de préférence jusqu'au 1^{er} septembre 2006 pour la location d'un emplacement qui ferait l'objet d'une demande de cohabitation par un tiers. Le Conseil a estimé que, dès lors qu'elle emportait un transfert de propriété d'une partie des biens de la société Bouygues Télécom au bénéfice de la société TDF, l'opé-

ration d'acquisition des sites pylônes visés dans le contrat de vente constituait une concentration au sens de l'article L. 430-2.

La reprise par SEB de la société Moulinex faisait suite à la mise en redressement judiciaire de cette dernière par jugement du tribunal de commerce de Nanterre, en date du 7 septembre 2001. Les administrateurs désignés ont écarté la solution d'un plan de continuation au profit d'un plan de cession. L'offre de la société SEB a été retenue, assortie d'une clause d'inaliénabilité des actifs pendant une période de deux ans après l'entrée en jouissance et d'une interdiction de tout licenciement économique des salariés repris. Dès lors que le plan prévoyait la cession de l'ensemble des éléments incorporels, de la majorité des éléments corporels, de cinq filiales et de tous les salariés maintenus en activité, l'opération a été considérée comme contrôlable au sens de l'article L. 430-2 du code de commerce, dans sa rédaction alors en vigueur. Le Conseil s'est, cependant, interrogé sur la possibilité de conflit entre la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 430-5 et la décision juridictionnelle prise par le tribunal de commerce en vertu de la législation relative au redressement judiciaire (caractère forfaitaire et intangibilité du plan de cession).

Les seuils en chiffre d'affaires fixés par l'article L. 430-1 du code de commerce, dans sa rédaction alors en vigueur, n'étaient atteints dans aucune des trois opérations concernées. Le Conseil a donc procédé à la délimitation des marchés pertinents affectés par l'opération et évalué la part détenue sur ces marchés ensemble par les entreprises parties à la concentration, qui s'est avérée pour les trois opérations supérieure à 25 % pour un ou plusieurs d'entre eux. Dans le cas de TDF, filiale, à la date de l'opération, à 100 % du groupe France Télécom, le Conseil a pris en compte la part de marché des entreprises parties ainsi que de celles qui leur étaient économiquement liées, c'est-à-dire en l'espèce, de Bouygues, de TDF, de France Télécom et d'Orange.

Avis rendu sur le fondement des dispositions applicables après l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001

La contrôlabilité d'une opération de concentration relève désormais de la combinaison des articles L. 430-1 et L. 430-2 du code de commerce.

Aux termes de l'article L. 430-1 : *« I. Une opération de concentration est réalisée : 1° - Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2° - Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises. [...] »*

« III. Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment : des »

droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ; des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.»

L'article L. 430-2 du code de commerce définit les seuils de chiffre d'affaires au delà desquels une opération de concentration est contrôlable «[...] - le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ; [...] - le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros».

La société Ouest Répartition Pharmaceutique (ORP) a été déclarée en état de cessation de paiement puis mise en redressement judiciaire le 28 janvier 2002, par jugement du tribunal de commerce de Nantes. L'acquisition par la société Alliance Santé Distribution de la société ORP s'effectuait dans le cadre de cette procédure. Le plan de continuation présenté par Alliance Santé, qui consistait essentiellement à maintenir l'activité et les effectifs dans leur intégralité et en un désintéressement non négligeable des créanciers, a été arrêté par le tribunal le 26 juin 2002. Selon ce plan, la société Alliance Santé devenait le principal actionnaire d'ORP avec plus de 80 % du capital, cette dernière société pouvant, en outre, accéder aux services d'automatisation des agences, de télétransmission et d'informatique de réseau mis en place par Alliance Santé et bénéficier, auprès des fournisseurs, des conditions d'achat et de règlement négociées par le groupe. La société Alliance Santé détenait, après l'opération, 41 998 des 50 000 actions de la société ORP, soit 84 % de son capital. L'opération constituait donc une concentration au sens de l'article L. 430-1.

Les chiffres d'affaires France consolidés s'élevant respectivement, pour 2001, à 228 millions d'euros pour ORP et 4,84 milliards d'euros pour Alliance Santé, les deux entreprises se situaient au delà des seuils définis à l'article L. 430-2.

La délimitation des marchés pertinents

Les marchés de produits

Dans les quatre avis présentés, le Conseil a fondé la délimitation des marchés pertinents sur la substituabilité des produits ou services du point de vue de la demande (compte tenu de la fonction des produits pour l'opération SEB-Moulinex) et de leurs caractéristiques (caractéristiques techniques pour TDF-Bouygues et Quebecor-E2G, juridiques pour Alliance Santé-ORP).

Dans le secteur de l'imprimerie, concerné par le rachat de la société E2G par la société Quebecor, le Conseil a constaté que les deux techniques d'impression utilisées, l'offset et l'héliogravure, présentaient certes d'importantes différences en termes de coût de revient et de qualité des produits imprimés, mais n'étaient pas à elles seules déterminantes pour la défi-

inition du marché, et que la question pertinente était de savoir si ces différences étaient pour les demandeurs, ou pour une part substantielle d'entre eux, d'une importance telle qu'elles les conduisent à considérer que ces techniques ne constituent pas des moyens alternatifs de répondre à un même besoin. Il a ainsi été amené à opérer une distinction entre d'une part, l'impression de prospectus et de catalogues de grand tirage pour la VPC, pour lesquels la substituabilité de l'offset à l'héliogravure apparaît trop faible pour limiter le pouvoir de marché que détiendrait une entreprise qui aurait une position dominante dans l'héliogravure et, d'autre part, l'impression de magazines, pour lesquels les deux technologies sont fortement concurrentes.

Afin de délimiter le périmètre du ou des marchés susceptibles d'être affectés par l'opération TDF/Bouygues, le Conseil a estimé nécessaire de déterminer si les pylônes cédés, qui n'hébergeaient alors que des équipements de télécommunications GSM, pouvaient être utilisés pour d'autres usages que la téléphonie mobile tels que télévision, radiomessagerie, boucle locale radio, radios, réseaux institutionnels. De même, le Conseil a été conduit à analyser la substituabilité de ce type de pylônes par rapport à d'autres types d'infrastructures susceptibles d'accueillir les mêmes équipements. La polyvalence des sites pylônes cédés et leur substituabilité à d'autres types de sites lui sont apparus suffisamment faibles, pour qu'il estime que le marché de produits susceptible d'être affecté par l'opération était celui de l'accueil sur sites pylônes des équipements de télécommunication mobiles de deuxième et de troisième génération.

Les sociétés ASD et ORP avaient pour activité principale la distribution des médicaments aux officines pharmaceutiques. Compte tenu des contraintes juridiques particulières auxquelles est astreinte cette activité de grossiste-répartiteur (autorisation d'ouverture, stock, délais de livraisons), le Conseil a considéré qu'elle constituait un marché pertinent.

Dans sa décision autorisant la reprise par SEB de certains actifs de Moulinex, dans les treize autres marchés européens affectés, la Commission européenne avait retenu une définition des marchés de produits selon la fonction de l'appareil et avait ainsi distingué treize marchés. Le groupe SEB contestait devant le Conseil cette définition des marchés de produits, estimant que son pouvoir de marché devait s'apprécier en tenant compte de l'existence de produits non électriques, vers lesquels la demande pourrait se reporter. Le Conseil a considéré que la fonction de l'appareil était certes un des critères à prendre en compte pour apprécier la possibilité de substitution entre les appareils électriques et non électriques, mais que la substituabilité des produits du point de vue de la demande dépendait également d'autres facteurs tels les contraintes et le confort d'utilisation ainsi que les écarts de prix. Ainsi, il a distingué les petits appareils électroménagers des appareils non électriques et a repris l'analyse faite par la Commission, aucun élément propre au marché français ne justifiant sa remise en cause. Les marchés de produits retenus étaient donc les suivants : friteuses électriques, mini-fours, grille-pain, cafetières électriques, expressos, bouilloires électriques, barbecues et grils électriques, cuiseurs de riz/cuiseurs vapeur, fers vapeur, aspirateurs, appareils de préparation des aliments, appareils de repas informels.

La dimension géographique des marchés

Dans l'opération Quebecor-E2G, le Conseil a constaté que nombre de travaux d'imprimerie en héliogravure pouvaient être et étaient réalisés hors de France et que les producteurs étrangers situés dans un rayon de 700 kilomètres autour de Paris étaient aptes à répondre à la demande des VPCistes et des éditeurs de magazines. Cette internationalisation de la production s'explique par le fait que les problèmes de délais liés au transport sont peu pénalisants. En effet, pour la clientèle des distributeurs, dont les imprimés ne sont pas assujettis à une périodicité fixe de parution ni à un bouclage rédactionnel plus ou moins dépendant de l'actualité, la fabrication peut être organisée plusieurs semaines à l'avance et seul un éventuel surcoût résultant du transport pourrait être pris en considération. Concernant la presse magazine française, le Conseil a constaté que les hebdomadaires destinés au marché français imprimés en héliogravure étaient indifféremment fabriqués en région parisienne, en province ou à l'étranger. Les critères déterminants sont les caractéristiques techniques et la disponibilité des rotatives demandées pour les travaux ainsi que les plannings de production, plus que l'éloignement par rapport à Paris. Le fait que les sites de production de papier se situent au nord de l'Europe relativise également l'importance du critère de proximité des lieux d'impression par rapport aux lieux de livraison, le coût du transport des produits imprimés étant plus que compensé par celui du transport du papier vierge, toujours plus volumineux en raison des chutes.

Dans l'examen de l'opération Bouygues Télécom-Télédiffusion de France, le Conseil a retenu une dimension nationale pour les marchés considérés dans la mesure où la demande d'accueil d'équipements de radiocommunications était uniquement le fait d'opérateurs nationaux exploitant un réseau de radiophonie mobile dans le cadre d'une licence accordée moyennant un objectif de couverture nationale. Cette obligation de couverture (avec pour objectif la couverture de 99 % de la population) s'imposant concurremment à tous les titulaires de licences, il n'existe aucun partage possible du territoire entre les opérateurs. Les modalités de déploiement des réseaux de téléphonie mobile répondent bien à une problématique locale liée au choix des sites, mais ce choix ne s'opère pas selon des critères suffisamment caractérisés pour pouvoir retenir, au sens du droit de la concurrence, l'existence de marchés locaux.

Dans l'opération Alliance Santé-ORP, le Conseil a observé que la zone de chalandise couverte par chaque établissement était contrainte, d'une part, par la densité de la couverture du territoire en officines, la qualité du réseau routier, la densité de la circulation, et d'autre part, par des obligations réglementaires pesant sur les répartiteurs en termes de stocks, de fréquence et de délais de livraison. Les coûts de transport et de logistique induits par une zone de chalandise trop étendue pesaient rapidement sur la rentabilité du répartiteur. De plus, bien que les trois principaux grossistes-répartiteurs soient présents sur l'ensemble du territoire national, il existe une grande diversité de leurs parts de marché au niveau local. Les effets de l'opération ont donc été appréciés au niveau local.

Lors de son examen de l'opération SEB-Moulinex, la Commission, relevant que les parts de marchés des différents fabricants étaient très hétérogènes d'un pays à l'autre, que les niveaux de prix variaient selon les pays, et que les structures logistiques, d'approvisionnement et de distribution étaient nationales, a défini des marchés de produits limités aux territoires nationaux, avant de renvoyer aux autorités françaises l'examen de la situation sur les marchés français. Le Conseil n'a pas entendu remettre en cause cette délimitation.

Bilan concurrentiel

L'article L. 430-6 du code de commerce, tant dans sa rédaction postérieure à la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, que dans sa rédaction antérieure, précise que le Conseil examine si l'opération dont il est saisi *«est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante»*. La loi précitée a ajouté *«ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique»*.

Les quatre opérations examinées en 2002 présentaient une grande diversité de situations en ce qui concerne les types d'atteinte à la concurrence à analyser. La création ou le renforcement de la position dominante de la nouvelle entité issue de l'opération peut en effet être induite simplement par le cumul de parts de marché, dans une concentration horizontale. Le pouvoir de marché de la nouvelle entité peut également résulter du cumul de plusieurs marques notoires, voire incontournables, ou de la juxtaposition de positions fortes sur une gamme de produits, dans l'hypothèse d'une concentration concernant plusieurs marchés connexes ou verticaux. Dans le cas d'une intégration verticale, le risque de forclusion sur le marché aval est spécifiquement examiné par le Conseil. L'atteinte à la concurrence peut aussi prendre la forme d'un affaiblissement de l'incitation des principaux acteurs du marché à se faire concurrence. Ces risques sont toujours évalués par le Conseil au regard des caractéristiques du fonctionnement des marchés concernés, et notamment du nombre et de la taille des concurrents, des fournisseurs et des clients, et du degré d'ouverture.

La création ou le renforcement d'une position dominante

Compte tenu de la dimension géographique des marchés pertinents retenus pour l'examen des effets de l'opération Quebecor-E2G, et de la distinction faite entre l'impression de magazines, d'une part, l'impression de catalogues et de prospectus, d'autre part, le Conseil ne disposait pas des statistiques adéquates permettant de mesurer la part du nouvel ensemble dans les ventes réalisées sur ces marchés. Il a cependant estimé qu'elle pouvait être approchée par deux éléments complémentaires : la part de Quebecor-E2G dans les capacités de production en héliogravure des imprimeurs situés dans un rayon de 700 kilomètres autour de Paris (estimée à 26,1 %) et le taux d'utilisation des capacités de production. Il a également relevé qu'une

telle estimation présentait l'avantage d'être fondée sur une analyse des capacités de production des intervenants dans un secteur où les coûts fixes des installations représentaient une part très importante des coûts totaux et où l'existence de ces capacités constituait, dès lors, un élément déterminant du jeu concurrentiel et de la puissance relative des acteurs sur les marchés concernés.

En conséquence, le Conseil a observé que l'opération permettait à Quebecor de conforter sa position de leader pour l'impression en héliogravure. Cependant, pour l'impression des catalogues et prospectus, l'entrée d'un nouveau concurrent, l'existence de capacités de production non utilisées chez les concurrents allemands de Quebecor et la concurrence des imprimeurs situés au-delà de la zone de 700 kms retenue pour la définition géographique des marchés pertinents, concouraient à limiter le pouvoir de marché de Quebecor. Pour l'impression de magazines, le Conseil a considéré que la pression concurrentielle de l'offset pèserait sur les prix de l'héliogravure. Il a également noté, sur ces deux marchés, la présence d'acheteurs puissants.

Avant le rachat par TDF des sites pylônes de Bouygues, le groupe France Télécom détenait 64 % du marché de l'accueil sur site pylônes des équipements de télécommunication mobile, entendu comme le nombre de pylônes sur lesquels un opérateur GSM au moins loue un emplacement (les pylônes construits par les opérateurs mobiles pour leur propre usage et sur lesquels ils n'ont pas encore accueilli un autre opérateur n'étant pas pris en compte). Après l'opération, cette part pouvait être évaluée à 81,1 %, soit un sensible accroissement par rapport à la situation qui prévalait avant l'opération.

L'opération conduisait cependant à élargir l'offre disponible, puisqu'elle avait pour conséquence de mettre sur le marché les sites pylônes sur lesquels Bouygues n'avait pas d'accord d'échange avec un autre opérateur GSM. Le Conseil a, par ailleurs, remarqué qu'une analyse prospective conduisait à une remise en cause de l'exclusion du marché des sites construits par les opérateurs de téléphonie mobile et sur lesquels ils n'accueillaient pas à l'époque, d'autre opérateur. En effet, dans le cadre du déploiement de la téléphonie mobile de troisième génération, des obligations de mutualisation en faveur d'un opérateur qui ne disposerait pas d'un réseau GSM pèsent sur les trois opérateurs titulaires de licences GSM/DCS. Cependant, même en prenant en compte une plus grande mutualisation dans l'évaluation de la taille du marché concerné, le Conseil a constaté un renforcement de la position dominante du groupe France Télécom du fait de l'opération.

Le Conseil a constaté qu'après le rachat d'une partie des actifs de Moulinex, le groupe SEB détiendrait des parts de marchés très importantes pour plusieurs catégories d'appareils. Néanmoins, la présence sur les marchés de grands groupes détenant des marques notoires, l'existence d'un potentiel de développement des produits «sans marques» et des marques distributeurs, ainsi que la puissance de négociation de la grande distribution lui ont permis de conclure que le nouvel ensemble ne serait pas en mesure de s'abstraire de la concurrence sur les marchés concernés.

Dans l'opération Alliance Santé-ORP, le Conseil a constaté que, compte tenu de la taille très limitée d'ORP, la concentration n'était pas de nature à avoir un impact significatif sur la position occupée par Alliance Santé, et ce, quelle que soit l'étendue du marché géographique considéré (national ou local).

Les risques spécifiques liés au cumul de plusieurs marques notoires ou à la juxtaposition de positions fortes sur une gamme de produits

Le rachat de E2G par Quebecor donnait au nouvel ensemble, en sus de sa position de leader sur le marché de l'imprimerie, 10 % du marché français du brochage et 2,2 % du routage. Le Conseil a donc constaté que le groupe était en mesure de proposer à ses clients une offre unique regroupant l'impression, le brochage et le routage, et pourrait éventuellement restreindre les possibilités de choix de ses clients par des ventes liées. Il a cependant également constaté que plusieurs concurrents directs de Quebecor offraient aussi l'ensemble de ces prestations. De plus, une offre groupée ne correspondait ni aux attentes des clients qui avaient le souci de diversifier leurs fournisseurs pour sécuriser leurs approvisionnements afin notamment de se prémunir contre les conséquences d'un incident technique ou d'un conflit social, ni aux contraintes techniques rencontrées dans les activités de brochage et de routage.

L'opération SEB-Moulinex permettait à SEB d'ajouter les marques Moulinex et Krups à celles qu'il détenait déjà (SEB, Tefal, Rowenta et Calor) et de constituer ainsi un portefeuille de marques notoires, inégalé par ses concurrents. Un tel portefeuille pouvait renforcer le pouvoir de négociation du groupe vis-à-vis des distributeurs, au sens où les distributeurs auraient été contraints de faire figurer certaines marques jugées incontournables, dans leur rayon petit électroménager. Cependant, malgré la forte notoriété des marques détenues par le nouvel ensemble, celles-ci ne pouvaient, selon le Conseil, être considérées comme incontournables. En effet, la présence dans ce secteur d'autres marques à forte notoriété contrebalançait la valeur des marques détenues par le groupe SEB. De plus, le Conseil a relativisé l'importance de la marque comme critère de choix, dans la mesure où les consommateurs plaçaient ce critère après ceux du prix et de la qualité. D'autre part, en ce qui concerne la détention par le nouvel ensemble de positions fortes pour la plupart des appareils de petit électroménager, le Conseil n'a pas considéré qu'elle conférerait au nouvel ensemble un pouvoir de marché significatif, les distributeurs ayant déclaré qu'ils ne se fournissaient pas auprès d'un même fabricant pour l'ensemble de leur rayon petit électroménager et se préoccupaient, au contraire, de diversifier leurs fournisseurs.

L'affaiblissement du jeu concurrentiel lié à la réduction du nombre d'acteurs

La reprise d'ORP par Alliance Santé pouvait, *a priori*, susciter des doutes en ce qui concerne l'impact de cette opération sur l'intensité du jeu concu-

rentiel sur le marché concerné, dans la mesure où le marché cumulait déjà, avant l'opération, des caractéristiques peu favorables à un comportement offensif (forte concentration, réglementation favorisant l'homogénéité des prestations et des prix, demande inélastique aux prix) et où deux des principaux acteurs du marché avaient été condamnés par le Conseil, en 2001, pour avoir mis en œuvre des pratiques concertées en vue de faire échec à l'implantation d'ORP dans la région Nord et en Seine-Maritime. Le Conseil a, cependant, considéré que, même si la politique commerciale d'ORP, basée sur un service réduit en échange de remises plus importantes, avait pu être considérée comme gênante par les principaux acteurs du marché, on ne pouvait déduire de l'existence de mesures de rétorsion ciblées qu'ORP exerçait sur les membres de l'oligopole une pression concurrentielle significative de nature à les amener à améliorer, de façon prolongée, les conditions financières consenties ou la qualité du service rendu. Il a en effet constaté que la politique de prix agressive d'ORP n'était pas soutenable puisque ces prix étaient insuffisants pour assurer sa rentabilité et avaient conduit cette entreprise à cesser son activité. Dans ces conditions, sa disparition n'était pas de nature à affaiblir l'intensité du jeu concurrentiel.

Effets verticaux

L'opération TDF-Bouygues Télécom soulevait des risques de forclusion sur les marchés de la téléphonie mobile, liés à l'intégration, au sein du groupe France Télécom, d'un opérateur de téléphonie mobile (Orange) et d'un opérateur d'accueil sur site (TDF). Il pouvait, en effet, être envisagé que la stratégie du groupe soit de favoriser Orange par rapport aux autres opérateurs mobiles, fût-ce aux dépens des intérêts de TDF qui, pour rentabiliser l'opération, devait commercialiser de la façon la plus générale ses sites pylônes en y accueillant le maximum d'opérateurs. Dès lors, tout opérateur n'appartenant pas au groupe France Télécom ou n'ayant pas de lien privilégié avec lui, aurait pu, sur une zone géographique déterminée, avoir des difficultés à trouver un site d'accueil.

La société Bouygues Télécom était protégée contre ce risque d'abus de position dominante par le groupe France Télécom, dans la mesure où elle bénéficiait d'un droit de préférence lors de la commercialisation par TDF des sites concernés par l'opération, contrairement aux autres concurrents. Bien qu'au jour de l'avis, les conditions d'accueil sur les sites pylônes de TDF offertes aux opérateurs de téléphonie mobile aient été homogènes, ceci ne permettait pas de préjuger de l'effet, dans le futur, du renforcement de la position du groupe France Télécom sur le marché défini.

Le Conseil a donc considéré que seule la publication par TDF d'un catalogue de prix répertoriant les prestations offertes, afin de garantir l'accès aux sites dans des conditions tarifaires objectives, transparentes et non discriminatoires, permettait de limiter les risques exposés ci-dessus.

Contribution au progrès économique

TDF faisait valoir que son acquisition des pylônes de Bouygues allait favoriser leur mutualisation, une compagnie de site étant plus à même de réaliser et rentabiliser les travaux de renforcement de l'infrastructure nécessaires à la mutualisation qu'un opérateur de téléphonie mobile dont ce n'est pas le cœur de métier. Le Conseil a reconnu que le partage des sites entre plusieurs opérateurs de téléphonie mobile pouvait, en effet, constituer un objectif d'intérêt général, d'une part parce qu'il favorise l'extension de la couverture du territoire et le développement de l'UMTS, et, d'autre part, en raison de considérations environnementales et des préoccupations de santé publique tendant à une limitation de la prolifération des nouveaux sites pylônes. Il a, cependant, constaté que la clause de préférence dont aurait bénéficié la société Bouygues Télécom paraissait de nature à limiter les possibilités de partage des sites concernés.

En conséquence, le Conseil a considéré que l'opération ne pouvait apporter au progrès économique une contribution suffisante à compenser les risques d'atteinte à la concurrence qu'elle comportait sur les marchés concernés qu'à deux conditions : la suppression de la clause de préférence dont bénéficiait Bouygues Télécom dans le contrat, et la publication par TDF d'un catalogue de prix répertoriant les prestations offertes, afin de garantir l'accès aux sites dans des conditions tarifaires objectives, transparentes et non discriminatoires.

En ce qui concerne l'opération SEB-Moulinex, le Conseil, bien qu'ayant conclu que l'opération ne portait pas atteinte à la concurrence, a souligné que, de surcroît, le secteur du petit électroménager en France souffrait de plusieurs handicaps, notamment du fait d'une production non délocalisée (et donc moins compétitive en termes de coûts), des difficultés de positionnement des produits et enfin en raison des surcapacités chroniques, que les restructurations annoncées par SEB permettraient de corriger. Il a également noté que le maintien des sites de production en France, favoriserait une production de qualité avec des standards supérieurs aux normes réglementaires et des processus exigeants de contrôle de la qualité et de sélection des fournisseurs, ainsi qu'une plus grande réactivité et flexibilité de l'approvisionnement des distributeurs. Enfin, l'opération projetée permettait de maintenir les 270 centres de réparation agréés réalisant une bonne partie de leur chiffre d'affaires avec Moulinex et d'assurer ainsi la continuité du service au consommateur final (SEB s'étant engagé à assurer les garanties des produits Moulinex vendus avant la reprise et à produire les pièces détachées nécessaires aux réparations pendant cinq ans).

L'exception de l'entreprise défaillante

En ce qui concerne les opérations SEB-Moulinex et ASD-ORP, le Conseil a considéré qu'elles ne portaient pas atteinte à la concurrence. Dans les deux cas, il a, cependant, tenu à porter à l'attention du ministre le fait que l'entreprise acquise était défaillante et que le plan de reprise du repreneur était la seule offre sérieuse. Il a, de plus, constaté que la progression des parts

de marché de SEB, attendue après l'opération, serait vraisemblablement comparable à celle qui aurait été constatée en cas de disparition de Moulinex : *«...le transfert des parts de marché constaté entre Moulinex et SEB, alors que la cession n'était pas encore effective, laisse penser que, en cas de retrait du marché des produits Moulinex, comme cela a été le cas pendant quelques mois, les parts de marché détenues par le groupe SEB n'auraient pas été très différentes de celles résultant de l'opération»*. De même, il a observé que, dans l'hypothèse où ORP aurait exercé une pression concurrentielle significative sur le marché, sa disparition serait aussi préjudiciable au fonctionnement de la concurrence que sa reprise par Alliance Santé.

Ces conditions sont celles définies par la jurisprudence communautaire (arrêt de la CJCE du 31 mars 1998 Kali + Saltz) pour considérer que la concentration n'est pas la cause de l'atteinte à la concurrence constatée et que l'opération est donc neutre quant à son impact sur la concurrence. S'agissant des transferts de parts de marché, la Cour a considéré que : *«En fait, l'introduction de ce critère vise à assurer que l'existence d'un lien de causalité entre la concentration et la détérioration de la structure concurrentielle du marché ne peut être exclue qu'au cas où la détérioration de la structure concurrentielle du marché, faisant suite à l'opération de concentration, se produirait pareillement même en l'absence de cette opération. Dès lors, le critère de l'absorption des parts de marché, bien qu'il ne soit pas considéré par la Commission elle-même comme suffisant à lui seul pour exclure le caractère préjudiciable de l'opération de concentration pour le jeu de la concurrence, concourt à assurer la neutralité de cette opération par rapport à la dégradation de la structure concurrentielle du marché, ce qui est conforme à la notion de causalité figurant à l'article 2, paragraphe 2, du règlement.»*

Les décisions du ministre

Dans l'affaire Quebecor-E2G, le ministre a informé la société Quebecor qu'il prenait acte de l'avis du Conseil et n'entendait pas soumettre l'acquisition de la société E2G à des conditions particulières.

En ce qui concerne les effets de l'opération TDF-Bouygues, le ministre a repris l'analyse faite par le Conseil et a demandé à TDF de souscrire l'engagement d'élaborer, de publier et mettre en œuvre un catalogue de prix répertoriant les prestations offertes afin de garantir l'accès aux sites dans des conditions tarifaires objectives, transparentes et non discriminatoires. Il n'a, en revanche, pas considéré que la clause de préférence au profit de Bouygues avait pour effet de créer une barrière à l'entrée, mais a noté qu'il pouvait être contesté que cette clause soit absolument nécessaire à la réalisation de l'opération et, qu'en tout état de cause, sa décision était sans préjudice de l'application des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Dans l'affaire SEB-Moulinex, le ministre s'est écarté de l'analyse du Conseil sur certains aspects de l'opération. En premier lieu, le ministre a considéré

que la concurrence potentielle exercée par d'autres grands groupes était limitée, ceux-ci ne disposant pas d'une puissance de marché à même de contrebalancer celle acquise par la nouvelle entité. En effet, selon le ministre, la croissance de certaines de leurs ventes dans le petit électroménager restait trop limitée. De la même façon, la permanence de faibles parts de marché ces dernières années, illustre selon lui, la difficulté de pénétrer durablement et significativement l'ensemble des marchés français du petit électroménager, malgré la possession de marques notoires par certains concurrents.

Ensuite, selon le ministre, la concurrence des produits sans marques ou vendus sous marques de distributeurs était limitée, car s'exerçant pour l'essentiel sur des produits de bas de gamme vendus dans le cadre d'opérations promotionnelles ponctuelles et donc moins à même de constituer une concurrence régulière. En outre, la pénétration de ces produits dans la grande distribution avait été relativement faible.

Enfin, le ministre a observé que l'analyse de l'opération ne permettait pas de montrer que la grande distribution userait de son pouvoir de négociation pour constituer un véritable contrepoids au pouvoir de marché de la nouvelle entité. En effet, le ministre a émis des doutes sur la possibilité pour la grande distribution de ne pas référencer les marques exploitées par SEB, la marque étant, selon lui, un élément important dans le choix des consommateurs, et certaines des marques du groupe SEB étant difficilement contournables.

L'ensemble de ces considérations a amené le ministre à conclure que l'opération était de nature à porter atteinte à la concurrence. Néanmoins, il a autorisé l'opération, sans conditions, en observant que Moulinex était une entreprise défaillante, que SEB était le seul repreneur, et que la disparition des actifs de Moulinex ne serait pas moins dommageable pour les consommateurs que l'opération de concentration, même s'il a estimé qu'il n'était pas possible de conclure que SEB aurait massivement récupéré les parts de marché de Moulinex en cas de disparition de cette dernière.

Dans sa lettre du 20 janvier 2003, le ministre a estimé que la reprise d'ORP par ASD comportait un risque de création d'une position dominante collective, puisqu'elle faisait disparaître la pression concurrentielle exercée sur l'oligopole par ORP. Contrairement au Conseil, il a considéré que la politique commerciale agressive menée par ORP lui avait permis de se maintenir sur le marché pendant plusieurs années et avait perturbé l'équilibre du marché. Il a également estimé que la situation qui préexistait à l'opération ne pouvait vraisemblablement pas être qualifiée de position dominante collective puisqu'une entente y avait été condamnée. Néanmoins, il a reconnu que ORP était défaillante, et qu'en l'absence de solutions alternatives, sa liquidation n'aurait pas été moins dommageable que sa reprise.

■ ■ ■ Rapport du ministre de l'Économie

Rapport du ministre de l'Économie

Les décisions comportant des injonctions de publication	268
Le suivi des injonctions	270
L'exécution des sanctions pécuniaires	278

Rapport du ministre de l'Économie sur l'exécution des décisions rendues par le Conseil de la concurrence

En vertu des dispositions de l'article L. 464-8 du code de commerce, 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 du 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 ; il inflige des sanctions pécuniaires ; enfin, il ordonne la publication de ses décisions dans les journaux ou publications qu'il désigne, leur affichage dans des lieux qu'il indique ou leur insertion dans les rapports établis par les entreprises sanctionnées au titre de leurs obligations légales.

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 1999, 2000 et 2001 dont les délais d'exécution n'étaient pas expirés ou au sujet desquelles les enquêtes de suivi d'injonction n'étaient pas encore achevées lors de la présentation du précédent rapport, ainsi que pour celles plus récentes rendues en 2002.



Les décisions comportant des injonctions de publication

Au titre de l'année 2001 et 2002, sept décisions comportaient des injonctions de publication.

01-D-63 du 9 octobre 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du déménagement des personnels militaires de l'armée de terre dans le département de la Guyane

Le Conseil de la concurrence a enjoint, dans un délai de trois mois à compter de sa notification, aux sociétés Geodis Overseas France, Déménagement Antilles Guyane, SARL Ho You Fat, Amazonie Déménagement et Sogudem, la publication de la partie II de sa décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, dans le magazine *Armées d'aujourd'hui* édité par le ministère de la défense et dans le quotidien *France Antilles*.

La décision du Conseil de la concurrence a cependant été annulée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt intervenu le 9 janvier 2002, soit dans la période laissée aux entreprises pour effectuer la publication. Aucune vérification du respect de l'injonction de publication prononcée par le Conseil de la concurrence n'a donc été entreprise.

02-D-14 du 28 février 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes

Le Conseil de la concurrence a enjoint au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts, dans un délai de trois mois à compter de sa notification, la publication de la partie II de la décision dans la revue *Le Moniteur des travaux publics*. Il a indiqué que la publication devait être précédée de la mention : «*Décision 02-D-14 du 28 février 2002 du Conseil de la concurrence relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes*».

Le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts ne s'étant pas acquitté de ses obligations dans le délai imparti, un courrier a été adressé à son président le 12 juillet 2002 par les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Cette publication a été effectuée dans l'édition n° 5150 du *Moniteur des travaux publics* parue le 9 août 2002.

02-D-33 du 10 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction

Le Conseil de la concurrence a enjoint, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision, la société Sogec Gestion de procéder, à ses

frais, à la publication de l'intégralité de la présente décision dans le magazine *LSA*. Le Conseil précisait que cette publication serait précédée de la mention : «*Décision du Conseil de la concurrence relative à des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction*».

Cette publication a été effectuée dans l'édition n° 1776 du magazine *LSA* daté du 11 juillet 2002.

02-D-36 du 14 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise

Le Conseil de la concurrence a enjoint, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision, les sociétés Bourdeau, Naggabo, Guigues Optique, Europtic, à frais communs et en proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, de publier dans le quotidien *Le Progrès*, édition du Rhône, la partie II de la présente décision en caractères lisibles par un lecteur ordinaire. Les mêmes entreprises devaient aussi procéder à la publication du II de la présente décision dans les mêmes conditions dans la revue *Inform'optique*.

La publication n'a toujours pas été effectuée à ce jour.

02-D-37 du 14 juin 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des tuyauteries de gaz

Le Conseil de la concurrence a enjoint, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, aux entreprises Endel, Ponticelli Frères et Suburbaine de canalisations et de grands travaux, la publication de la décision, à frais communs et à proportion des sanctions qui leur sont infligées, dans la revue *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment*. Le Conseil a précisé que cette publication serait précédée de la mention : «*Décision du Conseil de la concurrence relative à la situation de la concurrence dans le secteur des tuyauteries de gaz*».

L'arrêt de la cour d'appel de Paris daté du 4 février 2003 a rejeté le recours formé contre la décision du Conseil. Cette publication a été effectuée dans l'édition du *Moniteur des travaux publics* en date du 16 août 2002.

02-D-43 du 2 juillet 2002 relative à des pratiques relevées lors de marchés de travaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque (SIAERD)

Le Conseil de la concurrence a enjoint, dans un délai de trois mois à compter de sa notification, les sociétés Eurovia, Devin Lemarchand environnement, Edgard Duval, Lamblin, Lyonnaise des eaux, Eurovia STR et la société Travaux et entreprise des Flandres, de publier la partie II de la décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires prononcées, dans une édition du quotidien *La Voix du Nord*. Cette publication devait être précédée de la mention «*Décision du Conseil de la concurrence n° 02-D-43 du 2 juillet 2002 relative à des pratiques relevées lors de marchés de tra-*

vaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque (SIAERD)».

Cette publication est intervenue dans l'édition du quotidien *La Voix du Nord* datée du 9 août 2002. Il faut souligner que celle-ci a été effectuée dans la seule édition paraissant dans la zone de Dunkerque, ce qui ne semble pas toutefois en contradiction avec le libellé de l'injonction prononcée par le Conseil.

02-D-62 du 27 septembre 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne

Le Conseil de la concurrence a enjoint, dans un délai de deux mois à compter de la date de sa notification, les sociétés Le Floch, Déméco-Roussel, Acropole-Déménagements, Démex Joncqueur, AGS Armorique et Boulouard Déménagements de publier, à leurs frais et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, la décision dans la revue *Armées d'aujourd'hui*.

La publication n'a pas encore été effectuée à ce jour mais devrait intervenir prochainement. L'insertion dans la revue *Armées d'aujourd'hui* est bien prévue par les parties, mais le délai observé pour la publication résulte, semble-t-il, des contraintes d'organisation inhérentes au fonctionnement de la revue en question.

Le suivi des injonctions

Les vérifications d'une décision de 1999 comportant des injonctions de faire ou de ne pas faire prononcées par le Conseil de la concurrence étaient encore en cours lors de la présentation du précédent rapport

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 des vidéogrammes

Le Conseil de la concurrence a prononcé deux injonctions à l'égard de TF1, 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.

Concernant les contrats de coproduction audiovisuelle, il ressort des investigations conduites que la clause d'exclusivité a été supprimée des contrats de coproduction examinés. S'agissant de l'injonction faite à TF1 de mettre fin aux pratiques tarifaires spécifiques accordées à ses filiales, l'enquête a permis de constater que la filiale de TF1 ne bénéficie plus d'un régime spécifique. Les tarifs consentis correspondent à des conditions de ventes transparentes et non discriminatoires identiques à celles accordées aux concurrents de la filiale de TF1.

Au titre de 2000, les vérifications de deux décisions comportant des injonctions de faire ou de ne pas faire prononcées par le Conseil de la concurrence n'étaient pas encore achevées lors de la présentation du précédent rapport

00-D-68 du 17 janvier 2001 relative à des pratiques concertées sur des marchés de transport de personnel d'entreprises

Le Conseil de la concurrence a enjoint l'Association des transporteurs et loueurs d'autocars de la région parisienne (ATLARP) de supprimer de ses statuts et de son règlement intérieur les clauses limitant l'autonomie de gestion des entreprises adhérentes, à savoir :

- l'alinéa 2 de l'article 2 de ses statuts ;
- l'article 1 de son règlement intérieur.

Les investigations conduites pour vérifier la mise en œuvre de l'injonction ont permis de constater que l'association s'est conformée aux injonctions prononcées par le Conseil de la concurrence. L'association a par ailleurs été dissoute selon la déclaration effectuée à la préfecture des Yvelines.

00-D-79 du 21 mars 2001 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des taxis à Belfort

Le Conseil de la concurrence a enjoint l'Association des radio taxis belfortains de supprimer, en tant que de besoin, de ses statuts l'article 6, alinéa 4 (qui prévoit l'obligation d'adhérer au Syndicat professionnel des taxis de Belfort pour être candidat à l'association des taxis de cette même ville, ainsi que la fixation discrétionnaire du droit d'entrée dans cette association par son conseil d'administration), les articles 21, 23 (qui, pris ensemble, interdisent la publicité personnelle et limitent la liberté commerciale des artisans de taxi membres de l'association), et l'article 27 (dont tant le libellé que l'application qui en est faite conduisent à supprimer la liberté pour les artisans de taxi de fixer librement leurs prix en fonction de leurs propres coûts et à conférer, à l'égard des collectivités qui font appel à un taxi, un caractère minimal aux prix fixés par le tarif préfectoral).

Les investigations réalisées ont permis de vérifier le respect des injonctions prononcées par le Conseil de la concurrence. L'association a transmis un projet de statuts modifiés. Les articles relatifs à l'interdiction de publicité individuelle ont ainsi été supprimés et le nouveau statut fixe expressément le montant des droits d'entrée pour le nouvel adhérent.

Les vérifications de quatre décisions de 2001 comportant des injonctions de faire ou de ne pas faire prononcées par le Conseil de la concurrence étaient encore en cours lors de la présentation du précédent rapport

01-MC-01 du 11 mai 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés Multivision et Télévision par satellite

Le Conseil de la concurrence a enjoint les sociétés Canal Plus et Kiosque, ainsi que toute société venant à leurs droits du fait de la fusion avec les sociétés Vivendi et Universal, de s'abstenir de procéder, directement ou indirectement, à l'acquisition de droits de diffusion télévisuelle exclusifs de films cinématographiques d'expression française récents pour le paiement à la séance, et ce sans aucune exception, jusqu'à l'intervention de la décision sur le fond.

Le précédent rapport du ministre de l'économie sur l'exécution en 2001 des décisions rendues par le Conseil de la concurrence mentionnait une enquête alors en cours pour vérifier que les sociétés Canal Plus et Kiosque se conformaient à l'injonction prononcée par le Conseil de la concurrence.

L'enquête ne s'est conclue qu'en toute fin d'année 2002 mais les conclusions du rapport montrent clairement que les sociétés Canal Plus et Kiosque se sont conformées à l'injonction du Conseil, la société plaignante Multivision reconnaissant ne plus rencontrer de difficultés depuis pour procéder à l'achat des films cinématographiques d'expression française.

01-D-55 du 21 septembre 2001 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché du remboursement complémentaire à l'assurance maladie

Le Conseil de la concurrence a enjoint la Fédération nationale de la mutualité française (FNMF) de porter à la connaissance de tous les mutualistes relevant d'une mutuelle adhérente, par tout moyen approprié, avant le 31 décembre 2001, le fait que les clauses de non-concurrence et les clauses tarifaires contenues dans l'annexe II du Pacte d'Union ont été abrogées. Il a également demandé que cette information reproduise la mention suivante : *«En conséquence, chaque mutuelle est libre de prospecter des personnes adhérant déjà à une autre mutuelle et de fixer le montant des cotisations et des taux de remboursement»*.

Les premières investigations effectuées montrent que la FNMF a adressé une lettre circulaire le 7 décembre 2001 aux présidents des groupements qui adhèrent directement à la fédération (32 unions nationales, 90 départementales, 65 mutuelles nationales et 134 locales), qui leur demande d'appliquer la décision du Conseil en utilisant leurs moyens de communication (presse mutualiste, etc.). Par ailleurs la FNMF a diffusé l'information sur son site Internet et a publié la décision du Conseil dans l'édition de son bulletin du 20 décembre 2001.

Si la volonté de la FNMF de se conformer à la décision du Conseil n'est pas en cause, l'enquête a cependant souligné que la fédération n'avait aucun retour de la part des dirigeants des unions et mutuelles sur l'information effectivement délivrée à leurs affiliés (seuls 10 sur 321 semblent avoir procédé à la diffusion).

C'est pourquoi il a été demandé à la FNMF, par lettre du 11 avril 2002, de mieux s'assurer du respect effectif de l'injonction en poursuivant le recensement des mesures prises par ses adhérents pour diffuser l'information aux particuliers. L'enquête est toujours en cours.

01-MC-06 du 19 décembre 2001 relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Télé 2 et Cégétel

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société France Télécom :

- de suspendre sur tous supports, y compris par des procédés de «marketing direct», l'ensemble de la campagne publicitaire lancée à compter du 14 septembre 2001 et relative à la présentation combinée des offres «MaLigne Locale» et «Option Plus», ainsi que «Ligne Pro Locale» et «Option Plus», et de s'abstenir de toute autre campagne publicitaire, quel qu'en soit le support, destinée à promouvoir ces offres ;
- de suspendre la commercialisation des offres «Forfait local», «MaLigne Locale», «Ligne Pro Locale» et «Ligne Tchatche» auprès de nouveaux abonnés, tant que ces offres couplent des prestations offertes en concurrence et des prestations maintenues en monopole, comme la fourniture de l'abonnement à la ligne téléphonique ou l'accès aux numéros Internet payants pour l'appelant de type 0860 et certains numéros de type 0836 ;
- pour l'avenir, de modifier ses offres tarifaires afin de séparer ces différentes catégories de prestations, aucune offre groupant des prestations ouvertes à la concurrence et des prestations offertes en monopole ne pouvant être proposée jusqu'à la mise en place effective des conditions de concurrence permettant aux opérateurs tiers de proposer, s'ils le souhaitent, des offres alternatives ;
- pour les contrats en cours, de proposer à ses clients, dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la présente décision, de nouvelles offres découplées. Ces nouvelles propositions doivent être accompagnées d'une information sur la situation nouvelle créée par la décision de l'Autorité de régulation des télécommunications n° 01-691 du 18 juillet 2001, homologuée par le secrétaire d'État à l'industrie le 27 septembre 2001 ouvrant à compter du 1^{er} janvier 2002 les communications locales à la sélection des transporteurs ainsi que sur l'obligation dans laquelle se trouve France Télécom de ne pas proposer, au sein d'une même offre, des prestations en concurrence, ce qui est désormais le cas des communications locales, et des prestations en quasi-monopole, ce qui est toujours le cas de l'abonnement, de l'accès aux numéros Internet payants pour l'appelant de type 0860 et de certains numéros de type 0836 ;
- de suspendre la pratique consistant à présenter «Option Plus» comme incompatible avec la présélection des opérateurs alternatifs, et d'informer, avant le 31 janvier 2002, tous les clients ayant souscrit à cette offre, de ce qu'elle n'est pas incompatible avec la présélection d'opérateurs alternatifs.

Comme le mentionnait le précédent rapport du ministre de l'économie sur l'exécution des décisions rendues par le Conseil de la concurrence, un courrier a été adressé à France Télécom le 5 février 2002 demandant la transmission dans les meilleurs délais des éléments qui permettent de vérifier le respect des injonctions prononcées par le Conseil.

Les investigations réalisées depuis ont permis de vérifier que France Télécom s'est conformée aux injonctions.

01-MC-07 du 21 décembre 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Kosmos

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société France Télécom d'orienter vers les coûts qu'elle supporte pour la fourniture de ce service les tarifs qu'elle pratique sur ses prestations de collecte de trafic téléphonique émanant de son réseau téléphonique commuté public fixe en France métropolitaine et à destination des numéros spéciaux de ses clients fournisseurs de services de télécommunications au titre de l'article L. 34-2 du code des postes et télécommunications, tels Kosmos, pour leurs services de cartes à code au public.

L'enquête lancée pour vérifier le respect de cette injonction est toujours en cours.

Au titre de 2002, six décisions comportaient des injonctions de faire ou de ne pas faire prononcées par le Conseil de la concurrence

02-MC-03 du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société T-Online France

Le Conseil de la concurrence a enjoint la société France Télécom :

- de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet un serveur Extranet permettant d'accéder aux mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL et sur les caractéristiques techniques des modems compatibles avec l'équipement de ces lignes que celles dont dispose Wanadoo interactive, et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo interactive, selon les mêmes conditions tarifaires, mais selon des conditions techniques autorisant le traitement de masse en ligne (article 1) ;
- dans l'attente de la mise en place de ce système, de suspendre la commercialisation des packs ADSL de la société Wanadoo Interactive dans ses agences commerciales jusqu'à ce que l'outil Extranet soit rendu effectivement disponible pour l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet qui en font la demande.

Le Conseil de la concurrence a précisé qu'il lèverait cette suspension, saisi par la partie la plus diligente, dès que deux contrats au moins auront été signés entre France Télécom et des fournisseurs d'accès à Internet autres

que Wanadoo pour l'utilisation de ce système, et à l'issue d'une période d'essai d'un mois. Par ailleurs le Conseil de la concurrence a demandé qu'il lui soit rendu compte par les parties, dans un délai de quatre mois au plus tard à compter de la notification de la présente décision, des dispositions prises par France Télécom pour se conformer à l'injonction définie à l'article 1^{er}.

Le Conseil de la concurrence a estimé dans sa décision 02-D-46 du 19 juillet 2002 que les conditions figurant à l'article 1 de la décision 02-MC-03 pour lever l'injonction prononcée à l'article 2 (suspension de la commercialisation des packs eXtense de la société Wanadoo Interactive dans les agences de France Télécom) étaient remplies, France Télécom ayant en effet pris les mesures nécessaires pour fournir les informations aux fournisseurs d'accès Internet.

Les investigations réalisées ont aussi permis de confirmer que la société France Télécom s'est bien conformée à l'injonction prononcée par le Conseil de la concurrence.

02-MC-04 du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis

Le Conseil de la concurrence a enjoint dans sa décision la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en fait la demande une offre de prestations d'accueil concernant, au moins, les sites de diffusion hertzienne installés sur les 29 premières zones de diffusion définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, détaillée poste par poste, et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé.

Cependant l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 21 mai 2002 a réformé la décision du Conseil de la concurrence et, statuant à nouveau, a enjoint la société TDF, dans le délai d'un mois à compter de la présente décision, de communiquer à toute entreprise qui en fait la demande une offre de prestation d'accueil concernant les sites de diffusion hertzienne installés sur les 29 premières zones de diffusion définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, décomposée poste par poste et comportant des tarifs établis de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix proportionné à la valeur du service qu'elle propose.

C'est donc sur le fondement de l'injonction prononcée par la cour d'appel de Paris que les investigations sont actuellement conduites.

02-MC-06 du 30 avril 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société RMC Info

Le Conseil de la concurrence a enjoint le GIE Sport libre de suspendre, en ce qui concerne l'acquisition des droits radiophoniques pour les matchs de la Coupe du monde 2002 de football, les clauses de son contrat constitutif et de son règlement intérieur, visant à limiter la liberté de ses membres de négocier et/ou de conclure, à titre individuel, tout accord relatif à la

retransmission d'évènements sportifs à savoir les articles 2 alinéas 2 et 3, et 8 alinéas 1 et 2 du règlement intérieur et les articles 7 alinéa 4, et 8 alinéas 1, 4 deuxième phrase et 5 du contrat constitutif.

L'enquête lancée pour vérifier le respect de cette injonction est toujours en cours.

02-D-33 du 10 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction

Outre la publication de l'intégralité de la décision dans le magazine *LSA*, le Conseil de la concurrence a enjoint la société Sogec Gestion de suspendre sans délai la clause d'exclusivité contenue dans les contrats d'adhésion à la banque de coupons Sogec Gestion en cours, de cesser pendant 5 ans de proposer à ses clients des contrats contenant une clause d'exclusivité, de cesser de pratiquer la rétention des codes en cas de mention d'une autre banque de coupons et de ne plus exiger la suppression du double codage.

La cour d'appel de Paris a confirmé toutes les dispositions de la décision du Conseil de la concurrence dans son arrêt daté du 4 février 2003. Les investigations conduites pour vérifier la conformité de la société Sogec Gestion à l'injonction du Conseil de la concurrence devraient s'achever très prochainement.

02-D-36 du 14 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise

Outre la publication de la décision à frais communs et en proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, dans le quotidien *Le Progrès*, édition du Rhône, le Conseil de la concurrence a enjoint certaines des sociétés en cause :

- la société Logo, venant aux droits et obligations de la société Gala Prestige de Paris, de modifier, dans les nouveaux contrats qu'elle propose à ses distributeurs, le point 12 du «*protocole d'accord de distribution sélective pour les produits de la marque Fred-Force 10*», de telle sorte qu'il soit clair que le distributeur agréé Fred-Force 10 dispose de la faculté de s'approvisionner auprès d'autres distributeurs agréés ainsi que cela figure dans la nouvelle version du point 9 ; il est également enjoint à la société Logo de proposer à la signature de tous les distributeurs ayant conclu le contrat dans sa version antérieure un avenant incorporant audit contrat la nouvelle rédaction des points 9 et 12 ;
- la société Sporoptic Pouilloux de modifier, dans les nouveaux contrats de revendeur agréé qu'elle propose aux distributeurs, les articles 3.1.1 et 3.1.3. de telle sorte qu'il soit clair que le revendeur agréé conserve toute liberté de céder ou d'acheter des produits de marque Vuarinet à un autre revendeur agréé ;
- la société Berthet-Bondet de modifier le contrat de distribution agréé «*Lunettes Lagerfeld*» en y inscrivant une clause autorisant expressément les livraisons entre revendeurs agréés ; il est également enjoint à la société Berthet-Bondet de proposer à la signature de tous les distributeurs

ayant conclu le contrat dans sa version antérieure un avenant incorporant audit contrat la nouvelle clause.

Les investigations visant à vérifier que les sociétés précitées se conforment aux injonctions prononcées sont toujours en cours.

02-D-60 du 27 septembre 2002 relative aux pratiques mises en œuvre par la Chambre syndicale des entreprises de déménagement (CSD) et l'Association française de déménageurs internationaux (AFDI)

Le Conseil de la concurrence a enjoint :

- la CSD, de préciser, dans un délai de six mois à compter de la présente décision les conditions d'adhésion mentionnées à l'article 4 A 1° des statuts, de supprimer, dans le même délai, les critères moraux énoncés aux articles 4 A 2° de ces statuts et I-1 du règlement intérieur, le droit d'opposition conféré au président du groupement régional et à tout adhérent par l'article 5 des statuts, la disposition contenue au même article qui dispense de motiver les rejets de candidatures, le traitement plus favorable réservé par l'article 6 et l'article III du règlement intérieur aux repreneurs d'entreprises adhérentes, non seulement lorsqu'ils sont déjà membres de la CSD mais aussi lorsqu'ils sont simplement «*connus*» ; de mettre un terme, dans le même délai, à l'usage de déléguer aux groupements régionaux l'enquête préliminaire sur les candidats à l'adhésion ainsi qu'à l'usage d'imposer un parrainage par des entreprises déjà adhérentes ;
- l'AFDI de modifier dans le même délai l'article 3 de ses statuts et les articles correspondants de son règlement intérieur, en précisant les conditions d'adhésion, en supprimant l'obligation préalable d'adhésion à la CSD et de parrainage et en introduisant l'obligation de motiver les rejets de candidature.

Le Conseil de la concurrence a par ailleurs enjoint la CSD et l'AFDI d'adresser, dans un délai de deux mois à compter de sa notification, la présente décision à chacun de leurs adhérents.

Les investigations visant à vérifier que les sociétés précitées se conforment aux injonctions prononcées, seront prochainement lancées à l'expiration du délai laissé aux organismes pour se mettre en conformité avec l'injonction du Conseil.



L'exécution des sanctions pécuniaires

En vertu de l'article L. 464-4 du code de commerce les sanctions pécuniaires 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 (TGCST), sise à Châtellerault.

Cette direction générale procède à l'assignation du recouvrement auprès de la TGCST dès réception de la décision du Conseil de la concurrence.

La Trésorerie générale m'a communiqué les premiers éléments des opérations de prise en charge et de recouvrement des créances accomplies au titre de l'exécution des décisions du Conseil de la concurrence en 2002. Je précise qu'il ne s'agit là que d'éléments provisoires, l'état au 31 décembre 2002 ne pouvant être connu que lorsque l'exercice sera comptablement achevé, c'est-à-dire aux environs du 15 avril 2003.

Néanmoins, les premiers chiffres communiqués montrent que, s'agissant des sanctions prises en charge les années antérieures à 2002, leur montant net est de 3 830 168,44 euros ; elles sont recouvrées à hauteur de 3 569 368,09 euros, soit un taux de recouvrement effectif de 93,2 %. Il reste donc un montant non recouvré de 260 800,35 euros au titre des exercices antérieurs à 2002.

Les sanctions prises en charge lors de l'exercice 2002 représentent, au 31 décembre 2002, un montant total de 66 404 408 euros. Les recettes pour l'année 2002 s'élèvent, à cette même date, à 53 586 811 euros, soit un taux de recouvrement de 80,7 % pour l'exercice 2002. Il reste à recouvrer une somme de 12 817 597 euros, ce qui correspond à un niveau normal de restes à recouvrer compte tenu des échéanciers de paiement négociés par certaines sociétés sanctionnées.

Pour le ministre et par délégation,
Le directeur général
de la concurrence, de la consommation
et de la répression des fraudes,
Benoît Parlos

Sommaire

Décisions 3

Mesures conservatoires 947

Avis 1033

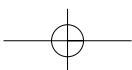
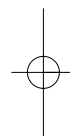
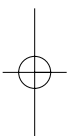
Décisions relatives à des demandes d'avis 1237

Index 1245

Recours devant la cour d'appel de Paris 1279



Décisions



Décisions

Décisions	3
Décision n° 02-D-01 du 22 janvier 2002 relative à une saisine présentée par la société SERAP	9
Décision n° 02-D-02 du 29 janvier 2002 relative à des pratiques anticoncurrentielles relevées lors de la passation de plusieurs marchés d'irrigation agricole dans le département du Rhône	15
Décision n° 02-D-03 du 29 janvier 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la Sarl Technic Publicité	24
Décision n° 02-D-04 du 1 ^{er} février 2002 relative à une saisine de la société Les Oliviers	31
Décision n° 02-D-05 du 1 ^{er} février 2002 relative à des pratiques imputables à la chambre nationale des experts spécialisés en objets d'art et de collection (CNES)	33
Décision n° 02-D-06 du 7 février 2002 relative à des pratiques concernant un marché d'électrification rurale dans le département du Loir-et-Cher	36
Décision n° 02-D-07 du 8 février 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des produits d'électronique grand public	38
Décision n° 02-D-08 du 12 février 2002 relative à des pratiques de la société Sony France et de certains de ses revendeurs	39
Décision n° 02-D-09 du 20 février 2002 relative à une saisine du Syndicat Français de l'Express International (SFEI) et autres	42
Décision n° 02-D-10 du 20 février 2002 relative à une saisine de la société RBS Rappresentanze SRL et de la société CTIV à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Ashoenologie	46

Décision n° 02-D-11 du 20 février 2002 relative à des pratiques relevées lors d'un appel d'offres lancé par le ministère de l'industrie pour le câblage informatique, téléphonique et électrique de son immeuble sis 20 avenue de Ségur	.49
Décision n° 02-D-12 du 20 février 2002 relative à des pratiques constatées sur le marché du ciment dans le sud-ouest de la France	.51
Décision n° 02-D-13 du 20 février 2002 relative à des pratiques mises en œuvre lors d'un appel d'offres lancé par la communauté de communes de la grande vallée de la Marne (CCGVM)	.53
Décision n° 02-D-14 du 28 février 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes	.55
Décision n° 02-D-15 du 1 ^{er} mars 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manutention des vracs solides au port autonome du Havre	.107
Décision n° 02-D-16 du 5 mars 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport aérien de passagers par hélicoptères sur l'hélistation de Cannes Palm Beach	.112
Décision n° 02-D-17 du 12 mars 2002 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés concernant la rénovation du centre hospitalier de Narbonne	.124
Décision n° 02-D-18 du 13 mars 2002 relative aux pratiques de l'État et de l'Association pour les fouilles archéologiques nationales lors de la passation du marché des fouilles archéologiques préventives du chantier de modification de la route départementale Le Canet Perpignan	.129
Décision n° 02-D-19 du 14 mars 2002 relative aux pratiques du Syndicat national des utilisateurs de grues et entreprises de levage-montage et manutention (SNUG) dans le secteur de la location de grues mobiles	.143
Décision n° 02-D-20 du 14 mars 2002 relative à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le réseau de distribution de la société Fichet-Bauche	.145
Décision n° 02-D-21 du 14 mars 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du transport scolaire dans les départements de l'Yonne et de la Nièvre	.147
Décision n° 02-D-22 du 14 mars 2002 relative à des pratiques relevées sur des marchés de travaux de voirie dans le département du Nord	.149
Décision n° 02-D-23 du 27 mars 2002 relative à des pratiques de l'association d'ambulanciers « <i>Urgence 88</i> » à l'occasion de la passation d'un appel d'offres lancé par le centre hospitalier d'Epinal	.151
Décision n° 02-D-24 du 27 mars 2002 relative à une saisine de la société Cabinet affaires et recouvrement à l'encontre de la société Buroservices	.163

Décision n° 02-D-25 du 28 mars 2002 relative à une saisine de la société Fimco	166
Décision n° 02-D-26 du 9 avril 2002 relative à une saisine de la société Prieur Sports dans le secteur de la distribution des équipements d'escrime	168
Décision n° 02-D-27 du 9 avril 2002 relative à une saisine du syndicat intercommunal d'électrification de Bargemon	173
Décision n° 02-D-28 du 10 avril 2002 relative à une saisine de la société Cépia assurances	175
Décision n° 02-D-29 du 7 mai 2002 relative à des pratiques relevées dans le cadre de la passation des marchés publics de la signalisation routière horizontale du département de la Saône-et-Loire	176
Décision n° 02-D-30 du 14 mai 2002 relative à la saisine de l'association St'Halt Tort Tue	185
Décision n° 02-D-31 du 30 mai 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société SEVIC à l'encontre de la société MAN Camions § Bus	186
Décision n° 02-D-32 du 30 mai 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société SEVIC à l'encontre de la société Renault V.I.	192
Décision n° 02-D-33 du 10 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction	198
Décision n° 02-D-34 du 11 juin 2002 relative à des pratiques d'Electricité de France dans les secteurs de l'énergie et de l'ingénierie relative à l'utilisation des énergies	219
Décision n° 02-D-35 du 13 juin 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Spinevision	230
Décision n° 02-D-36 du 14 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise	242
Décision n° 02-D-37 du 14 juin 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des tuyauteries de gaz	313
Décision n° 02-D-38 du 19 juin 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Liberty Surf	325
Décision n° 02-D-39 du 20 juin 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant le secteur des ordinateurs portables	335
Décision n° 02-D-40 du 25 juin 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Olitec	343

Décision n° 02-D-41 du 26 juin 2002 relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de la société FranceTélécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999	.347
Décision n° 02-D-42 du 28 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public	.387
Décision n° 02-D-43 du 2 juillet 2002 relative à des pratiques relevées lors de marchés de travaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque (SIAERD)	.549
Décision n° 02-D-44 du 11 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence	.585
Décision n° 02-D-45 du 18 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du sucre	.608
Décision n° 02-D-46 du 19 juillet 2002 relative à l'application de l'article 3 de la décision n°02-MC-03 du 27 février 2002	.610
Décision n° 02-D-47 du 25 juillet 2002 relative à une saisine de la société Vérimedia	.619
Décision n° 02-D-48 du 29 juillet 2002 relative à des pratiques relevées sur des marchés de VRD dans les arrondissements de Cambrai, Valenciennes et Avesnes sur Helpe	.626
Décision n°02-D-49 du 4 septembre 2002 relative à des pratiques mises en œuvre lors de marchés publics passés pour la restauration des monuments historiques dans la région Auvergne	.651
Décision n°02-D-50 du 4 septembre 2002 relative à une saisine de l'Association de défense des justiciables à l'encontre du Crédit foncier de France	.653
Décision n°02-D-51 du 4 septembre 2002 relative à une saisine de l'UFC Que choisir de Nantes à l'encontre de l'Institution de retraite nationale interprofessionnelle de salariés (IRNIS)	.655
Décision n°02-D-52 du 4 septembre 2002 relative à une saisine de Monsieur Lefrançois portant sur la convention nationale destinée à organiser les rapports entre les médecins généralistes et les caisses d'assurance maladie	.657
Décision n°02-D-53 du 4 septembre 2002 relative à une saisine de Monsieur Blanc à l'encontre de France-Télécom	.659

02-D-01

Décision n° 02-D-01 du 22 janvier 2002 relative à une saisine présentée par la société SERAP

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 02 novembre 1998, sous le numéro F 1095, par laquelle la société SERAP a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre par la société Barbour France ;

Vu le livre IV du code du commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par la société Barbour France et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés SERAP et Barbour France entendus au cours de la séance du 13 novembre 2001 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) suivants ;

Décisions / 02-D-01

9

I. - Constatations

La société SERAP expose que, souhaitant devenir distributeur des produits de marque Barbour, elle a passé, en 1996, une commande initiale comportant deux modèles de vestes en deux coloris. La société Barbour France a refusé de livrer cette commande au motif qu'elle n'était pas représentative de la gamme des produits Barbour et a demandé à SERAP de compléter sa commande.

La saisissante prétend que les pratiques mises en oeuvre par Barbour France ont eu un effet anticoncurrentiel car, en refusant de satisfaire la commande formulée par SERAP, Barbour France a, au détriment des consommateurs, écarté un distributeur qui pratique des prix bas. Elle soutient que les clauses des conditions générales de vente de la société Barbour France contreviennent aux dispositions des articles 81 du traité de Rome et L. 420-1 du code de

commerce et que le refus qui lui a été opposé constitue une pratique illicite au sens des textes précités.

■ A. - Les sociétés concernées

1. - La société SERAP

La société anonyme SERAP est principalement implantée en Ile-de-France. Elle distribue des biens d'équipement de la maison et de la personne dans des magasins dont l'accès est réservé aux titulaires d'une carte d'achat dont l'attribution est conditionnée par un accord préalable entre la SERAP et le comité d'entreprise, ou une structure équivalente, du détenteur de la carte.

2. - La société Barbour France

Barbour France est une filiale de la société anglaise Barbour & Sons Ltd qui fabrique des vêtements de plein air, distribués dans le monde entier par différentes catégories de commerces. La société Barbour France a mis en place un système de distribution sélective qui comprend 625 distributeurs agréés sur le territoire national.

■ B. - Le marché concerné

Barbour fabrique des vêtements et accessoires (vestes imperméables, manteaux, gilets, pulls, gants, écharpes, carrés, chapeaux...). La clientèle est principalement masculine même si certains produits sont également portés par les femmes (par exemple les vestes en coton enduit). L'image véhiculée par la marque est celle de vêtements de grande qualité, très robustes, destinés aux activités de plein air comme la chasse ou la pêche. Ils sont, cependant, couramment portés en ville. De nombreux concurrents proposent des gammes de vêtements équivalentes.

■ C. - Les pratiques relevées

Les pratiques mises en cause sont relatives aux critères d'agrément des points de vente des distributeurs et, en particulier, à l'obligation pour ces derniers de passer des commandes représentatives de la gamme Barbour et à celle de détenir un stock minimum.

Sur les critères d'agrément des points de vente

Les clauses visées par la notification de griefs concernent les modalités d'agrément des points de vente.

L'article 7 des conditions générales de vente (dans la version du 1^{er} octobre 1993) dispose que le distributeur : *«I. devra assurer que ses locaux sont adaptés à la vente au détail des produits de la société et mettent en valeur*

la grande qualité, l'image et la réputation de la marque «Barbour» et des produits de la société (...)

V. devra assurer que ses locaux ont un espace approprié pour la présentation des produits de la société (...)

X. ne devra rien faire qui puisse empêcher ou entraver l'accroissement des ventes des produits de la société (...).

Un document, apparemment à usage interne, intitulé «*obligations et responsabilités de l'agent commercial Barbour*» prévoit, sous la rubrique «*ouverture nouveaux comptes*», que «*1.2. L'agent devra visiter le détaillant avant toute discussion détaillée sur la commande initiale (même si l'agent connaît le détaillant) afin de déterminer la qualité et la nature du magasin, les marques proposées, l'emplacement qui pourrait être réservé aux produits Barbour ainsi que leur présentation (...)*

L'agent soumettra un rapport détaillé accompagnant la fiche information nouveau compte, décrivant le magasin, son emplacement, sa position vis-à-vis d'autres dépositaires Barbour dans la région, la proposition de mise en place, les possibilités de présentation vitrine et les possibilités de développement.

Un autre document intitulé «*J. Barbour & sons Ltd., Réseau de dépositaires agréés, procédures à respecter*» précise «*3. Les locaux du demandeur devront être appropriés à la vente au détail des produits de la société. La société prendra en compte tout facteur important pour décider si les locaux conviennent, tel que l'emplacement, la façade, la dimension de la vitrine et sa qualité, l'espace réservé à la vente, l'éclairage, le plancher, le mobilier et toutes les installations des locaux (...).*

L'instruction a fait apparaître que le contenu des rapports établis par les chefs de secteur, lors de l'instruction des demandes d'agrément, était très variable. Pour certains magasins, ces rapports contiennent des informations précises et complètes, relatives au type de magasin, à la situation, la clientèle, l'aspect intérieur et extérieur..., tandis que les rapports relatifs à d'autres points de vente sont entièrement dépourvus de telles informations. Pour certaines demandes, une fiche de renseignements comportant plusieurs rubriques notées de 1 à 4, voire au-delà, a été établie par le commercial chargé du secteur, sans qu'il soit possible de connaître les critères qui fondent l'attribution des points.

Sur les commandes et le stock

L'article 3 des conditions générales de vente, relatif aux commandes, stipule que «*si le client désire acquérir des marchandises de la société, il devra passer un ordre à la société. La société n'est pas dans l'obligation d'accepter les commandes reçues du client. Une commande ne devra être considérée comme acceptée par la société qu'au moment où la société aura livré les marchandises faisant l'objet de la commande du client.*

L'article 7. VI. prévoit que le distributeur «*devra détenir un stock suffisant de produits de la société, stock approprié à ses locaux et au type d'affaire, et qui représente convenablement la collection de la société.*

Selon le directeur administratif et financier de Barbour France, «*en ce qui concerne l'article 7-6 : le stock minimum n'est pas défini précisément, il est*

laissé à l'appréciation des chefs de secteur en fonction de l'emplacement géographique, de la taille du point de vente et de son activité».

En effet, le document intitulé «*obligations et responsabilités de l'agent commercial Barbour*» et mentionné ci-dessus précise, au paragraphe 1.5, que dans le cas d'ouverture de nouveaux comptes, «*l'agent devra s'assurer que la gamme de produits choisie convienne au magasin et qu'elle soit représentative de la gamme totale des produits Barbour, prenant en compte les produits principaux dans des quantités nécessaires et avec des gammes de tailles complètes, les produits complémentaires, les accessoires et les produits d'entretien*».

La saisissante soutient que le refus de livraison opposé à sa commande initiale effectuée en 1996, qui concernait seulement deux modèles de vestes en coton huilé (Bedale et Border) en deux coloris (navy et vert), relève d'un traitement discriminatoire.

L'instruction a révélé que des commandes d'un montant inférieur à celle de la SERAP (212 600 F, 32 410,70 €), ont été satisfaites mais ces commandes concernaient un nombre de références plus important.

Pour autant, la société Barbour France n'a pu définir avec précision la notion de commande représentative de la gamme, ni expliciter la notion de stock adapté aux besoins et locaux d'un commerçant.

12

■ D. - Les griefs notifiés

Sur la base des constatations rapportées ci-dessus, il a été fait grief à la société Barbour France d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles d'entente en violation des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, d'une part, en fixant des critères imprécis pour apprécier l'adéquation des lieux de vente et en appliquant ces critères de façon discriminatoire et, d'autre part, en fixant des clauses d'approvisionnement minimal imprécises et discriminatoires.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil

Sur la procédure

Considérant que la société SERAP a sollicité, par lettre du 7 novembre 2001, un délai supplémentaire d'un mois, pour avoir accès au dossier et déposer des observations, au motif qu'un délai de deux mois lui avait été fixé pour le dépôt d'observations en réponse à la notification de griefs du 13 juillet 2001, tandis qu'un délai de trois mois était accordé à la société défenderesse et au commissaire du gouvernement ;

Mais considérant, qu'à l'ouverture de la séance du 13 novembre 2001, le conseil de la société SERAP, sur interrogation de la présidente, a déclaré que sa cliente se désistait de cette demande et qu'il était en mesure de présenter des observations orales ;

Sur le marché pertinent

Considérant que les vêtements Barbour, bien qu'appartenant à la gamme des vêtements sportswear qui allient la mode et le sport de plein air (pêche, chasse, cheval...), sont majoritairement portés par une clientèle masculine qui ne pratique jamais le sport auquel ces vêtements sont destinés ; que le marché pertinent qu'il convient de retenir est donc celui du vêtement masculin et non celui du marché du vêtement de sport ;

Considérant que, selon le Centre Textile de Conjoncture et d'Observation Economique, le marché français du vêtement masculin s'est élevé, en 1998, à 43 milliards de francs ; que la part de marché détenue par Barbour France peut donc être évaluée à 0,06 % ;

Sur l'application du droit communautaire

Considérant que le règlement de la Commission européenne CE n° 2790/1999, relatif à l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité de Rome à des catégories d'accords verticaux, prévoit une exemption d'application du paragraphe 1 dudit article aux accords de distribution dits «*accords verticaux*» conclus entre des distributeurs et un fournisseur, notamment lorsque la part de marché pertinent sur lequel il vend ses biens ou services ne dépasse pas 30 % ;

Considérant que le contrat de distribution en cause ne concerne que les conditions de distribution des produits Barbour sur le territoire national et qu'aucune de ses dispositions ne régit les relations avec les distributeurs de la Communauté économique européenne ; qu'il s'ensuit qu'un tel contrat n'est pas susceptible d'exercer un effet sur les échanges entre Etats membres et qu'il n'est donc pas concerné par l'application du droit communautaire ; que, néanmoins, les dispositions du règlement de la Commission européenne CE n° 2790/1999, précité, peuvent constituer un guide d'analyse utile pour la mise en œuvre au cas d'espèce du droit national ;

Sur les griefs notifiés

Considérant que les contrats de distribution sélective peuvent améliorer l'efficacité économique à l'intérieur d'une chaîne de distribution grâce à une meilleure coordination entre les entreprises participantes ; que la probabilité que de tels gains d'efficacité l'emportent sur les éventuels effets anticoncurrentiels des restrictions contenues dans un accord de ce type, dépend du pouvoir de marché des autres entreprises concernées et, dès lors, du degré de concurrence des autres fournisseurs de biens et de services que l'acheteur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix ou de l'usage auquel ils sont destinés ; que, selon le règlement susvisé de la Commission européenne, lorsque la part du fournisseur sur le marché

pertinent ne dépasse pas le pourcentage précisé par ce texte, un accord vertical, à moins qu'il ne comporte l'une des restrictions qui restent, en tout état de cause, prohibées, doit être regardé comme ayant pour effet d'améliorer la production ou la distribution et de réserver aux consommateurs une partie équitable du profit qui en résulte ;

Considérant que la société Barbour France justifie la mise en œuvre du contrat de distribution sélective en cause par le souci de protéger l'image de haute qualité de ses produits et que les déclarations de plusieurs distributeurs font état de la même préoccupation ; qu'aucun élément du dossier ne permet de penser que les clauses des conditions générales de vente applicables entre le fournisseur et ses distributeurs, incriminées par la notification de griefs, auraient eu un autre objet de nature anticoncurrentielle ; que, notamment, elles ne portent pas sur l'une des restrictions énumérées à l'article 4 du règlement susmentionné, dont la présence a pour effet de priver l'accord du bénéfice de l'exemption catégorielle prévue par ce règlement ;

Considérant, par ailleurs, que, compte tenu de la faible part détenue sur le marché des vêtements masculins par la société Barbour et de l'existence de nombreuses gammes de produits concurrentes, le caractère imprécis des clauses concernées et l'application discriminatoire qui aurait pu en être faite n'ont pu avoir d'effet sur le libre jeu de la concurrence ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il convient de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce ;

14

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} Nguyen-Nied, par M^{me} Pasturel, vice-présidente, présidant la séance, M. Nasse, vice-président, et M. Robin, membre, en remplacement de M. Jenny, vice-président empêché.

Le secrétaire de séance
Thierry Poncelet

La vice-présidente, présidant la séance
Micheline Pasturel

02-D-02

Décision n° 02-D-02 du 29 janvier 2002 relative à des pratiques anticoncurrentielles relevées lors de la passation de plusieurs marchés d'irrigation agricole dans le département du Rhône

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre du 24 avril 1996, enregistrée sous le numéro F 869, par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par diverses entreprises lors d'appels d'offres relatifs à des marchés d'irrigation agricole dans le département du Rhône ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 modifiée, relative à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu les observations présentées par les sociétés Albertazzi, Spie-Citra Sud-Est venant aux droits de la société Citral, Petavit, Rampa, Sade, Sogea Rhône-Alpes, Sogea, SPAC, Stracchi, Spie-Trindel, et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Albertazzi, Spie-Citra Sud-Est, Petavit, Rampa Travaux Publics, Sade-Compagnie générale de travaux hydraulique, Sogea Rhône-Alpes, Sogea, SPAC et Spie-Trindel, entendus au cours de la séance du 31 octobre 2001 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés ;

Décisions / 02-D-02

15

I. - Constatations

■ A. - Les marchés et les acteurs économiques

Dix-huit marchés relatifs à la fourniture et à la pose de canalisations d'irrigation agricole ont été passés et notifiés dans le département du Rhône, entre septembre 1990 et juin 1994 pour un montant total de 81,5 millions de francs.

Les appels d'offres relatifs à ces opérations ont été lancés, d'une part, par des associations syndicales autorisées (ASA) regroupant des agriculteurs d'une ou plusieurs communes voisines et qui procèdent à la réalisation de réseaux de desserte collectifs destinés à leurs adhérents, d'autre part, par le syndicat mixte d'hydraulique agricole du Rhône (SMHAR), établissement public auquel adhèrent les ASA intéressées ainsi que le département du Rhône.

Le SMHAR et les ASA appliquent le code des marchés publics et font appel, pour la mission de maîtrise d'œuvre, au cabinet Merlin, à la direction départementale de l'agriculture et de la forêt (DDAF) du Rhône, ou encore, à la compagnie nationale du Rhône (CNR). Les marchés ont été passés, pour la plupart, suivant la procédure d'appel d'offres restreint, et attribués au moins-disant.

Les entreprises soumissionnaires oeuvrent dans le secteur des travaux publics et, plus particulièrement, dans la branche des travaux d'irrigation, mais les pratiques examinées dans le cadre des marchés susvisés se rapportent uniquement à la pose de canalisations.

Les demandes de travaux sont formulées par les agriculteurs et elles transitent par le SMHAR, la DDAF, la Chambre d'agriculture ou le Conseil général.

■ B. - Les pratiques constatées

Dans le cadre de l'enquête relative à l'attribution des marchés en cause, les fonctionnaires de la brigade interrégionale d'enquête de Lyon, agissant sur autorisation donnée par ordonnance du président du tribunal de grande instance de Lyon en date du 3 février 1994, ont procédé à des opérations de visite et de saisie dans les locaux des entreprises Petavit, Sade, SPAC et Stracchi.

Sur la base de ces documents et des déclarations recueillies par les enquêteurs, huit griefs d'entente de répartition de marchés ont été notifiés, le 3 novembre 1997, conformément au tableau suivant :

Griefs		Entreprises
1	Entente générale de répartition des marchés	Albertazzi Citral Petavit Rampa Sade Sogea Rhône Alpes Sogea SPAC Stracchi
2	Entente de répartition du marché de Quincieux-Ambérieux du 7 mars 1991	Albertazzi Stracchi
3	Entente de répartition du marché de Chasselay Les Chères du 7 mars 1991	Petavit Stracchi
4	Offre de couverture de SADE au profit de Stracchi lors du marché de Pusignan Jonage Genas du 8 octobre 1992	Sade Stracchi
5	Offre de couverture de SADE au profit de Petavit lors du marché de Jons du 8 octobre 1992	Sade Petavit
6	Entente de répartition des marchés du sud-est lyonnais	Albertazzi Citral Petavit Rampa Sade Sogea Rhône Alpes Sogea SPAC Stracchi
7	Offres de couverture au profit de Stracchi lors du marché de Pusignan Jonage Genas du 2 mars 1993	Albertazzi Citral Petavit Sade Sogea Rhône Alpes Sogea Stracchi
8	Concertation entre sociétés d'un même groupe	Citral Spie Trindel

La dissolution anticipée de la société Citral ayant été prononcée le 27 octobre 1993, les griefs concernant cette société ont été notifiés à la société Spie-Citra Sud-Est qui a repris son capital, ses activités ainsi que son personnel.

Au stade du rapport qui a été notifié aux parties le 20 juin 2001, le grief n° 7 a seul été retenu à l'encontre des sociétés Albertazzi, Citral, Petavit, Sade, Sogea, Stracchi, les autres griefs étant abandonnés, le grief n° 1 comme faisant double emploi avec le grief n° 6 et les griefs n° 2, 3, 4, 5, 6 et 8 en raison de l'absence d'éléments suffisamment probants.

Les entreprises concluent à leur mise hors de cause et invoquent divers moyens de procédure relatifs à l'imputabilité des pratiques (Sogea), à l'application de la règle *non bis in idem* (Sade, Sogea Rhône-Alpes et SPAC), à la validité de la saisie de certaines pièces (SPAC), à l'étendue de la saisine du Conseil (Sade) et à la prescription (Spie-Citra, Petavit, Sade).

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil

Sur la prescription

Considérant qu'aux termes de l'article L. 462-7 du code de commerce : «*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*» ;

Considérant que les sociétés Spie-Citra, Petavit et Sade font valoir qu'un délai de plus de trois ans s'est écoulé entre l'envoi de la notification de griefs, le 3 novembre 1997 et celui du rapport définitif, le 20 juin 2001 et que la prescription se trouve donc acquise en application du texte précité ;

Considérant que le commissaire du Gouvernement oppose qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir pour faire accomplir un acte interruptif de prescription et que le délai prévu à l'article précité a été suspendu à son égard ; que la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 17 juillet 2001, censurant un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 mars 1999 qui avait admis le principe de la suspension de la prescription à l'égard de l'entreprise saisissante, mise dans l'impossibilité d'agir dans la procédure en cours devant le Conseil, ne s'applique pas au cas d'une saisine émanant du ministre car celui-ci, à la différence des entreprises ou autres personnes morales saisissantes, est dépourvu de tout moyen alternatif de protéger l'ordre public économique atteint par les pratiques anticoncurrentielles ;

Mais considérant que l'arrêt du 9 mars 1999 précité a fait l'objet d'une double cassation pour violation de la loi, la première, prononcée au visa de l'article L. 462-7 du code de commerce, aux motifs «*(...) qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte susvisé un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas la cour d'appel l'a violé*», la seconde, prononcée au même visa, aux motifs «*(...) qu'en statuant ainsi, alors que le Conseil de la concurrence, chargé de la protection de l'ordre public économique, n'est pas compétent pour réparer le préjudice éventuellement subi par les parties qui le saisissent et qui allèguent être victimes de pratiques anticoncurrentielles et peuvent saisir les juridictions civiles et répressives d'une action en indemnisation, en annulation ou en cessation des pratiques contestées dans les délais de prescription afférents à ces actions, (...) la cour d'appel a violé le texte susvisé (...)*» ;

Considérant que chacun de ces deux motifs de censure fonde à lui seul la cassation prononcée, indépendamment de l'autre ; que dès lors, le premier motif, qui s'appuie, pour exclure la suspension de la prescription, sur le

libellé de l'article L. 462-7 du code de commerce, disposition applicable quel que soit l'auteur de la saisine du Conseil, conduit à considérer que la prescription, qui n'est pas suspendue lorsque la saisine émane d'une entreprise, ne l'est pas davantage lorsque le Conseil est saisi par le ministre ;

Considérant, cependant, que dans les observations orales qu'il a présentées lors de la séance, le commissaire du Gouvernement a soutenu que la prescription avait été interrompue par l'arrêt de la Cour de cassation en date du 16 novembre 1999 rejetant le pourvoi formé à l'encontre d'une ordonnance rendue le 3 juillet 1998 par le président du tribunal de grande instance de Lyon, qui avait, elle-même, rejeté une demande de la société SPAC tendant à l'annulation des opérations de visite et de saisie de documents effectuées dans les locaux des sociétés Petavit et Stracchi en exécution de l'autorisation donnée par une première ordonnance du même magistrat en date du 3 février 1994 ; qu'à l'invitation de la présidente de séance, les parties ont pu s'expliquer oralement sur ce moyen par l'intermédiaire de leurs avocats ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce précise que la prescription peut être interrompue par tout acte tendant à la «*recherche, (la) constatation ou (la) sanction*» des faits dont le Conseil est saisi ; que, dès lors que les opérations de visite et de saisie sont des actes de recherche et de constatation des faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles prohibées par les articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce, les décisions rendues sur les contestations élevées à l'encontre de la validité de ces actes, qui peuvent conduire à leur annulation et retirer ainsi à la poursuite les éléments matériels de preuve sur lesquels elle s'appuie, constituent également des actes interruptifs de prescription ; qu'en conséquence, l'ordonnance rendue par le président du tribunal de grande instance de Lyon, le 3 juillet 1998, a interrompu la prescription et fait courir un nouveau délai expirant le 3 juillet 2001 ; qu'ensuite, l'arrêt rendu le 16 novembre 1999 par la Cour de cassation statuant sur le pourvoi formé contre cette ordonnance a interrompu, à son tour, la prescription et fait courir un nouveau délai expirant le 16 novembre 2002 ; que la prescription n'est donc, en l'espèce, pas acquise ;

Considérant que, dans une note, parvenue au Conseil en cours de délibéré, la société Sade fait, cependant, valoir que seuls les actes de procédure ou d'instruction accomplis par les autorités de poursuite et manifestant leur volonté de poursuivre les faits sont susceptibles, après la saisine du Conseil, d'interrompre la prescription ; qu'elle ajoute que conférer à l'arrêt de la Cour de cassation relatif à l'ordonnance d'autorisation de visite et de saisie un effet interruptif de prescription reviendrait à traiter moins favorablement les entreprises utilisant les voies de recours prévues par la loi que celles qui s'en abstiennent et à faire bénéficier des règles protectrices de la prescription, non pas les parties poursuivies, mais l'autorité de poursuite, ceci en violation du droit au procès équitable, principe énoncé par l'article 6 de la CEDH ;

Mais considérant que la procédure suivie en matière de concurrence, qui vise à protéger l'ordre public économique et revêt à l'égard des entreprises en cause un caractère punitif, peut être, en ce qui concerne les actes de recherche et de constatation des infractions, rapprochée de la procédure

pénale et s'inspirer des principes applicables à cette dernière ; qu'à maintes reprises et de façon constante, notamment, dans un arrêt du 25 juin 1993, la chambre criminelle de la Cour de cassation a énoncé que « (...) *les actes de poursuite ou de procédure, y compris les voies de recours, interrompent, par eux mêmes, la prescription de l'action publique (...)* » ; que, dans un arrêt du 23 novembre 1972, la même chambre avait précisé que « (...) *si l'acte d'appel émanant du prévenu, ne peut être considéré comme un acte de poursuite, ledit acte n'en produit pas moins en matière correctionnelle, un effet interruptif de prescription ; il est par sa nature même indépendant du jugement contre lequel il est dirigé et dont la nullité ne saurait influencer sur sa propre validité ni l'empêcher de produire les effets qui lui sont propres (...)* » ; qu'ainsi, les actes par lesquels une personne mise en cause dans une procédure pénale conteste la validité de cette procédure ou d'une décision intervenue dans ce cadre, interrompent la prescription en ce qu'ils participent au déroulement de la procédure ; qu'il en est de même, pour identité de motifs, en ce qui concerne les procédures suivies devant le Conseil de la concurrence ; qu'il s'ensuit que, dans le cas d'espèce, la prescription des pratiques soumises au Conseil s'est trouvée interrompue non seulement par l'ordonnance du 3 juillet 1998 et par l'arrêt du 16 novembre 1999, précités, mais également par le pourvoi de la société SPAC qui a donné lieu à cet arrêt ;

Considérant que la société Sade oppose, enfin, que la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation ont déjà implicitement admis qu'un arrêt de cette dernière juridiction validant une ordonnance de visite et saisie ne constitue pas un acte interruptif de prescription ; qu'elle cite, à cet égard, un arrêt de la cour d'appel du 1^{er} décembre 1995 qui constate l'acquisition de la prescription, alors qu'était intervenu, à une date susceptible d'interrompre cette prescription, un arrêt de la Cour de cassation ayant déclaré irrecevable le pourvoi formé contre une ordonnance d'autorisation de visite et saisie ;

Considérant, cependant, qu'au cas d'espèce invoqué et ainsi qu'en convient la société Sade dans son mémoire, le ministre de l'économie n'avait fait valoir ni devant la Cour d'appel, ni devant la Cour de cassation que l'arrêt de la Cour de cassation relatif à l'ordonnance de visite et saisie était interruptif de prescription ; que si l'acquisition de la prescription constitue une exception péremptoire et d'ordre public, qui doit être relevée d'office, il appartient, en revanche, à la partie poursuivante de soulever le moyen relatif à l'interruption de la prescription ; que dès lors, l'absence, dans les deux arrêts invoqués, de référence à l'effet interruptif de prescription de l'arrêt de la Cour de cassation validant une ordonnance d'autorisation de visite et de saisie ne peut être regardée comme une négation de cet effet interruptif ;

Considérant que, de son côté, la société Sogea soutient que la saisine du Conseil effectuée le 24 avril 1996 par M. Yves Galland, ministre délégué aux finances et au commerce extérieur, n'a pu produire aucun effet interruptif de prescription en raison de son irrégularité tenant au fait, d'une part, que le ministre saisissant n'a pas agi au nom du ministre de l'économie, d'autre part, que la saisine du Conseil de la concurrence ne fait pas partie des attributions expressément déléguées au ministre délégué aux finances et au commerce extérieur par le décret n° 95-1248 du 28 novembre 1995 ;

Mais considérant que, dans un arrêt du 13 décembre 2001, société anonyme GAMMVERT, la cour d'appel a retenu qu'aux termes du décret précité

«M. Galland exerçait les attributions qui lui étaient confiées par le ministre de l'économie et des finances relatives à la consommation, à la concurrence, aux marchés publics et au commerce extérieur ; que, pour l'exercice de ses attributions et dans la limite de celles-ci, il avait notamment autorité sur la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et recevait délégation du ministre de l'économie et des finances pour signer, en son nom, tous actes, arrêtés et décisions ; que M. Galland était donc habilité à saisir le Conseil de la concurrence des pratiques dénoncées...» ; qu'il résulte des termes de cette décision que la prescription des faits soumis au Conseil dans la présente procédure a été valablement interrompue par la saisine du ministre délégué aux finances et au commerce extérieur agissant dans le cadre des attributions qui lui avaient été déléguées par le ministre de l'économie et des finances ; que le moyen de la société Sogea est donc sans fondement ;

Sur le fond et sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur les autres moyens de procédure soulevés

En ce qui concerne le grief n° 7 relatif à la présentation d'offres de couverture au profit de l'entreprise Stracchi lors du marché de Pusignan Jonage Genas du 2 mars 1993,

Considérant que la société Stracchi, qui avait obtenu le marché de Pusignan Jonage Genas en date du 8 octobre 1992, a été consultée, le 8 janvier 1993, par le cabinet Merlin, maître d'œuvre du précédent marché, pour réaliser l'extension du réseau de desserte du même territoire ; que cette société a estimé le montant des travaux à 301 480,26 francs soit 4,8 % de plus que l'évaluation du cabinet Merlin ; que le seuil de 300 000 francs étant franchi, le maître d'ouvrage a décidé de recourir à une mise en concurrence préalable et qu'il a effectué un appel à candidatures le 25 janvier 1993 ; que la société Stracchi a, par courrier en date du 24 février 1993, présenté une offre identique à celle de son estimation initiale lors de la consultation du 8 janvier 1993 ;

Considérant que la lettre du 8 janvier 1993 émanant du cabinet Merlin et qui a été saisie dans les locaux de la société Stracchi (cote 202 des annexes du rapport) porte, au-dessous de la mention manuscrite «résultat AO», les annotations, également manuscrites, suivantes : les noms des sociétés Petavit, Albertazzi, Sogea, Sade, Citral et Stracchi, précédés, pour les trois premières et pour Citral et Stracchi, d'astérisques et suivis, pour toutes, de chiffres correspondant aux écarts entre les estimations de base établies par le maître d'ouvrage et les soumissions (tableau n° 2, cote 98 du rapport), les noms Thiollier (de la société Sogea) et Termet (de la société Stracchi) au regard du nom de Sogea, des points d'interrogation à côté des noms Sade et Citral, la mention «OK» au regard des noms Petavit et Citral et la mention «le 24/2» sur la même ligne et à gauche des noms Petavit et Citral ; que la date du 24 février 1993 se situe entre l'appel à candidatures et la date limite de remise des soumissions ;

Considérant que la société Stracchi observe qu'«il lui suffisait de faire un devis légèrement inférieur à 300 000 francs pour éviter dans le strict respect de passation des marchés publics, la procédure d'appel d'offres» ;

que la société Citral fait remarquer que le document saisi «*doit être considéré comme un simple indice non daté*» et que «*cet indice revêt un caractère douteux*» ; que «*l'intitulé Résultat AO implique que les mentions manuscrites ont été apposées à la suite de l'ouverture des prix*» ; que la société Sade estime que si les informations avaient été obtenues avant le dépôt des offres, les termes «*prévision*» et «*anticipation*» auraient été utilisés et non pas le terme «*résultat*» ;

Considérant que le sens et la portée des annotations manuscrites figurant sur la lettre du 8 janvier 1993, prises dans leur ensemble, prêtent à discussion ; qu'en effet, si la mention de la date du 24 février pourrait laisser penser que la société Stracchi a recueilli auprès de ses concurrents le montant de leurs soumissions avant que ces dernières ne soient déposées, la mention «*Résultat AO*» appelle une autre interprétation, selon laquelle les chiffres résumeraient le résultat de l'appel d'offres, recueilli après l'ouverture des plis ; que cette interprétation avait été fournie, au cours de l'enquête par M. Jankowski, salarié de la société Stracchi, lequel avait déclaré avoir obtenu les résultats de l'appel d'offres auprès du cabinet Merlin «*sans doute Mrs Valli ou Fromont*» (cote 244) ; qu'aucun élément du dossier extrinsèque au document en cause ne permet de contredire utilement cette explication ; que, dans ces conditions, les mentions manuscrites figurant sur la lettre datée du 8 janvier 1993 ne démontrent pas l'existence d'un échange d'informations avant le dépôt des offres ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le grief d'entente entre soumissionnaires à l'appel d'offres du 2 mars 1993 ne peut être retenu ;

En ce qui concerne le grief n° 4 relatif à la présentation par la société Sade d'une offre de couverture au profit de l'entreprise Stracchi lors du marché de Pusignan Jonage Genas du 8 octobre 1992,

Considérant que le commissaire du Gouvernement a conclu au «*maintien de ce grief*» qui avait été abandonné dans le rapport ;

Considérant que la pièce sur laquelle se fondait le grief consiste en une page du cahier de notes de M. Simon de la société Sade qui se situe entre une page datée du «*1.10.92*» et une page datée du «*5 octobre 1992*» (cote 160) ; que figure sur cette page, parmi d'autres inscriptions manuscrites, l'intitulé «*irrigation - Pusignan Jonage Genas*» ; qu'apparaissent sous cette mention les montants «*1 512 087 F*» et «*1 052 389 F*» représentant respectivement les montants des estimations de base réalisées par les maîtres d'ouvrage des marchés de Pusignan Jonage Genas et de Jons en date du 8 octobre 1992 ; que figure également sur cette page le nom «*Stracchi*» entouré ; que cette dernière société a été déclarée attributaire du marché de Pusignan Jonage Genas ;

Mais considérant que le rédacteur de ces notes, M. Simon, qui n'avait été entendu ni au cours de l'enquête ni au cours de l'instruction, s'est expliqué sur les mentions en cause dans une attestation écrite en date du 20 décembre 1997, reproduite ci-après :

«Mon ancien employeur, la SADE, m'a communiqué le dossier de notification de griefs concernant quelques dossiers d'irrigation du Rhône.

Au sujet de l'interprétation donnée aux notes du cahier de travail saisi (scellé n° 6-66) dans mon bureau, en février 1994, j'apporte les précisions suivantes :

J'ai noté les montants estimatifs hors taxes, date bordereau DDAF, de deux dossiers de consultation en notre possession : PUSIGNAN-JONAGE-GENAS et JONS, pour lesquels nous étions admis à remettre une offre, début octobre 1992.

C'était un moyen d'identifier deux dossiers dont les actes d'engagement devait être adressés le 5 octobre, la valeur des coefficients, déterminée par les études en cours, n'étant pas encore arrêtée.

L'intérêt du dossier PUSIGNAN-JONAGE-GENAS était particulier pour la SADE, les travaux concernés se situant à proximité du siège régional de la Société.

Impatient de connaître le résultat, je me suis renseigné, après l'ouverture des plis, auprès de la DDAF, notant et entourant le nom de l'adjudicataire STRACCHI, devant le montant de base inscrit à une date antérieure.

Le faible écart (0,7 %) entre notre offre et celle du moins disant, témoigne de notre effort et confirme l'intérêt que nous portions à cette affaire.

J'ajoute que le titulaire de l'autre lot, n'apparaît à aucun moment».

Considérant que M. Simon fournit ainsi une explication crédible de l'indice constitué par la page de notes décrite ci-dessus ; qu'en l'absence de tout autre indice, le dossier ne comporte pas suffisamment d'éléments pour justifier qu'il soit procédé à un supplément d'instruction ; que la demande, en ce sens, du commissaire du Gouvernement doit être rejetée ;

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Finidori, par Madame Pasturel, vice-présidente présidant la séance, M^{me} Perrot, MM. Piot et Ripotot, membres.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

La vice-présidente, présidant la séance

Micheline Pasturel.

02-D-03

Décision n° 02-D-03 du 29 janvier 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la Sarl Technic Publicité

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu les lettres enregistrées le 20 septembre 2001 sous les numéros F 1338 et M 287, par lesquelles la société Technic Publicité a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques, qu'elle estime anticoncurrentielles, mises en œuvre par la société Médiavision-Jean Mineur (ci-après dénommée Médiavision) et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par la société Médiavision et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Technic Publicité et Médiavision entendus lors de la séance du 21 novembre 2001 ;

Considérant que la société Technic Publicité exerce une activité de régie publicitaire au profit des exploitants de salles de cinéma, activité qui consiste à mettre à la disposition des annonceurs les espaces publicitaires concédés par ces exploitants ; qu'à l'origine, cette activité se limitait à diffuser, pour le compte d'annonceurs locaux, de la publicité sur les rideaux qui cachent les écrans de cinéma ; qu'à partir de l'an 2000, animée par un souci de diversification, cette société s'est engagée dans la diffusion de films publicitaires sur les écrans pour ces mêmes annonceurs ; qu'elle expose que, lors du démarchage des exploitants de salles de cinéma, un certain nombre d'entre eux ont déclaré ne pas pouvoir répondre à sa proposition, au motif qu'ils étaient liés à la société Médiavision par un contrat confiant à cette dernière l'exclusivité de la publicité sur leurs écrans et qu'ils ne pouvaient s'engager avec une autre régie sans autorisation de leur co-contractant ; que le gérant de la société NémO, exploitant du cinéma «*Pagnol*» à Aubagne, qui l'avait autorisée, dans le cadre d'un contrat conclu en février 2000, à diffuser de la publicité cinématographique sur les écrans de ce cinéma, alors qu'il se trouvait lié à Médiavision, jusqu'au 21 octobre 2001, par un contrat comportant une clause d'exclusivité, a été mis en demeure, par cette dernière, de suspendre l'exécution du contrat conclu avec la société Technic Publicité et qu'il a déféré à cette injonction ; que, par ailleurs, la société Médiavision a subventionné l'achat d'écrans de cinéma par le cinéma Olbia installé à Hyères, dans le but d'obtenir l'exclusivité de la publicité sur les écrans de ce cinéma ; que la société Technic Publicité soutient, d'une part, que le fait pour la société NémO d'avoir obtempéré à

l'injonction de la société Médiavision de suspendre ses relations avec elle, constitue une entente, au sens des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et, d'autre part, que l'injonction susmentionnée, la subvention accordée au cinéma Olbia, ainsi que l'obligation faite aux exploitants de demander à Médiavision l'autorisation de contracter avec elle, constituent des abus de position dominante et sont, de ce fait, prohibées par les dispositions de l'article L. 420-2 du même code ;

Considérant qu'accessoirement à sa saisine au fond, la société Technic Publicité demande au Conseil de la concurrence, par application de l'article L. 464-1 du code de commerce, d'enjoindre à la société Médiavision de supprimer, dans tous ses contrats avec des exploitants de salles, la référence à une concession exclusive ;

Considérant qu'en raison du caractère accessoire des demandes de mesures conservatoires, l'application de l'article L. 464-1, susmentionné, est subordonnée à la constatation d'indices ou de comportements susceptibles de se rattacher aux pratiques visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ; qu'en vertu de l'article L. 462-8 du même code, le Conseil de la concurrence peut rejeter la saisine par une décision motivée lorsqu'il estime que les fait invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ;

I. - Sur les caractéristiques du secteur et la place occupée par Médiavision

Considérant que les pratiques en cause concernent la publicité dans les salles de cinéma ; que, selon les statistiques du Centre national de la cinématographie, 5 103 salles de cinéma regroupées dans 2 164 établissements ont été actives en l'an 2000 ; qu'il résulte de l'instruction qu'environ 3 800 d'entre elles acceptent de diffuser de la publicité ; qu'en ce cas intervient généralement une régie publicitaire intermédiaire entre les exploitants de salles qui lui concèdent des espaces publicitaires et les annonceurs, ou leurs intermédiaires, auxquels elle revend ces espaces ; que l'activité de régie publicitaire de la société Médiavision dans les établissements cinématographiques consiste, pour l'essentiel, en la diffusion de films de publicité nationale et locale dans le cadre de contrats de régie conclus avec les exploitants desdits établissements ;

Considérant que la publicité nationale est destinée à être diffusée sur l'ensemble du territoire ou sur une partie substantielle de celui-ci, en fonction des objectifs poursuivis par les annonceurs ; qu'elle émane de sociétés importantes disposant de budgets publicitaires conséquents et intervient généralement en complément d'une campagne publicitaire dans un autre média, en particulier à la télévision ; que, dans ce cadre, l'activité de régisseur consiste à collecter des films qui sont le plus souvent transmis par les agences de publicité des annonceurs, à vérifier leur conformité aux lois qui interdisent ou restreignent la publicité pour certains produits, à monter ces films au sein d'une bande comportant

un générique de début et un générique de fin, à les acheminer vers les salles et à contrôler leur diffusion ; que, seules, deux régies sont actives dans ce secteur : la société Médiavision, filiale à 100 % du groupe Publicis, présente dans 2 660 salles, et la société Circuit A, dont le capital est détenu à 93 % par UGC, présente dans 1 199 salles ; qu'il résulte de l'instruction que Médiavision recueille environ 60 % des recettes générées par ce type de publicité ;

Considérant que la publicité cinématographique locale est destinée à être diffusée dans une zone de chalandise géographiquement réduite, laquelle peut correspondre à un seul établissement cinématographique, en particulier pour les commerçants de proximité ; que le nombre des annonceurs concernés par ce type de publicité et leur éparpillement sur le territoire implique la nécessité, pour les régies publicitaires, de disposer d'équipes de démarcheurs, ce qui a d'ailleurs conduit Médiavision et Circuit A à recourir à une sous-régie, la Société Européenne de Publicité (SEP) ; que, dans le secteur de la publicité locale, les annonceurs confient généralement la réalisation de leurs films publicitaires à la régie chargée de leur diffusion ; qu'outre Médiavision et Circuit A, dont le chiffre d'affaires a atteint respectivement 19 920 146 F et 10 995 184 F en l'an 2000, quelques autres sociétés interviennent sur le marché de la publicité cinématographique locale, la plus importante d'entre elles étant la société Censier-Publicinex, présente dans 1 100 salles environ, et dont les recettes tirées de la diffusion de films de publicité locale ont atteint 25 984 000 F en l'an 2000 ; qu'il résulte de l'instruction qu'au cours de ce même exercice, le chiffre d'affaires réalisé par la SEP, en dehors des opérations effectuées pour le compte de Médiavision et Circuit A, a atteint 228 137 F et celui réalisé par Technic Publicité 229 721 F ; qu'en l'an 2000, il existait au moins une autre régie de publicité locale, la société Cinélen, qui bénéficiait d'une concession sur les 167 écrans du groupe CGR, concession transférée à la société Censier-Publicinex en 2001 ; qu'en l'état de l'instruction, aucun élément du dossier n'est de nature à établir que les affirmations de la société Médiavision, au demeurant non contestées par la partie saisissante, selon lesquelles sa part de marché dans le secteur de la publicité cinématographique locale se situe aux alentours de 20 % seraient inexactes ou erronées ;

Considérant qu'en égard aux caractéristiques susdécrites, les publicités cinématographiques nationales et locales relèvent de deux marchés distincts ; que compte tenu de la place de Médiavision-Jean Mineur sur le marché de la publicité cinématographique nationale, de ce que le contrat-type proposé aux exploitants couvre les deux types de publicité, de ce que les contrats conclus avec eux portent généralement sur les deux types de publicité (le nombre de salles dans lesquelles Médiavision a renoncé, sur demande des exploitants, à l'exclusivité de la publicité locale sur les écrans n'étant que de 403 sur les 2 660 en régie), de l'appartenance de cette société au groupe Publicis qui occupe le quatrième rang national des régies publicitaires, de l'évolution de son chiffre d'affaires, passé de plus de 205 millions de francs en 1998 à plus de 309 millions de francs en 2000 et de son résultat, passé de plus de 67 millions de francs à plus de 147 millions de francs durant la même période, il ne peut être exclu que cette société soit en position dominante sur le marché de la publicité cinématographique nationale et sur le marché connexe de la publicité cinématographique locale ;

II. - En ce qui concerne la clause d'exclusivité

Considérant qu'en vertu de l'article 1^{er} du contrat de concession publicitaire n° 95033, initialement conclu pour une durée de trois ans à compter du 20 octobre 1995 et renouvelé par tacite reconduction jusqu'au 20 octobre 2001, le gérant de la société Néo a conféré à la société Médiavision la concession exclusive, sur les écrans des quatre salles du Cinéma «Pagnol» à Aubagne, de la publicité par tout moyen audiovisuel de projection sur lesdits écrans ; que cette clause est identique à celle insérée dans les contrats-type de régie publicitaire proposés par la société Médiavision aux exploitants de salle ;

Considérant que l'existence d'une clause d'exclusivité dans un contrat n'est pas en soi répréhensible, à moins qu'elle ne constitue une entente anticoncurrentielle visant à empêcher une entreprise d'accéder au marché ou à l'en exclure, ou encore, lorsqu'étant imposée par une entreprise en position dominante, elle constitue une mesure limitant l'accès au marché d'autres opérateurs ;

Considérant que dans un avis du 14 décembre 1984, la Commission de la concurrence a précisé que, eu égard au temps limité susceptible d'être accordé à la projection de la publicité au cours d'une séance, l'exclusivité était inhérente à la concession d'écrans de cinéma, sous réserve que sa durée n'impose pas à l'exploitant d'aliéner pendant trop longtemps la possibilité de contracter avec une autre régie susceptible de lui assurer un meilleur service ou de lui offrir des redevances d'un montant supérieur ; que dans ce même avis, la Commission a estimé qu'une durée de deux ans, environ, renouvelable par tacite reconduction paraissait adaptée aux exigences de la concurrence ; que par une lettre du 16 avril 1985, le ministre de l'économie a demandé à la société Médiavision de «*ramener (...) à un maximum de trois ans la durée de vos contrats de régie exclusive avec les salles de cinéma qui ne bénéficient pas d'avance sur recettes (...)*» ; que le contrat conclu avec la société Néo respecte cette injonction et qu'il n'est ni allégué, ni démontré qu'il en irait différemment pour les autres contrats conclu par la société Médiavision ;

Considérant que, si au cours de la séance, la société saisissante a soutenu que la clause d'exclusivité susmentionnée était injustifiée, ni les moyens développés par elle dans sa saisine et au cours de l'instruction, ni ses observations orales n'ont apporté d'éléments conduisant à penser que l'introduction de cette clause dans le contrat-type de régie publicitaire ou l'adhésion de la société Néo à ce contrat auraient constitué une entente anticoncurrentielle prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant que les données relatives au secteur concerné démontrent que la clause d'exclusivité introduite par la société Médiavision dans son contrat-type ne constitue pas une barrière à l'entrée sur le marché de la publicité cinématographique locale ; qu'en effet, il résulte de l'instruction que le chiffre d'affaires réalisé sur ce marché par les sociétés concurrentes de Médiavision est en constante progression ; qu'ainsi, en l'an 2000, la

réalisation de films pour la publicité cinématographique locale a représenté 74,30 % du chiffre d'affaires de 34 972 000 F réalisé par Censier-Publicinex, contre 46,50 % du chiffre d'affaires de 28 821 000 F réalisé en 1998 ; que la société Technic Publicité qui n'est entrée sur ce marché qu'en l'an 2000, y a réalisé un chiffre d'affaires de 229 721 F au cours de cet exercice ; que, pour les neuf premiers mois de l'année 2001, les recettes publicitaires afférentes à ce marché se sont élevées à 649 956 F, les recettes attendues au cours du dernier trimestre étant estimées à plus de 100 000 F ; qu'en outre, la société Médiavision a indiqué, sans avoir été contredite, que lorsque l'exploitant d'une salle le souhaitait, elle renonçait à lier l'exclusivité de la publicité cinématographique nationale à celle de la publicité cinématographique locale ;

III. - Sur les autres pratiques dénoncées

■ En ce qui concerne la suite réservée par la société Néo à la mise en demeure de la société Médiavision

28

Considérant que l'article 6 du contrat de concession publicitaire liant la société Néo à la société Médiavision stipule que, sauf cas de force majeure, tout manquement de l'exploitant à une seule des clauses et conditions dudit contrat sera considéré comme un manquement essentiel, justifiant la résiliation de plein droit du contrat par Médiavision et lui ouvrant droit, soit de constater de plein droit la résiliation du contrat tout entier, un mois après réception par l'exploitant d'une mise en demeure d'exécuter la ou les clauses non respectées, restées infructueuses, et sans que soit nécessaire un recours judiciaire pour la constater, soit d'obtenir du Président du tribunal de commerce statuant en référé l'exécution forcée du contrat dans toutes ses stipulations ;

Considérant qu'après avoir constaté, à l'occasion d'un contrôle de diffusion de la publicité, que le cinéma «*Pagnol*» ne respectait pas l'ensemble des clauses des bandes publicitaires émanant d'une autre régie, la société Médiavision a, par lettre du 5 mars 2001, mis en demeure la société Néo de respecter les clauses dudit contrat, sous peine d'application de la clause résolutoire susmentionnée ; que le gérant de la société Néo a déféré à cette injonction et demandé à la société Technic Publicité, par lettre datée du 24 avril 2001, de mettre fin à la diffusion de publicité sur les écrans à compter du lendemain ; qu'ainsi, tant cette mise en demeure que la décision d'y déférer, prise ultérieurement par la société Néo, résultent de l'application des clauses susmentionnées du contrat et ne sauraient, en l'absence d'autres éléments, être regardées comme constitutives d'une entente anticoncurrentielle au sens des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

■ En ce qui concerne les pratiques dénoncées sur le fondement de l'abus de position dominante

Considérant, en premier lieu, que les allégations de la société Technic Publicité selon lesquelles la société Médiavision-Jean Mineur a subventionné l'achat d'écrans cinématographiques par le cinéma Olbia de Hyères ne sont assorties d'aucun commencement de preuve ; que si, dans ses observations écrites, cette dernière société reconnaît avoir versé à l'exploitant des avances sur redevance publicitaire et à supposer que la possibilité d'une telle avance ait été utilisée comme argument commercial aux fins d'obtenir la concession publicitaire dans ce cinéma, cette pratique, courante et admise par la Commission de la concurrence dans son avis du 14 décembre 1984, ne saurait, à elle seule, constituer une pratique abusive prohibée par les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant, en deuxième lieu, ainsi qu'il a déjà été relevé précédemment, que la mise en demeure adressée à la société Némio pour qu'elle cesse la diffusion de films publicitaires autres que ceux transmis par Médiavision, est conforme aux stipulations du contrat conclu par ces sociétés ; qu'il n'est ni allégué, ni établi que Médiavision aurait, lors de la signature d'un contrat de concession ou de son renouvellement, refusé de faire droit à la demande d'un exploitant de renoncer à l'exclusivité sur le marché de la publicité locale ; qu'aucun élément du dossier ne conduit à considérer que les dispositions critiquées, qui ne sont, en elles-mêmes, pas constitutives d'une pratique anticoncurrentielle, auraient été mises en œuvre de manière abusive et susceptible d'entrer dans le champ d'application de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant, en troisième lieu, que la clause d'exclusivité prévue par les contrats de concession publicitaire proposés par Médiavision engage les exploitants signataires pour toute la durée où ces contrats demeurent en vigueur ; que, sauf à méconnaître leurs obligations contractuelles, ils ne peuvent donc, durant cette période, diffuser les films d'une autre régie, sauf à obtenir l'accord préalable de leur co-contractant ; qu'il n'est nullement établi qu'à l'expiration de ces contrats, les exploitants qui souhaitent changer de régisseur, soient astreints à en demander l'autorisation à Médiavision ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les faits dénoncés, tels qu'ils ont été soumis à l'appréciation du Conseil, ne peuvent être considérés comme des indices suffisamment probants de l'existence de pratiques qui auraient pour objet ou pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence au sens des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ; qu'en application des dispositions de l'article L. 462-8 du même code, il y a lieu de rejeter la saisine au fond et, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires ;

Décide

Article unique - La saisine enregistrée sous le n° F 1338 et la demande enregistrée sous le n° M 287 sont rejetées.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Palud, par Mme Hagelsteen, présidente, en remplacement de M. Jenny empêché, M^{me} Flury-Hérard, MM. Lasserre et Robin, membres.

La secrétaire de séance,
Françoise Hazaël-Massieux

La Présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-04

Décision n° 02-D-04 du 1^{er} février 2002 relative à une saisine de la société Les Oliviers

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 22 février 2001, sous les numéros A 330 et F 1335, par laquelle la société Les Oliviers a saisi le Conseil de pratiques mises en œuvre par la Société anonyme immobilière de Saint-Etienne (SAIEM), le Centre communal d'action sociale (CCAS) et la commune de Saint-Etienne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et la société Les Oliviers entendus lors de la séance du 23 octobre 2001 ;

Considérant que la société Les Oliviers, qui exploite une maison d'hébergement pour personnes âgées, a saisi le Conseil de la concurrence de diverses pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par la Société anonyme immobilière mixte de la ville de Saint-Etienne (SAIEM), le Comité d'action sociale de la Ville de Saint-Etienne (CCAS) ainsi que par la commune de Saint-Etienne ;

Considérant que la société saisissante fait valoir, en premier lieu, qu'exploitant son activité dans un immeuble de la SAIEM dont elle est locataire, elle se trouve en situation de dépendance économique à l'égard de cette dernière société ; que, suivant un protocole d'accord en date du 7 octobre 1996, le loyer annuel, fixé à 1 858 462 F TTC (283 320,7 €) par le bail initial, a été majoré d'une somme de 800 000 F TTC (121 959,21 €) correspondant à la prise en charge par la locataire d'une partie de travaux de mise en conformité nécessaires, ladite somme payable en plusieurs versements annuels de 47 000 F HT (7 165,1 €) ; que son état de dépendance est démontré par la comparaison entre son chiffre d'affaires qui s'est élevé, pour l'année 1996, à 8 463 132 F (1 290 196,1 €) et les sommes qu'elle doit verser à titre de loyers ; qu'une expertise jointe au dossier évalue le montant objectif annuel du loyer à 900 000 F (137 204 €) ; qu'ainsi, la bailleuse abuse de la situation de dépendance économique dans laquelle la société Les Oliviers se trouve à son égard ; qu'elle ajoute qu'elle ne peut, à court terme, envisager de déménager pour s'installer dans d'autres locaux en raison des contraintes qu'impose la nature de son activité ;

Considérant que la saisissante invoque, en deuxième lieu, l'abus de position dominante qui résulterait de l'exploitation par le CCAS de Saint-Etienne de quinze établissements du même type que celui de la société Les Oliviers et de la concentration manifeste de la puissance économique entre les mains de cet organisme ;

Considérant que la saisissante dénonce, en troisième lieu, l'existence d'une entente entre le CCAS, la SAIEM et la ville de Saint-Etienne en vue de réduire la concurrence sur le marché de l'hébergement des personnes âgées ou dépendantes dans cette ville ; qu'elle fait valoir, à cet égard, d'une part, que la commune de Saint-Etienne subventionne le CCAS qui offre des services comparables aux siens, ce qui permet au CCAS de proposer des prix très attractifs et, d'autre part, que le siège social de la SAIEM se trouve à l'Hôtel de Ville et que le conseil d'administration de cette société est présidé par le troisième adjoint au maire ;

Considérant que la société saisissante soutient, enfin, que le CCAS pratique des prix d'hébergement abusivement bas, ce qui serait démontré par le fait que ses tarifs sont nettement inférieurs à ceux pratiqués par la société Les Oliviers, lesquels sont le fidèle reflet de ce que doivent être les prix sur un marché non subventionné ;

Considérant que la saisine a été enregistrée sous deux numéros A 330 et F 1335 ; que la référence A 330, qui correspond à une demande d'avis alors que la saisine est d'ordre contentieux, est erronée ; qu'il convient donc de décider que le dossier A 330 est classé ; que la référence du dossier de la saisine contentieuse est F 1335 ;

Considérant qu'en l'état, le Conseil ne dispose pas d'éléments d'analyse suffisants pour se prononcer sur ce dossier ; que dans ces conditions, il y a lieu de surseoir à statuer en vue de procéder à un complément d'instruction ;

32

Décide

Article 1 - Le dossier enregistré sous le n° A 330 est classé.

Article 2 - Il est sursis à statuer sur la saisine F 1335.

Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} Chaulet-Philippe, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président et M^{me} Pasturel, vice-présidente.

La secrétaire de séance,

Françoise Hazaël-Massieux

La Présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-05

Décision n° 02-D-05 du 1^{er} février 2002 relative à des pratiques imputables à la chambre nationale des experts spécialisés en objets d'art et de collection (CNES)

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 24 janvier 2001 sous le numéro F 1289, par laquelle M. Jehan a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques imputables à la Chambre nationale des experts spécialisés en objets d'art et de collection (CNES) ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus, au cours de la séance du 11 décembre 2001, M. Jehan ayant été régulièrement convoqué ;

Considérant que M. Jehan expose dans sa saisine qu'il a exercé la profession d'antiquaire à Paris depuis 1977 et a été admis comme expert par la CNES en 1985, sa spécialité étant celle des instruments scientifiques anciens ; qu'il précise qu'il a arrêté son activité en 1991, pour des raisons personnelles ; qu'il a, dès lors, cessé d'acquitter ses cotisations à la CNES et a été, en conséquence, considéré comme démissionnaire, conformément aux statuts de cet organisme ; qu'il a repris son activité en 1997 dans le département de la Vienne et que le président pour la région Centre de la CNES, M. Liger, lui a proposé sa réintégration sous réserve d'un avis favorable des instances régionales ; qu'en dépit d'une approbation unanime de sa demande par ces instances, intervenue en décembre 1999, il n'a reçu aucune réponse officielle de la part des instances nationales ; qu'il ajoute, qu'en juin 2000 M. Randier, président national de la CNES, aurait chargé oralement le responsable de la région Centre de lui annoncer que le conseil d'administration s'opposait à sa réintégration ;

Considérant que M. Jehan soutient, d'une part, que la CNES ne respecte pas la décision 98-D-81 du 21 décembre 1998, par laquelle le Conseil de la concurrence a estimé qu'un refus d'adhésion non motivé constituait une pratique anticoncurrentielle et, d'autre part, que la réelle motivation de ce refus est le fait que sa spécialité, qui porte sur les instruments scientifiques anciens, est la même que celle de M. Randier, président de la CNES en 2000 ; qu'il relève qu'il ne restait plus, en 2000, que deux titulaires de cette spécialité en exercice au sein de cette organisation au lieu de quatre en 1985 ; qu'il demande, en conséquence, au Conseil d'apprécier l'objet ou l'effet anticoncurrentiel de ce refus de réintégration ;

Considérant que l'article L. 462-8, alinéa 2, du code de commerce prévoit que *«le Conseil peut rejeter la saisine par décision motivée, lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants»* ;

Considérant que le 10 mai 2001, soit postérieurement à sa saisine, M. Jehan a adressé un courrier à la CNES afin que lui soit communiquée la motivation du refus de sa réintégration ; qu'il a reçu, le 20 juillet 2001, un courrier des instances nationales lui signifiant qu'il avait été radié pour défaut de paiement de cotisations au troisième trimestre de l'année 1992, ce qui constituait une violation des statuts de la chambre et que, pour ce motif, il avait été décidé de ne pas donner suite à sa demande de réintégration ;

Considérant que, dans sa décision 98-D-81 du 21 décembre 1998, le Conseil de la concurrence a enjoint à la CNES de supprimer de ses statuts la disposition relative à la dispense de motivation des refus d'admission ; que, sur le recours formé, notamment par la CNES, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 12 octobre 1999, a annulé la décision déferée pour un motif de procédure et, statuant au fond, a enjoint, notamment à la CNES, de ne plus communiquer les décisions de refus de candidature ou d'exclusion de membres, aux autres organisations professionnelles ; que l'injonction tendant à la suppression de la disposition relative à la dispense de motivation des refus d'admission n'a pas été reprise par l'arrêt, au motif que la suppression de cette disposition venait d'être votée par le conseil d'administration de la CNES ; qu'aucun défaut de respect d'injonction ne serait donc susceptible d'être reproché, en l'espèce, à la CNES ;

Considérant que la CNES a agi en l'espèce avec une opacité regrettable, puisqu'elle a attendu plus d'un an et demi avant de répondre à la demande de réintégration présentée par M. Jehan et ne lui a fait connaître son refus de le réintégrer ainsi que les motifs fondant ce refus, qu'après que l'intéressé eut écrit à la Chambre en faisant état de la saisine du Conseil ; que, toutefois, la décision critiquée repose sur le fait que M. Jehan n'a plus acquitté ses cotisations depuis 1991, ce qui constitue, en effet, un motif de radiation prévu par les dispositions de l'article 10, titre II, des statuts lequel énonce que *«la qualité de membre de la Chambre se perd pour non-paiement de la cotisation trois mois après sa date d'exigibilité»* ; qu'il n'appartient pas au Conseil d'apprécier la pertinence de ce motif dès lors qu'il repose sur un critère précis, objectif et non discriminatoire ;

Considérant que les circonstances alléguées par le saisissant, à savoir le fait qu'il n'existe plus, actuellement, que deux spécialistes d'instruments scientifiques anciens au sein de la CNES, ainsi que le fait que M. Randier, un de ces spécialistes, ait occupé les fonctions de président de cette organisation, jusqu'en mai 2001, ne suffisent pas à présumer que le refus de réintégration opposé à M. Jehan procéderait d'une volonté de l'exclure du marché ; qu'en outre, aucun élément du dossier ne permet de penser que le refus de la CNES aurait eu un effet anticoncurrentiel puisqu'il existe sur le marché d'autres organismes d'experts ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la saisine ne comporte pas d'éléments suffisamment probants permettant de penser que des pratiques anticoncurrentielles auraient été, en l'espèce, mises en œuvre par la CNES ; qu'il convient, en conséquence, de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 précité ;

Décide

Article unique - La saisine enregistrée sous le numéro F 1289 est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Chalet-Philippe, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente et M. Nasse, vice-président.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

La Présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Décisions / 02-D-05

35

02-D-06

Décision n° 02-D-06 du 7 février 2002 relative à des pratiques concernant un marché d'électrification rurale dans le département du Loir-et-Cher

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 27 novembre 1997, sous le n° F 990, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques concernant un marché d'électrification rurale dans le département du Loir-et-Cher ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 27 novembre 2001 ;

Considérant que le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence le 27 novembre 1997 de pratiques d'entente anticoncurrentielles mises en œuvre dans le cadre d'un marché d'électrification rurale dans le département du Loir-et-Cher ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce 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»* ;

Considérant que le commissaire du Gouvernement fait valoir qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir pour faire accomplir un acte interruptif de prescription et que le délai prévu à l'article précité a été suspendu à son égard ; que la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 17 juillet 2001, censurant un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 mars 1999 qui avait admis le principe de la suspension de la prescription à l'égard de l'entreprise saisissante mise dans l'impossibilité d'agir dans la procédure en cours devant le Conseil, ne s'applique pas au cas d'une saisine émanant du ministre car celui-ci, à la différence des entreprises ou autres personnes morales saisissantes, est dépourvu de tout moyen alternatif de protéger l'ordre public économique atteint par les pratiques anticoncurrentielles ;

Mais considérant que l'arrêt du 9 mars 1999 précité a fait l'objet d'une double cassation pour violation de la loi, la première, prononcée au visa de l'article L. 462-7 du code de commerce, au motif *«(...) qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte susvisé un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas la cour d'appel l'a violé»*, la seconde, prononcée au même visa, au motif *«(...) qu'en statuant ainsi, alors que le Conseil de la concurrence, chargé de la protection de l'ordre public économique, n'est pas compétent pour réparer le préjudice éventuellement subi par les parties qui le saisissent et qui allè-*

guent être victimes de pratiques anticoncurrentielles et peuvent saisir les juridictions civiles et répressives d'une action en indemnisation, en annulation ou en cessation des pratiques contestées dans les délais de prescription afférents à ces actions, (...) la cour d'appel a violé le texte susvisé (...)»;

Considérant que chacun de ces deux motifs de censure fonde à lui seul la cassation prononcée, indépendamment de l'autre ; que dès lors, le premier motif, qui s'appuie, pour exclure la suspension de la prescription, sur le libellé de l'article L. 462-7 du code de commerce, disposition applicable quel que soit l'auteur de la saisine du Conseil, conduit à considérer que la prescription qui n'est pas suspendue lorsque la saisine émane d'une entreprise, ne l'est pas davantage lorsque le Conseil est saisi par le ministre ;

Considérant qu'en l'espèce, plus de trois ans s'étant écoulés depuis le 27 novembre 1997, date de la saisine, sans qu'ait été accompli aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés, la prescription s'est trouvée acquise à la date du 28 novembre 2000 ; qu'il convient, en conséquence, de dire n'y avoir lieu à poursuivre la procédure ;

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de M^{me} Descours-Gatin, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance en remplacement de M^{me} Hagelsteen, empêchée, M^{me} Pasturel et M. Nasse, vice-présidents.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président, présidant la séance,
Frédéric Jenny

Décisions / 02-D-06

37

02-D-07

Décision n° 02-D-07 du 8 février 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des produits d'électronique grand public

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la délibération du 27 mars 1998 par laquelle le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de la situation de la concurrence dans le secteur produits d'électronique grand public, dossier enregistré sous le numéro F 1031 ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 8 janvier 2002 ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce 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»* ;

Considérant qu'une enquête a été diligentée à la demande du rapporteur ; que le rapport d'enquête établi à la suite de cette demande a été adressé au Conseil le 31 juillet 1998 ; que la transmission de ce rapport, auquel sont annexés des procès-verbaux, constitue le dernier acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des faits visés par la saisine, susceptible d'interrompre la prescription prévue à l'article L. 462-7 du code de commerce ;

Considérant qu'en l'espèce plus de trois ans se sont écoulés depuis le 31 juillet 1998, sans que le cours de la prescription ait été interrompu par un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés ; que la prescription étant ainsi acquise à la date du 31 juillet 2001, 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. Komiha, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente, et M. Robin en remplacement de M. Nasse, vice-président empêché.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La Présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-08

Décision n° 02-D-08 du 12 février 2002 relative à des pratiques de la société Sony France et de certains de ses revendeurs

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 9 août 2001 sous le numéro F 1333, par laquelle la société Concurrence a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la société Sony France et de certains de ses revendeurs ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86 1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 15 janvier 2002, la société Concurrence ayant été dûment convoquée ;

Sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur la demande de la saisissante tendant au versement au dossier des pièces produites par elle-même et par la société Sony France à l'occasion de la procédure ayant donné lieu à la décision n° 01-D-49 du 31 août 2001 du Conseil ;

Considérant que par cette dernière décision, le Conseil s'est prononcé sur une précédente saisine de la SA Concurrence qui dénonçait la mise en œuvre par la société Sony France de diverses pratiques anticoncurrentielles sur les marchés des produits audiovisuels, des ordinateurs et des vidéo-projecteurs, notamment la mise en place à compter du 1^{er} avril 2001 de nouvelles conditions de vente qui auraient eu pour caractéristique d'accroître le montant global des ristournes différées et des services facturables par les distributeurs afin de fixer un niveau minimal aux prix de revente de ses produits et aux marges des distributeurs ; que cette même saisine reprochait également à la société Sony France la cessation de ses livraisons directes aux entreprises de "son réseau", et son refus de lui octroyer à ce titre une remise logistique ; qu'elle dénonçait enfin les conditions d'octroi d'une clause d'enseigne commune ouvrant droit à une ristourne sur le chiffre d'affaires réalisé ; qu'était, en outre, sollicité le prononcé de mesures conservatoires au motif que, compte tenu de la part très importante de la société Sony France dans ses approvisionnements, la modification par celle-ci de ses conditions de vente constituait une atteinte grave et immédiate aux intérêts de la société Concurrence susceptible de se traduire par une baisse sensible de ses ventes et de porter également atteinte au marché et à l'intérêt des consommateurs qui n'auraient plus disposé de la possibilité de bénéficier de prix compétitifs ;

Mais considérant que le Conseil a relevé, dans sa décision précitée, que les conditions dont bénéficiait la société Concurrence en application des nouvelles conditions de vente de la société Sony France étaient inchangées, voire améliorées, les nouveaux barèmes lui permettant d'avoir accès à des niveaux de

rémunérations comparables ou égaux à ceux qu'elle obtenait auparavant ; qu'il a noté qu'il n'était pas établi qu'elle subirait une réduction de ses marges qui serait de nature à lui interdire de poursuivre, dans l'immédiat, une politique de prix inférieurs à ceux pratiqués par la plupart des autres offreurs ; et qu'il a également rejeté pour insuffisance d'éléments probants les autres griefs relatifs à des pratiques anticoncurrentielles formulés par la saisissante, ainsi que les mesures conservatoires sollicitées ;

Considérant que la société Concurrence, à l'appui de la présente saisine, se borne à produire, comme seuls documents nouveaux, les copies d'une facture à en-tête de la société Sony France avec le bordereau de communication de cette facture, laquelle concerne un acheteur identifié par la saisissante comme étant «*le comité d'entreprise des armées*» et comporte le décompte d'un taux de remise de 22 % que la société Concurrence estime dérogatoire au barème fixé par les conditions de vente de ce fournisseur ; qu'elle indique, en effet, que «*si l'on applique le barème aux comités d'entreprise, on n'arrive pas à 10 % compte tenu qu'ils ne rendent pas les nombreux services exigés par Sony et qu'ils n'atteignent pas les objectifs de CA, et que la remise logistique ne peut leur être appliquée*».

Considérant, toutefois, que la seule production de la facture mentionnée ci-dessus ne permet pas, faute de connaître les contreparties susceptibles d'avoir justifié une éventuelle dérogation aux barèmes tarifaires de la société Sony France de conclure à une discrimination dans les termes de l'article L. 442-6.I 1° du code de commerce, laquelle, en toute hypothèse, ne relèverait pas du champ de compétence du Conseil ;

Considérant, en outre, que dans l'hypothèse où des conditions commerciales discriminatoires non justifiées par des contreparties réelles auraient été accordées par la société Sony France au destinataire de cette facture, une telle vente, destinée à la clientèle des personnels des forces armées, pour une commercialisation hors du territoire national, ne saurait constituer entre ces deux cocontractants une convention ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché français de la vente au détail des produits audiovisuels concernés ;

Considérant, de surcroît, que le document produit est, à lui seul, sans effet sur l'analyse, au regard des dispositions du titre II du livre IV du code de commerce, des accords conclus entre la société Sony France et les membres de son réseau de distribution, tels qu'ils résultent des nouvelles conditions de vente mises en place par ce fournisseur à compter du 1^{er} avril 2001 ; qu'en effet, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 15 février 2000 (Société Ploermaise de Friction Industrielle) a estimé que des conditions de vente discriminatoires pratiquées vis à vis d'un distributeur, dès lors qu'elles ne sont pas connues des autres membres d'un réseau, ne permettent de caractériser aucune entente entre ceux-ci et le fournisseur, mais seulement un comportement unilatéral de ce dernier ;

Considérant, ainsi, que la saisine n'apporte aucun élément permettant de présumer l'existence, entre la société Sony et «*certaines de ses revendeurs*», d'actions concertées, ententes expresses ou tacites ou coalitions ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre la concurrence sur un marché ;

Considérant qu'il y a lieu, en conséquence, de faire application des dispositions du deuxième alinéa de l'article L. 462-8 du code de commerce aux termes duquel le Conseil peut *«rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants»* ;

Décide

Article unique - La saisine enregistrée sous le numéro F 1333 est rejetée.

Délibéré sur le rapport de M. Sellier, par Mme Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel et M. Nasse, vice-présidents.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La Présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Décisions / 02-D-08

41

02-D-09

Décision n° 02-D-09 du 20 février 2002 relative à une saisine du Syndicat Français de l'Express International (SFEI) et autres

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 26 décembre 1990, sous le numéro F 369, par laquelle le Syndicat Français de l'Express International (SFEI), devenu l'Union Française de l'Express et onze entreprises exerçant leur activité sur le marché des envois express internationaux ont saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement des articles 7 et 8 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 (devenus les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce), de pratiques mises en œuvre par le ministère français des Postes (La Poste), la société SOFIPOST, la SFMI et la société TAT ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86 1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par les parties saisissantes et par le commissaire du Gouvernement ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et le représentant des parties saisissantes, entendus lors de la séance du 12 décembre 2001 ;

Considérant que les parties saisissantes ont dénoncé, en premier lieu, une entente intervenue entre La Poste (agissant par l'intermédiaire de la société SOFIPOST) et la société TAT ; qu'elles font valoir que cette entente, qui a donné lieu à la création par ces deux entreprises d'une filiale commune (la SFMI), se serait également traduite par des accords conclus au cours d'une réunion du conseil d'administration de la SFMI le 21 juillet 1987 aux termes desquels, d'une part, une exclusivité pour le transport du courrier accéléré et des documents était conférée à la SFMI, d'autre part, une segmentation entre les produits Chronopost et les produits Tat-Express dans le domaine du transport de marchandises était décidée et enfin, une concertation dans l'approche commerciale des clientèles était convenue ; que cette entente tomberait sous le coup des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant que les parties saisissantes font état, en second lieu, de violations par La Poste de l'article 8 de l'ordonnance précitée, devenu l'article L. 420-2 du code de commerce ; qu'elles affirment sur ce point que La Poste, agissant par l'intermédiaire de sa filiale la SFMI, exploite abusivement le monopole qu'elle détient sur le marché du courrier ordinaire pour entraver le jeu de la concurrence sur le marché connexe des envois express internationaux ; qu'en bénéficiant de services qui lui sont rendus par La Poste en tant que sous-traitant et facturés à un prix insuffisant, la SFMI pratiquerait sur ce marché connexe des tarifs prédateurs ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce 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»* ; qu'aucun acte d'instruction n'a été accompli à l'égard de cette saisine, entre le 3 juin 1992, date à laquelle un rapport d'enquête effectué par la DGCCRF a été reçu au Conseil de la concurrence et le 10 juillet 1995, date à laquelle un rapport de non-lieu a été adressé aux parties ;

Considérant que les parties saisissantes font valoir, en premier lieu, que le libellé du texte de l'article L. 462-7 du code de commerce ne concerne que la période antérieure à la saisine du Conseil de la concurrence ; que, dès lors, les actes interruptifs de prescription visés à cet article ne concernent pas la période postérieure à la saisine et que la jurisprudence peut seule déterminer le régime de prescription applicable à cette période ; qu'elles invitent en conséquence, le Conseil à considérer que le jeu de la prescription est suspendu lorsque la partie saisissante a été mise dans l'impossibilité de faire accomplir un acte interruptif, ainsi que l'a décidé la cour d'appel dans un arrêt du 9 mars 1999, et malgré la cassation de cet arrêt, prononcée par un arrêt de la Cour de cassation, en date du 17 juillet 2001 ;

Mais, considérant, d'une part, que dans un arrêt du 1^{er} décembre 1995, la cour d'appel de Paris a précisé que l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu L. 462-7 du code de commerce, *«(...) établit un délai de prescription et définit la nature des actes ayant pour effet de l'interrompre»* et que *«toute prescription dont l'acquisition a pour conséquence de rendre irrecevable une action ou d'interdire la sanction d'un fait, recommence à courir après qu'elle a été interrompue, sous réserve d'une éventuelle cause (...) de suspension de son cours (...)»* ; qu'en précisant que le jeu de la prescription avait pour effet de rendre irrecevable l'action ou d'*«interdire la sanction d'un fait»*, la cour d'appel a par là même considéré que le régime de la prescription, prévu par les dispositions du texte précité, s'appliquait tant à la période antérieure qu'à la période postérieure à la saisine du Conseil de la concurrence ; que la Cour de cassation, dans un arrêt du 8 juillet 1997, rendu sur le pourvoi formé par le ministre de l'économie à l'encontre de cet arrêt, a confirmé l'analyse de la cour d'appel ; que dès lors, la prescription peut être acquise si aucun acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des faits dénoncés dans la saisine n'a été accompli postérieurement à cette dernière ;

Considérant, d'autre part, que l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 mars 1999 a été cassé pour violation de l'article L. 462-7 du code de commerce ;

Considérant que les parties saisissantes ont, en deuxième lieu, soutenu en séance que s'il constatait l'acquisition de la prescription des pratiques dénoncées, le Conseil les priverait de l'effet utile des dispositions du traité de Rome qui interdisent les comportements anticoncurrentiels ;

Considérant que si la Cour de Justice des Communautés Européennes a énoncé, dans un arrêt du 9 mars 1978, que *«serait (...) incompatible avec les exigences inhérentes à la nature même du droit communautaire toute disposition d'un ordre juridique national ou toute pratique législative, administrative ou judi-*

ciaire, qui aurait pour effet de diminuer l'efficacité du droit communautaire par le fait de refuser au juge compétent pour appliquer ce droit, le pouvoir de faire, au moment même de cette application, tout ce qui est nécessaire pour écarter les dispositions législatives nationales formant éventuellement obstacle à la pleine efficacité des normes communautaires», il convient néanmoins de relever que les plaignantes ont, parallèlement à leur action devant le Conseil de la concurrence, saisi la Commission européenne des mêmes pratiques, sur le fondement des articles 86, 90 et 92 du traité de Rome (devenus respectivement les articles 82, 86 et 87), et que ces affaires sont en cours d'instruction à la Commission ; que dès lors, et en tout état de cause, la constatation de la prescription des faits de l'espèce qui sont contestés devant le Conseil en tant seulement qu'ils contreviennent aux dispositions du droit national ne priverait nullement le droit communautaire d'effet utile ;

Considérant que les parties saisissantes opposent, en troisième lieu, que les pratiques dénoncées ont un caractère continu et ne sauraient être atteintes par la prescription, puisqu'elles conservent leur objet et leurs effets anticoncurrentiels ; qu'elles citent à cet égard le transfert gratuit à la SFMI de l'image de marque de la Poste et la mise à disposition du réseau de La Poste sans le versement correspondant d'une rémunération économiquement justifiée ;

Considérant que la procédure suivie en matière de concurrence, qui vise à protéger l'ordre public économique et revêt à l'égard des entreprises en cause un caractère punitif peut être, en ce qui concerne les actes de poursuite des infractions, rapprochée de la procédure pénale ; qu'une jurisprudence constante considère que si pour les infractions à caractère instantané le point de départ de la prescription est le lendemain de l'acte constitutif de l'infraction, en revanche, la prescription des infractions à caractère continu ne commence à courir que le lendemain du jour auquel le comportement infractionnel a cessé ; que la jurisprudence distingue, encore, les infractions continues permanentes, qui sont des infractions consommées en un seul acte, mais dont les effets et le résultat se prolongent dans le temps et dont le régime de prescription est celui des infractions instantanées et, les infractions continues successives, caractérisées par la réitération de la volonté infractionnelle dans le temps et dont le régime de prescription est celui des infractions continues ; que la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 janvier 2002 a précisé que «(...) si un accord de volontés intervenu en période prescrite a continué d'être appliqué durant la période de trois années précédant la saisine du Conseil, les effets anticoncurrentiels qui en sont résultés en temps non prescrit peuvent être sanctionnés» ;

Considérant qu'en l'espèce, l'infraction susceptible d'être constituée par la création de la SFMI serait une infraction qui s'est trouvée consommée au jour de la création de cette société, mais dont les effets se sont prolongés dans le temps ; que dès lors, le régime de prescription applicable est celui des infractions instantanées ; que cette société ayant été constituée le 10 septembre 1985, le délai de prescription a commencé à courir le lendemain de ce jour ; qu'aucun acte n'ayant été accompli entre cette date et le 26 décembre 1990, date d'enregistrement de la lettre de saisine du Conseil, le fait dénoncé est prescrit ;

Considérant, en revanche, que cet acte a toutefois pu produire des effets dans un temps non prescrit, mais que le Conseil ne dispose, en l'état de la procédure, d'aucun élément à cet égard ;

Considérant, pour ce qui concerne les autres pratiques visées dans la saisine, qu'en l'état actuel de l'instruction, le Conseil n'est pas en mesure de déterminer si elles s'identifient à la création de la SFMI ou s'il s'agit de pratiques distinctes ; que, dans l'hypothèse où elles seraient distinctes, il ne dispose pas non plus des éléments lui permettant de déterminer si et de quelle manière les pratiques se sont prolongées dans le temps ; qu'il n'est, dès lors, pas en mesure de se prononcer sur le point de savoir si ces pratiques sont atteintes ou non par la prescription et qu'il convient en conséquence, de renvoyer l'affaire à l'instruction ;

Décide

Article 1^{er} - La saisine est irrecevable en ce qu'elle concerne l'acte de création de la SFMI ;

Article 2 - Pour le surplus, la saisine F 369 est renvoyée à l'instruction ;

Délibéré sur le rapport de M. Arhel et de M^{me} Tourjansky, par M^{me} Hagelsteen, Présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente et M. Jenny, vice-président.

La secrétaire de séance,
Françoise Hazaël-Massieux

La Présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Décisions / 02-D-09

45

02-D-10

Décision n° 02-D-10 du 20 février 2002 relative à une saisine de la société RBS Rappresentanze SRL et de la société CTIV à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Ashoenologie

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 1^{er} juin 2001 sous le numéro F 1319 par laquelle la société de droit italien Rappresentanze SRL (RBS), ainsi que son établissement français, la société CTIV, ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Ashoenologie ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus au cours de la séance du 18 décembre 2001, les sociétés CTIV et RBS ayant été régulièrement convoquées ;

Considérant que la Société Ashoenologie, dont le gérant est M. Hémard, agissant en qualité de maître d'œuvre de la Coopérative vinicole des Coteaux d'Avignon pour la réalisation d'un atelier de vinification, a procédé à un appel d'offres auquel ont répondu diverses entreprises dont les sociétés requérantes et la société Alliance Inox ; que le marché de cuverie a été attribué à cette dernière société, dont l'agent est M. Nourrit, lequel est, par ailleurs, le gérant d'une société Viniconcept évolution, spécialisée dans l'ingénierie des services vinicoles ; que M. Nourrit est aussi l'associé de M. Hémard dans une société Web Alchimie qui a pour objet la promotion des matériels et installations de la filière vinicole et qui a mis en ligne, sous la dénomination Vinisite, un site regroupant différentes entreprises du secteur dont les sociétés Alliance Inox et Viniconcept évolution ;

Considérant que les requérantes invoquent, en premier lieu, *«l'entente tacite que constitue la prise de participation dans une société commune entre le mandataire des caves coopératives et le gérant de l'entreprise retenue à l'appel d'offre»* ainsi que *«l'absence de réalité d'une étude sérieuse des différentes propositions par le mandataire et le flou entourant le choix éclairé de tel offrant plutôt que tel autre»*, pour en déduire que les conditions de mise en place de l'appel d'offres étaient fictives, le choix d'Alliance Inox ayant été, en réalité, effectué sur la seule considération des liens sociaux unissant MM. Hémard et Nourrit ; qu'elles estiment que ces pratiques ont porté atteinte à la concurrence en limitant l'accès au marché ;

Considérant que les saisissantes soutiennent, en second lieu, que par la création du site internet dénommé Vinisite *«regroupant un certain nombre d'entreprises liées entre elles et dont les associés ont des intérêts communs»*, s'est instaurée une entente entre les différents participants, qui met à l'écart toutes les entreprises non participantes à ce site, M. Hémard ayant, dès lors, tout pouvoir pour désigner le prestataire de son choix

parmi les personnes auxquelles il est associé et avec lesquelles il a donc des intérêts financiers communs ; qu'elles en déduisent que la création de Vinisite peut avoir pour effet, à plus ou moins long terme, de répartir les marchés entre les participants au site, sous couvert d'appels d'offres proposés aux entreprises ;

Considérant que l'article L. 462-8 du code de commerce énonce que le Conseil peut rejeter la saisine, *«(…) lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants»* ;

Considérant que la Coopérative vinicole des Coteaux d'Avignon, maître d'ouvrage de droit privé et la société Ashoenologie, à qui cette coopérative avait confié la maîtrise d'œuvre des travaux, pouvaient décider de conclure le marché avec tout entrepreneur de leur choix, sans être tenues de procéder à une mise en concurrence ; que, selon la thèse des requérantes, la désignation de la société Alliance Inox, à l'issue de l'appel d'offres qui a néanmoins été lancé, ne s'expliquerait que par l'existence d'une concertation entre l'agent de cette dernière société et le gérant de la société Ashoenologie, co-associés dans la société Web Alchimie et, plus largement, entre ces mêmes personnes et les entreprises figurant sur le site mis en ligne par la société Web Alchimie, le recours à une procédure de mise en concurrence, fictive, n'ayant répondu qu'au souci de conférer une apparence d'objectivité au choix de la société Alliance Inox, motivé par d'autres raisons ;

Mais considérant, en premier lieu, que la seule constatation de l'existence, entre le gérant de la société maître d'œuvre et l'agent de l'entreprise attributaire des travaux, de liens d'associés dans une entreprise tierce ne peut suffire à rapporter la preuve de l'entente qu'ils auraient mise en œuvre à l'occasion d'un appel d'offres auquel cette dernière entreprise n'était d'ailleurs pas partie prenante ; qu'au-delà des relations juridiques mentionnées ci-dessus et qui n'appellent pas d'observations particulières, les sociétés requérantes n'allèguent, à l'encontre de MM. Hémard et Nourrit, aucun acte matérialisant la volonté de se concerter en vue de porter atteinte au jeu de la concurrence ;

Considérant, en second lieu, que la création par la société Web Alchimie d'un site internet qui *«propose une multitude de services sur Internet et offre une réponse à chacun des acteurs économiques de la filière vinicole»* et sur lequel figurent différentes entreprises oeuvrant dans ce secteur d'activité ne peut être regardée comme constitutive en soi d'une entente de répartition des marchés ; que les sociétés saisissantes n'allèguent ni, qu'ayant demandé à participer au Vinisite, elles auraient essuyé un refus discriminatoire ni qu'elles ne disposeraient pas elles-mêmes de la possibilité de créer ou de participer à un site concurrent ; qu'en conséquence, il n'est pas invoqué, en l'espèce, d'indice laissant penser que le site mis en cause pourrait constituer, par lui-même ou par les conditions dans lesquelles il fonctionne, une pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en l'absence d'éléments suffisamment probants à l'appui des faits invoqués dans la saisine, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce, précitées ;

Décide

Article 1^{er} - La saisine enregistrée sous le numéro F 1319 est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Chaulet-Philippe, par Mme Pasturel, vice-présidente, présidant la séance, Mmes Mader-Saussaye et Perrot, MM. Piot et Ripotot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La vice-présidente, présidant la séance,
Micheline Pasturel

02-D-11

Décision n° 02-D-11 du 20 février 2002 relative à des pratiques relevées lors d'un appel d'offres lancé par le ministère de l'industrie pour le câblage informatique, téléphonique et électrique de son immeuble sis 20 avenue de Ségur

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 24 décembre 1996, enregistrée sous le numéro F 933, par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées lors d'un appel d'offres lancé par le ministère de l'industrie pour le câblage informatique, téléphonique et électrique de son immeuble sis 20 avenue de Ségur ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 18 décembre 2001 ;

Considérant que selon les termes de la lettre de saisine ministérielle, les sociétés Cégélec et Société Nouvelle Verger Delporte (SNVD) se sont concertées lors d'un appel d'offres lancé par le ministère de l'industrie, le 7 janvier 1994, pour le câblage informatique, téléphonique et électrique de son immeuble sis 20 avenue de Ségur, afin de permettre à l'une d'elles, la société Cégélec, d'être attributaire du lot portant sur la refonte de la distribution électrique horizontale et des tableaux d'étage de ce bâtiment ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce 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»* ;

Considérant qu'un délai de plus de trois ans s'est écoulé depuis le 30 décembre 1996, date d'enregistrement de la saisine du ministre délégué aux finances et au commerce extérieur ; qu'il est constant que, durant cette période, les pratiques dénoncées n'ont fait l'objet d'aucun acte tentant à leur recherche, à leur constatation ou à leur sanction ;

Considérant que le commissaire du Gouvernement fait valoir qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir pour faire accomplir un acte interruptif de prescription et que le délai prévu à l'article L. 462-7 précité a été suspendu à son égard ; que la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation, Thomson Multimédia marketing France, en date du 17 juillet 2001, censurant un arrêt de la cour d'appel de Paris, SA Concurrence, en date du 9 mars 1999, qui avait admis le principe de la suspension de la prescription à l'égard de l'entreprise saisissante, mise dans l'impossibilité d'agir dans la procédure en cours devant le Conseil, ne s'applique pas au cas d'une saisine émanant du ministre car celui-ci, à la différence des entreprises ou autres personnes morales

saisissantes, est dépourvu de tout moyen alternatif de protéger l'ordre public économique atteint par les pratiques anticoncurrentielles ;

Mais considérant que l'arrêt du 9 mars 1999 précité a fait l'objet d'une double cassation pour violation de la loi, la première, prononcée au visa de l'article L. 462-7 du code de commerce, au motif « (...) *qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte susvisé un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel l'a violé* », la seconde, prononcée au même visa, au motif « (...) *qu'en statuant ainsi, alors que le Conseil de la concurrence, chargé de la protection de l'ordre public économique, n'est pas compétent pour réparer le préjudice éventuellement subi par les parties qui le saisissent et qui allèguent être victimes de pratiques anticoncurrentielles et peuvent saisir les juridictions civiles et répressives d'une action en indemnisation, en annulation ou en cessation des pratiques contestées dans les délais de prescription afférents à ces actions (...) la cour d'appel a violé le texte susvisé (...)* » ;

Considérant que chacun de ces deux motifs de censure fonde à lui seul la cassation prononcée, indépendamment de l'autre ; que, dès lors, le premier motif, qui s'appuie, pour exclure la suspension de la prescription, sur le libellé de l'article L. 462-7 du code de commerce, disposition applicable quel que soit l'auteur de la saisine du Conseil, conduit à considérer que la prescription, qui n'est pas suspendue lorsque la saisine émane d'une entreprise, ne l'est pas davantage lorsque le Conseil est saisi par le ministre ;

Considérant qu'en l'espèce, plus de trois ans se sont écoulés depuis le 30 décembre 1996, date d'enregistrement de la saisine du ministre délégué aux finances et au commerce extérieur, sans que le cours de la prescription ait été interrompu par un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés ; que la prescription étant ainsi acquise à la date du 30 décembre 1999, il convient de dire 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 Mme Reffet, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président et M. Robin, membre, en remplacement de Mme Pasturel, vice-présidente empêchée.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La Présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-12

Décision n° 02-D-12 du 20 février 2002 relative à des pratiques constatées sur le marché du ciment dans le sud-ouest de la France

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 17 novembre 1994, enregistrée sous le numéro F 722, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques constatées sur le marché du ciment dans le sud-ouest de la France ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu la décision n° 01-D-27 du 22 mai 2001 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Ciments Calcia, Lafarge Ciments et Séroul, par M. Domecq et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Ciments Calcia, Lafarge Ciments et Séroul entendus lors de la séance du 18 décembre 2001 ;

Considérant que selon les termes de la lettre de saisine ministérielle, les sociétés Ciments Calcia et Lafarge Ciments se sont livrées à des pratiques anticoncurrentielles destinées à éliminer leur concurrent, la société Silos de Bayonne, du marché du ciment dans le sud-ouest de la France ; que ces pratiques ont consisté en des échanges d'informations sur l'activité de cette société, afin d'identifier ses clients et les transporteurs assurant les livraisons, puis à exercer des pressions à l'égard des mêmes clients et transporteurs pour qu'ils mettent fin à leurs relations commerciales avec ladite société ; qu'au vu des pièces du dossier, des griefs ont été notifiés aux sociétés Ciments Calcia, Lafarge Ciments, à l'entreprise de transports Séroul et à M. Domecq, agent privé de recherches ; que ces griefs ont été maintenus dans le rapport établi selon les modalités fixées à l'article L. 463-2 du code de commerce ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce 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»* ;

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier qu'un délai de plus de trois ans s'est écoulé entre le 30 octobre 1997, dernière date de réception de la notification de griefs, et le 28 décembre 2000, date d'envoi du rapport ; qu'il est constant que, durant cette période, les pratiques dénoncées par le ministre chargé de l'économie n'ont fait l'objet d'aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction de pratiques visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant que le commissaire du Gouvernement fait, cependant, valoir qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir pour faire accomplir un acte interruptif de prescription et que le délai prévu à l'article précité a été suspendu à son égard ; que la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 17 juillet 2001, censurant un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 mars 1999 qui avait admis le principe de la suspension de la prescription à l'égard de l'entreprise saisissante, mise dans l'impossibilité d'agir dans la procédure en cours devant le Conseil, ne s'applique pas au cas d'une saisine émanant du ministre car celui-ci, à la différence des entreprises ou autres personnes morales saisissantes, est dépourvu de tout moyen alternatif de protéger l'ordre public économique atteint par les pratiques anticoncurrentielles ;

Mais considérant que l'arrêt du 9 mars 1999 précité a fait l'objet d'une double cassation pour violation de la loi, la première, prononcée au visa de l'article L. 462-7 du code de commerce, aux motifs «(...) *qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte susvisé un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel l'a violé*», la seconde, prononcée au même visa, aux motifs «(...) *qu'en statuant ainsi, alors que le Conseil de la concurrence, chargé de la protection de l'ordre public économique, n'est pas compétent pour réparer le préjudice éventuellement subi par les parties qui le saisissent et qui allèguent être victimes de pratiques anticoncurrentielles et peuvent saisir les juridictions civiles et répressives d'une action en indemnisation, en annulation ou en cessation des pratiques contestées, dans les délais de prescription afférents à ces actions (...) la cour d'appel a violé le texte susvisé (...)*» ;

Considérant que chacun de ces deux motifs de censure fonde à lui seul la cassation prononcée, indépendamment de l'autre ; que, dès lors, le premier motif, qui s'appuie, pour exclure la suspension de la prescription, sur le libellé de l'article L. 462-7 du code de commerce, disposition applicable quel que soit l'auteur de la saisine du Conseil, conduit à considérer que la prescription, qui n'est pas suspendue lorsque la saisine émane d'une entreprise, ne l'est pas davantage lorsque le Conseil est saisi par le ministre ;

Considérant qu'en l'espèce, plus de trois ans s'étant écoulés entre le 30 octobre 1997, dernière date de réception de la notification de griefs, et le 28 décembre 2000, date d'envoi du rapport, sans qu'ait été accompli aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés, la prescription s'est trouvée acquise à la date du 30 octobre 2000 ; qu'il convient, en conséquence, 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 Mme Palud, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président et M. Robin, membre, en remplacement de M. Nasse, vice-président, empêché.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La Présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-13

Décision n° 02-D-13 du 20 février 2002 relative à des pratiques mises en œuvre lors d'un appel d'offres lancé par la communauté de communes de la grande vallée de la Marne (CCGVM)

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 8 octobre 1996, enregistrée sous le numéro F 907, par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre lors d'un appel d'offres lancé par la communauté de communes de la grande vallée de la Marne (CCGVM) pour l'entretien de l'éclairage public et des feux de signalisation ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 18 décembre 2001 ;

Considérant que le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil de la concurrence, le 8 octobre 1996, de pratiques, qu'il estime constitutives d'entente anticoncurrentielle, mises en œuvre lors d'un appel d'offres lancé par la communauté de communes de la grande vallée de la Marne (CCGVM) pour l'entretien de l'éclairage public et des feux de signalisation ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce 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»* ;

Considérant qu'un délai de plus de trois ans s'est écoulé depuis le 8 octobre 1996, date d'enregistrement de la saisine sans que le cours de la prescription ait été interrompu par un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés ;

Considérant que le commissaire du Gouvernement fait, cependant, valoir qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir pour faire accomplir un acte interruptif de prescription et que le délai prévu à l'article précité a été suspendu à son égard ; que la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 17 juillet 2001, censurant un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 mars 1999 qui avait admis le principe de la suspension de la prescription à l'égard de l'entreprise saisissante, mise dans l'impossibilité d'agir dans la procédure en cours devant le Conseil, ne s'applique pas au cas d'une saisine émanant du ministre car celui-ci, à la différence des entreprises ou autres personnes morales saisissantes, est dépourvu de tout moyen alternatif de protéger l'ordre public économique atteint par les pratiques anticoncurrentielles ;

Mais considérant que l'arrêt du 9 mars 1999 précité a fait l'objet d'une double cassation pour violation de la loi, la première, prononcée au visa de l'article L. 462-7 du code de commerce, aux motifs *«(...) qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte susvisé un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la Cour d'appel l'a violé»*, la seconde, prononcée au même visa, aux motifs *«(...) qu'en statuant ainsi, alors que le Conseil de la concurrence, chargé de la protection de l'ordre public économique, n'est pas compétent pour réparer le préjudice éventuellement subi par les parties qui le saisissent et qui allèguent être victimes de pratiques anticoncurrentielles et peuvent saisir les juridictions civiles et répressives d'une action en indemnisation, en annulation ou en cessation des pratiques contestées, dans les délais de prescription afférents à ces actions (...) la cour d'appel a violé le texte susvisé (...)»*.

Considérant que chacun de ces deux motifs de censure fonde à lui seul la cassation prononcée, indépendamment de l'autre ; que, dès lors, le premier motif, qui s'appuie, pour exclure la suspension de la prescription, sur le libellé de l'article L. 462-7 du code de commerce, disposition applicable quel que soit l'auteur de la saisine du Conseil, conduit à considérer que la prescription, qui n'est pas suspendue lorsque la saisine émane d'une entreprise, ne l'est pas davantage lorsque le Conseil est saisi par le ministre ;

Considérant qu'en l'espèce, plus de trois ans s'étant écoulés entre le 8 octobre 1996, date de la saisine, et le 9 octobre 1999, sans qu'ait été accompli aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés, la prescription s'est trouvée acquise à la date du 9 octobre 1999 ; qu'il convient, en conséquence, 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. Touré, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président et M. Robin, membre, en remplacement de M. Nasse empêché.

Le secrétaire de séance

Thierry Poncelet

La présidente

Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-14

Décision n° 02-D-14 du 28 février 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 5 janvier 1996 sous le numéro F 839, par laquelle M. Milleret, géomètre-expert, demeurant à Aime (73) et M. Ratte, géomètre-topographe, demeurant à Sepfontaines (25), ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la chambre départementale des géomètres-experts du Doubs et par le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Bourgogne Franche-Comté ;

Vu la décision du 29 octobre 1996, par laquelle le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes sur l'ensemble du territoire national (dossier F 912) ;

Vu la lettre enregistrée le 2 février 1998, sous le numéro F 1011, par laquelle la chambre syndicale nationale des géomètres-topographes a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la communauté urbaine de Bordeaux ;

Vu la lettre enregistrée le 30 avril 1998, sous le numéro F 1043, par laquelle la chambre syndicale nationale des géomètres-topographes a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par des administrations et des collectivités locales à l'occasion d'appels d'offres lancés pour la réalisation de travaux topographiques ;

Vu la lettre enregistrée le 12 janvier 1999, sous le numéro F 1119, par laquelle la chambre syndicale nationale des géomètres-topographes a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la direction départementale de l'équipement de Seine-et-Marne ;

Vu la lettre enregistrée le 6 septembre 1996, par laquelle MM. Milleret et Ratte ont déclaré retirer leur saisine ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu la loi n° 46-942 du 7 mai 1946 instituant l'Ordre des géomètres-experts ;

Vu le décret n° 96-478 du 31 mai 1996 portant règlement de la profession de géomètre-expert et code des devoirs professionnels ;

Vu l'arrêté du 20 mai 1950 relatif à l'agrément des géomètres privés pour l'exécution des travaux cadastraux dans les départements du Bas-Rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement, le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts, les conseils régionaux de Lyon, Montpellier, Marseille, Bordeaux, Strasbourg, Paris, la chambre départementale des géomètres-experts du Rhône, la chambre syndicale des

géomètres-experts de la Moselle, la chambre départementale des géomètres-experts du Haut-Rhin, la chambre syndicale des géomètres-experts de Seine-Maritime, la chambre départementale des géomètres-experts du Nord ;

La rapporteure, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants de la chambre syndicale des géomètres-topographes, les représentants du conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts, les représentants des conseils régionaux de Lyon, Montpellier, Marseille, Bordeaux, Strasbourg, Paris, les représentants de la chambre départementale des géomètres-experts du Rhône, les représentants de la chambre syndicale des géomètres-experts de la Moselle, les représentants de la chambre départementale des géomètres-experts du Haut-Rhin, les représentants de la chambre syndicale des géomètres-experts de Seine-Maritime, les représentants de la chambre départementale des géomètres-experts du Nord entendus, lors de la séance du 19 décembre 2001 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - Constatations

56

■ A. - Secteur d'activité

1. - Généralités

L'article premier de la loi du 7 mai 1946 modifiée définit le géomètre-expert comme étant *«un technicien exerçant une profession libérale qui, en son propre nom et sous sa responsabilité personnelle :*

- 1) *réalise les études et les travaux topographiques qui fixent les limites des biens fonciers et, à ce titre, lève et dresse, à toutes échelles et sous quelque forme que ce soit, les plans et documents topographiques concernant la définition des droits attachés à la propriété foncière, tels que les plans de division, de partage, de vente et d'échange des biens fonciers, les plans de bornage ou de délimitation de la propriété foncière ;*
- 2) *réalise les études, les documents topographiques, techniques et d'information géographique dans le cadre des missions publiques ou privées d'aménagement du territoire, procède à toutes opérations techniques ou études sur l'évaluation, la gestion ou l'aménagement des biens fonciers».*

L'article 2 précise :

«Peuvent, seuls, effectuer les travaux prévus au 1 de l'article 1^{er} les géomètres-experts inscrits à l'Ordre conformément aux articles 3 et 26.

Toutefois, ces dispositions ne sont pas opposables aux services publics pour l'exécution des travaux qui leur incombent».

Aux termes de l'article 22 de la loi du 7 mai 1946 : «*L'inscription au tableau de l'Ordre dans une circonscription donne le droit d'exercer la profession sur l'ensemble du territoire*».

Ce même article précise : «*Dans le cas où un géomètre-expert, membre d'un conseil régional de l'Ordre, désire exercer de façon habituelle dans une circonscription autre que celle dans laquelle il est inscrit, il doit en aviser au préalable le conseil régional de l'Ordre de cette circonscription*».

L'exercice de la profession est réglementé par le décret du 31 mai 1996 portant règlement de la profession et code des devoirs professionnels. Préalablement à ce décret, la profession était régie par un règlement intérieur et un code des devoirs professionnels adoptés par le conseil supérieur de l'Ordre en 1976.

2. - L'organisation de la profession de géomètre-expert

Les instances ordinales

L'Ordre des géomètres-experts est administré par seize conseils régionaux et un conseil supérieur. Le conseil régional est composé de membres de l'Ordre inscrits au tableau de la circonscription et élus par leurs collègues inscrits au même tableau. Le conseil supérieur est composé des présidents des conseils régionaux et de quatre géomètres-experts, en activité ou non, élus par les membres des conseils régionaux, présidents non compris. Le président est élu pour deux ans par le conseil supérieur de l'Ordre et dans son sein.

Les instances syndicales

Les chambres syndicales représentent l'échelon de base de regroupement des géomètres-experts sur une base départementale. La plupart des départements ont une chambre syndicale, à l'exception des petits départements où la population des géomètres-experts est très faible. Dans ce dernier cas, les chambres syndicales se regroupent. À titre d'exemple, les départements de la Drôme et de l'Ardèche ont constitué une seule chambre. Il en est de même des deux départements de Corse qui ne forment qu'une unique chambre syndicale. Ces regroupements ne peuvent être opérés qu'au sein d'une même région ordinale.

La fédération régionale représente la structure de coordination des chambres syndicales départementales. Les fédérations régionales sont constituées à l'intérieur de chacune des seize circonscriptions territoriales de l'Ordre. Chacune d'entre elles regroupe l'ensemble des présidents de chambres syndicales départementales, un certain nombre d'autres membres issus des chambres en fonction de l'importance numérique de leurs membres, le président du conseil régional de l'Ordre, ainsi que d'autres membres du conseil régional également membres de chambres syndicales.

Les fédérations régionales sont regroupées au sein de la fédération nationale dont le comité directeur est composé des seize présidents des fédérations régionales et de deux membres de droit issus de l'Ordre, dont le président du conseil supérieur.

3. - L'évolution de l'activité

La profession de géomètre-expert connaît une baisse continue ou, au mieux, une stagnation de ses effectifs et de son activité.

Selon les résultats statistiques fournis par le conseil supérieur de l'Ordre, l'évolution de l'activité depuis 1994 est la suivante :

Années	Nombre de cabinets	Nombre de géomètres-experts	Nombre de salariés	CA en milliers de francs
1994	1 675	2 020	8 500	3 129 000
1995	1 650	1 986	8 300	3 050 000
1996	1 607	1 939	8 500	3 000 000
1997	1 567	1 898	8 400	3 000 000
1998	1 542	1 881	8 900	3 600 000
1999*	1 578	1 929		

* À partir de 1999, incorporation des géomètres-experts des Dom.

Les cabinets de géomètres-experts sont majoritairement de petite taille. En 1997, le nombre moyen de salariés par cabinet était de 5,4. La majorité des cabinets (70 %) comptaient 6 salariés au maximum. Fin 1999, 64 % des cabinets exerçaient en indépendants. En 1998, le chiffre d'affaires du cabinet moyen s'élevait à 1 706 400 F.

Les cabinets de géomètres-experts réalisent la plus grande part de leur chiffre d'affaires avec la topographie, le foncier et l'aménagement rural. Les parts respectives de ces trois catégories d'activités sont restées à peu près stables entre 1994 et 1998 (en %) :

Activités	1994	1995	1996	1997	1998
Topographie	29,7	28,3	27,7	28,0	27,3
Foncier	27,8	27,4	28,0	28,0	27,8
Aménagement rural	11,1	11,9	12,0	12,0	10,2
Sous-total	68,6	67,6	67,7	68,0	65,3

Les autres activités sont l'urbanisme, la copropriété, l'ingénierie, l'expertise, la gestion, l'information géographique.

La répartition de l'activité par donneurs d'ordre fait apparaître une part importante et stable de la commande publique (44,4 % en 1995 et 42,4 % en 1998), les deux autres postes significatifs étant représentés par les particuliers (de l'ordre de 23 %) et les professionnels (11,3 % en 1995 et 13,4 % en 1998).

■ B. - Les faits

1. - Le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts

a) Le conseil supérieur a diffusé, le 25 août 1995, une note, datée de juillet 1995, *«relative aux conditions de dévolution des travaux topographiques à incidence foncière»*.

Cette note était destinée aux membres du conseil supérieur, du comité directeur et aux présidents de chambres départementales. Il est précisé que les présidents des conseils régionaux sont membres de droit du conseil supérieur.

La lettre du 25 août, qui accompagne la note de juillet, est ainsi rédigée : *«J'ai l'honneur de vous faire parvenir sous ce pli une note de synthèse sur les conditions de dévolution des travaux topographiques à incidence foncière»*.

Il m'est en effet signalé de temps à autre des difficultés d'application de la loi du 7 mai 1946, notamment pour les travaux des collectivités locales.

Vous pouvez ainsi utiliser tout ou partie de l'argumentation que contient cette note pour effectuer des démarches qui vous paraîtront opportunes à l'égard des élus et des services publics responsables de l'élaboration des cahiers des charges et de l'examen des offres».

La note de synthèse dont il est fait mention est libellée comme suit :

«La loi n° 96-942 du 7 mai 1946, instituant l'Ordre des géomètres-experts, modifiée par la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985, par la loi n° 85-1408 du 30 décembre 1985, par la loi n° 87-998 du 15 décembre 1987 et par la loi n° 94-259 du 28 juin 1994, stipule dans son article 1^{er} que le géomètre-expert est un technicien exerçant une profession libérale qui, en son propre nom et sous sa responsabilité personnelle, réalise les études et les travaux topographiques qui fixent les limites des biens fonciers...

A ce titre, le géomètre-expert lève et dresse, à toutes échelles et sous quelque forme que ce soit, les plans et documents topographiques concernant la définition des droits attachés à la propriété foncière, tels que les plans de division, de partage, de vente et d'échange des biens fonciers, les plans de bornage ou de délimitation de la propriété foncière... L'article 2 de la loi du 7 mai 1946 stipule que peuvent seuls effectuer les travaux prévus au 1^o de l'article 1^{er} les géomètres-experts inscrits à l'Ordre...

Les géomètres-experts sont donc seuls habilités à effectuer les études et les travaux topographiques qui participent à la délimitation des biens fonciers (cf. rapport de messieurs Malinvaud et Gaudemet, professeurs de droit public).

Par voie de conséquence, les maîtres d'ouvrage publics ne peuvent confier ces travaux, quel que soit le mode de dévolution (simple lettre de commande, consultation ou appel d'offres), qu'aux seuls géomètres-experts inscrits au tableau de l'Ordre.

Toutefois, ce monopole n'est pas opposable aux services publics pour l'exécution des travaux qui leur incombent. Les services techniques relevant de l'État

ou des collectivités territoriales peuvent procéder à toute division ou partage dans le cadre des opérations d'aménagement de biens fonciers leur appartenant et utilisés pour l'édification de réseaux ou d'équipements collectifs qui n'impliquent pas transfert de propriété ou modification du statut du bien foncier.

Au regard des particuliers, en revanche, la consistance d'un bien foncier ou la définition de droits attachés à la propriété foncière ne peut être garantie que par un géomètre-expert. Toutefois, d'une façon générale et au-delà des principes décrits ci-dessus, il paraît souhaitable de recourir à un géomètre-expert chaque fois qu'une contestation semble pouvoir s'élever quant à la consistance d'un bien foncier ou à la définition des droits attachés à la propriété foncière (réponse du ministre de l'intérieur à une question parlementaire - JO du 17 février 1992).

Ainsi, d'une manière générale, seuls les travaux topographiques sans incidence foncière peuvent être effectués par des services publics ou par des praticiens de la topographie.

Mais les donneurs d'ordre devront soigneusement individualiser les travaux à incidence foncière et organiser en tant que de besoin une procédure spécifique, habilitant les seuls géomètres-experts à présenter des offres.

En outre, l'attention des maîtres d'ouvrage, et notamment des collectivités territoriales, peut être attirée sur le fait que des travaux topographiques réalisés dans le cadre d'études techniques préliminaires, de l'élaboration d'avant-projets d'infrastructures de voirie ou d'implantation de réseaux, débouchent, assez fréquemment, sur des travaux qui affectent les limites de propriétés et qui impliqueront obligatoirement l'intervention de géomètres-experts.

Or, un géomètre-expert, dans le cadre de sa responsabilité personnelle, ne peut établir les droits fonciers que sur des documents et travaux réalisés par ses soins, ou par un géomètre-expert inscrit à l'Ordre. Il sera donc contraint de réaliser à nouveau une partie du travail déjà effectué puisque, dans le domaine de sa compétence exclusive, le géomètre-expert ne peut avoir recours à aucune sous-traitance, même auprès d'un confrère (réponse du ministre de l'équipement, du logement et des transports à une question parlementaire - JO du 21 décembre 1992)».

b) Par lettre du 30 septembre 1999, le président du conseil supérieur s'est adressé à la communauté urbaine de Bordeaux, au sujet du marché des prestations foncières, topographiques et géomatiques de 1999, dans les termes suivants :

«Certains confrères de Gironde ont appelé mon attention sur les difficultés que pouvait générer la formulation du règlement particulier d'appel d'offres pour le marché à bons de commande relatif à des «prestations foncières, topographiques et géomatiques» qui a fait l'objet d'une publication au BOAMP (...).

La publication au BOAMP ne fait pas figurer parmi les justifications à produire quant aux qualités et capacités des candidats l'attestation d'inscription à l'Ordre des géomètres-experts. Or, le règlement particulier d'appel d'offres, dans sa partie 2 - conditions de la consultation précise :

2. Conditions de la consultation

2.1. Le présent appel d'offres est lancé sans variante. Il comprend 3 parties indissociables :

- partie 1 : plans et documents topographiques incluant la définition de droits attachés à la propriété foncière.*
- partie 2 : plans et traitements topographiques ne nécessitant pas un traitement des limites de propriétés.*
- partie 3 : travaux sur les données géoréférencées.*

Toute offre incomplète sera jugée irrecevable.

Il est soumis aux dispositions des articles 273, 295 à 298 du code des marchés publics.

Le marché sera de type à commandes. Il comporte un montant minimum annuel qui s'élève à 1 800 000 F TTC, et un maximum annuel de 5 000 000 F TTC».

(...)

La partie 3 - Présentation des offres - comporte à l'article 3.3 : les références d'entreprise, un paragraphe b) ainsi libellé :

pour les prestations foncières :

une attestation de l'inscription au tableau de l'Ordre des géomètres-experts de lui-même, ou d'un des membres du groupement, ou le sous-traitant désigné,

une attestation de l'agrément par la direction générale des impôts pour la réalisation des travaux de rénovation du cadastre et des documents d'arpentage le concernant ou concernant l'un des membres du groupement, ou le sous-traitant désigné».

Une telle formulation est contradictoire avec les textes législatifs et réglementaires qui régissent la profession de géomètre-expert et qui déterminent le cadre juridique de la définition des droits attachés à la propriété foncière [... suit le rappel de la loi de 1946 et du décret de 1996].

Dans le cas particulier de la consultation que vous avez lancée et pour laquelle les offres doivent être remises le lundi 4 octobre à 16 heures - dernier délai - il y a une distinction entre trois types de travaux mais il n'y a pas d'allotissement puisque le RPAO indique que l'ensemble est indissociable et que toute offre incomplète sera jugée irrecevable. De ce fait, le marché ne peut être conclu qu'avec un géomètre-expert ou un groupement de géomètres-experts en raison du monopole confié à notre profession. Pour ce qui concerne les prestations foncières (partie 1), aucune sous-traitance n'est possible. Par contre, pour les parties 2 et 3, le géomètre-expert ou le groupement de géomètres-experts retenu peut proposer à votre agrément le ou les sous-traitants dont la collaboration pourrait être utile».

2. - La circonscription de Lyon

a) Le directeur du service des marchés publics au sein du Conseil général du Rhône a déclaré, le 11 décembre 1996 : *«Il y a eu deux réunions, au Conseil général, avec les représentants de la profession, la première le 22 mars 1995, avec M. Perraud, président de la chambre syndicale et M. Gillet, membre de la même chambre ; cette première réunion a été organisée suite à une réflexion interne au Conseil général pour adopter une procédure adaptée aux besoins. Les géomètres-experts ont exposé leurs souhaits de voir être maintenu le système des bons de commande en cours en 1993 ; le souci du Conseil général était de donner les outils administratifs les plus simples pour ce type de prestations. M. Perraud est venu, le 16 mai 1995, pour me rencontrer et émettre des souhaits spécifiques pour l'avenir : appel d'offres restreint, réservé à des géomètres-experts...».*

Des notes manuscrites, prises au cours des réunions du 22 mars et du 16 mai 1995 organisées par le Conseil général du Rhône, montrent que les représentants de la chambre syndicale des géomètres-experts du Rhône ont demandé que les marchés de prestations topographiques soient réservés aux géomètres-experts du département du Rhône.

b) Le chef du service des marchés de la communauté urbaine de Lyon a fait, le 30 octobre 1996, la déclaration suivante : *«Concernant les marchés de prestations topographiques passés par la communauté urbaine de Lyon, il y a eu un appel d'offres en 1996 pour dix marchés dits «de réalisation de prestations topographiques et foncières» : ces marchés correspondent à une division géographique en dix secteurs de la communauté urbaine ; par exemple, le lot 1 comprend Lyon (1^{er}, 2^e, 5^e, 9^e arrondissements) et le lot 2 comprend Lyon (3^e, 6^e, 7^e, 8^e arrondissements) et l'ensemble de la ville de Villeurbanne. Ces marchés ont été confiés comme des «marchés à bons de commande» passés pour une année et renouvelables deux fois une année par tacite reconduction : ils ne comprennent aucun engagement de montant ni minimum ni maximum. Pour l'élaboration des avis d'appels d'offres, le président du Conseil régional de Lyon de l'Ordre des géomètres-experts nous a envoyé une lettre datée du 22/05/1996 par laquelle il nous recommandait dans toute consultation d'écarter toutes les personnes et sociétés qui ne seraient pas géomètres-experts inscrits au tableau de l'Ordre, ce qui nous avait déjà été indiqué oralement avant la date de l'appel d'offres. En pratique, nous avons ouvert l'appel d'offres à des sociétés de topographie à condition qu'elles soient en groupement avec un cabinet de géomètre-expert.*

Lors de l'appel d'offres précédent (1993) pour les mêmes marchés et selon les mêmes modalités de fractionnement nous avons suivi les mêmes principes : les sociétés de topographie étaient admises à présenter leur candidature si elles étaient en groupement avec un géomètre-expert, mais l'avis d'appel d'offres (paru au BOAMP du 25/07/1992) prévoyait également pour les sociétés de topographie la possibilité de sous-traiter à des cabinets de géomètres-experts les travaux fonciers. En 1996, il y a eu des candidatures de sociétés de topographie en groupement avec des géomètres-experts mais leurs offres n'ont pas été retenues ; en 1993, de la même manière, les offres de sociétés de topographie n'ont pas été retenues à l'exception de «SGEE» groupée avec le cabinet Koutchouk.

Il y a eu également un marché en juillet 1995 passé pour les récolements numérisés du réseau d'assainissement : 2 lots géographiques ont été attribués exclusivement à des géomètres-experts ; l'avis d'appel d'offres restreint prévoyait expressément une inscription obligatoire à l'Ordre des géomètres-experts bien qu'il concernât des prestations de topographie pour l'essentiel ; le lot 3 concernait des recollements de galeries souterraines exigeant une implication foncière (servitudes) et qui présente une grande spécificité comparé aux autres marchés».

La lettre adressée par le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon le 22 mai 1996, dont fait état le chef du service des marchés de la Courly, précisait :

«Je vous informe qu'il n'est pas possible de confier un marché de travaux de prestations topographiques qui aurait, tôt ou tard, une destination foncière, à des non géomètres-experts. Je vous adresse ci-joint copie de la note qui a été rédigée, en juillet 1995, par le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts, à propos de la dévolution des travaux topographiques à incidence foncière. Je vous demande de bien vouloir écarter de toute consultation toutes les personnes ou les sociétés, qui ne seraient pas géomètres-experts inscrits au tableau de l'Ordre. Je vous rappelle qu'il est, par contre, possible de mettre les géomètres-experts en concurrence».

Cette lettre était accompagnée de la note de juillet 1995 rédigée par le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts mentionnée au I-B-1-a de la présente décision.

c) Le directeur des routes, des transports et du patrimoine au Conseil général de l'Ardèche a fait, le 23 octobre 1996, la déclaration suivante : *«En matière de marchés de travaux topographiques, le département de l'Ardèche jusqu'en 1995 procédait exclusivement par lettres de commandes et règlements sur factures dans la limite du seuil des 300 000 F prévu par le CMP ; étant entendu que cette vision était locale puisque les donneurs d'ordre (commandes à l'entreprise) étaient les ingénieurs subdivisionnaires de la DDE à compétence territoriale. A partir de l'année 1995, le département, en application de la convention de mise à disposition des services de l'État, s'est doté de services techniques apportant la possibilité d'une vision comptable plus globale. Un système de marchés départementaux a été instauré dans de nombreux domaines dont celui des travaux topographiques ; de la sorte, trois marchés ont été passés depuis lors : deux par appels d'offres restreint, un marché négocié».*

A l'occasion des consultations effectuées pour ces trois marchés, nous avons reçu un courrier du conseil régional de Lyon des géomètres-experts qui nous invitait à «écarter de la consultation toutes les personnes ou les sociétés qui ne seraient pas géomètres-experts inscrits au tableau de l'Ordre». (...)».

L'avis d'appel d'offres à la concurrence du 6 juillet 1995, relatif à la réalisation des prestations topographiques et foncières sur le réseau routier départemental, ne mentionne pas parmi les justificatifs à produire par les candidats la qualité de géomètre-expert.

Le procès-verbal d'ouverture des candidatures, daté du 7 août 1995, recense les candidatures de dix entreprises. Parmi elles, deux sont éliminées : l'une, en raison de l'absence de déclaration du candidat et la seconde, pour absence d'attestations sociales. En revanche, la commission ajoute une entreprise non candidate, celle de M. Bourguignon, président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon, qui possède un cabinet secondaire à Peyraud dans l'Ardèche. Pour le lot Nord, c'est la proposition de M. Bourguignon, moins-disant, qui a été retenue par la commission d'appel d'offres qui s'est réunie le 9 octobre 1995. Le motif invoqué est *«le nombre restreint de candidats sélectionnés»*, alors que l'avis d'appel à la concurrence limitait à douze le nombre limite de candidats admis à présenter une offre. Dix candidatures étaient parvenues et huit avaient été retenues.

Entre la commission d'ouverture des candidatures du 7 août et la commission d'ouverture des plis du 9 octobre, le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon a adressé le courrier du 22 septembre 1995, dont fait état le représentant du Conseil général dans sa déclaration du 23 octobre 1996 et qui était rédigé dans les termes suivants : *«Mon attention a été attirée par la consultation que vous avez lancée concernant les prestations topographiques pour le réseau routier départemental.*

J'ai l'honneur de vous informer qu'il n'est pas possible de confier un marché de travaux de prestations topographiques qui aurait, tôt ou tard, une destination foncière, à des non géomètres-experts.

Je vous adresse ci-joint copie de la note qui a été rédigée en juillet 1995 par le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts à propos de la dévolution des travaux topographiques à incidence foncière.

Je vous demande de bien vouloir écarter de la consultation toutes les personnes ou les sociétés qui ne seraient pas géomètres-experts inscrits au tableau de l'Ordre.

Je vous rappelle qu'il est, par contre, possible de mettre les géomètres-experts en concurrence».

Ce courrier était accompagné de la note du conseil supérieur mentionnée au I-B-1-a de la présente décision.

d) En décembre 1997, le Conseil général de la Loire a lancé un avis d'appel public à la concurrence pour des travaux topographiques à réaliser sur le réseau routier départemental.

La responsable du service de la commande publique et des affaires juridiques au Conseil général a expliqué, lors de sa déclaration du 22 octobre 1998, qu'*«il s'agissait de prendre en compte les observations du payeur départemental concernant le dépassement ponctuel du seuil de 300 KF avec un cabinet de géomètres-experts (Favier-Armillon) pour des travaux similaires réglés sur factures en 1997. [...]*

La rédaction de l'avis d'insertion de l'appel d'offres indique notamment l'exigence de «la qualification DPLG en rapport avec toutes les affaires foncières» ; cette exigence découle du règlement de consultation qui avait été élaboré par la direction de la voirie départementale, document à la fois de

nature technique et administrative relatif à la mise en concurrence. Au niveau du service de la commande publique, la validation se fait sur les points juridiques et procéduraux et, en aucun cas, sur la technicité requise pour exécuter la prestation. Je tiens à signaler toutefois que les entreprises pouvaient se grouper (cf. avis d'AO et règlement de la consultation) sans que cela exclue, dans notre esprit, d'autres professionnels que les géomètres-experts qui ont seuls la qualité DPLG. D'ailleurs, un groupement composé d'un géomètre-expert et d'un topographe - ATGT et M. Fourgeaud - a postulé pour plusieurs lots et a même été retenu pour le lot n° 4. A la suite de cet appel d'offres, deux lots ont été déclarés infructueux – lots n° 5 et 6 - ce qui a donné lieu à une nouvelle consultation sous forme de marché négocié conformément au vœu de la CAO et aux dispositions du code des marchés publics ; dans cette nouvelle consultation, nous avons pris soin dans le «règlement de consultation» de préciser que le candidat pouvait se présenter «sous forme d'entreprise unique ou de groupement associant le cas échéant un géomètre et un topographe» et l'avis d'appel public à la concurrence mentionnait également cette dernière possibilité.

A la fin de cette dernière procédure, nous avons reçu une lettre d'un géomètre-expert de Saint-Etienne, M. Seytre Antoine, contestant la validité du groupement géomètre/topographe au regard du décret 96-478 du 31 mai 1996 portant règlement de la profession de géomètre-expert ; une réponse a été envoyée par le Conseil général à M. Seytre faisant état que les travaux à réaliser étaient, pour les 2/3, hors du champ du monopole des géomètres-experts».

La lettre du 20 juillet 1998 de M. Seytre, géomètre-expert à Saint-Etienne et également vice-président du conseil régional de l'Ordre à Lyon, dont fait état la responsable du Conseil général, était rédigée dans les termes suivants : «J'ai répondu, le 22 juin dernier, à une consultation de vos services pour l'exécution de travaux topographiques, suite à un premier appel d'offres infructueux auquel j'avais participé en février dernier.

Dans le «règlement de la consultation» de juin, page 3, il est écrit :

Forme juridique des candidats : les candidats peuvent se présenter sous forme d'entreprise unique ou en groupement associant, le cas échéant, un géomètre et un topographe, cette association géomètre et topographe ne figurant pas dans la consultation de février dernier.

Je me permets d'attirer votre attention sur le décret 96-478 du 31 mai 1996 du Conseil d'État, portant règlement de la profession de géomètre-expert et code des devoirs professionnels dans lequel, en son article 50 est mentionné :

Art. 50 - Le géomètre-expert ne peut prendre ni donner en sous-traitance les travaux mentionnés au 1° de l'article de la loi du 7 mai 1946 modifiée susvisée. La co-traitance n'est admise pour ces travaux qu'entre membres de l'Ordre.

Les travaux, objets de la consultation concernant entre autres des travaux de nature foncière, le groupement d'un géomètre et d'un topographe n'est donc pas possible.

Pour que la consultation ne s'avère pas entachée d'une faute juridique, pouvez-vous me faire connaître la suite que vous envisagez de donner à cette affaire».

Le président du Conseil général a répondu le 20 août 1998 : *«Par courrier du 20 juillet dernier, vous attirez mon attention sur le décret du 31 mai 1996 relatif à la profession de géomètre-expert et à l'interdiction de co-traitance avec une personne n'ayant pas la qualité de géomètre-expert (art. 50 du décret).*

Le règlement de consultation du marché cité en objet prévoyait, à l'article 2.2.1, une possibilité de groupement «le cas échéant» avec un topographe. Cette faculté se justifiait par la nature des travaux. En effet, les deux tiers des travaux topographiques étaient hors champ d'application de l'article 1^{er} de la loi du 7 mai 1946 et de l'article 50 du décret mentionné.

De plus, l'article 2 de la loi du 7 mai 1946 stipule : peuvent seuls effectuer les travaux prévus au 1^o les géomètres-experts inscrits à l'ordre conformément aux articles 3 et 26.

Toutefois, ces dispositions ne sont pas opposables aux services publics pour l'exécution des travaux qui leur incombent.

En conséquence, eu égard au principe de libre concurrence et s'agissant de relevés topographiques simples, le département de la Loire ne pouvait pas réduire l'accès de la consultation aux seuls géomètres-experts. C'est pourquoi, à la demande de M. le Préfet de la Loire, la rédaction du règlement de consultation initial a été reprise lors du lancement de la consultation négociée conformément au principe énoncé».

e) Société d'équipement du département de la Loire (SEDL)

Le directeur de la Société d'équipement du département de la Loire (SEDL) a déclaré, le 22 octobre 1996 : *«La SEDL est une société d'économie mixte, créée en 1957, qui a pour objet d'aménager et d'équiper le département de la Loire sur le plan public ou privé.*

En ce qui concerne les marchés passés par la SEDL, ils proviennent à 85 % de commandes publiques et à 16 % de commandes privées : les principaux clients sont le département de la Loire et la région Rhône-Alpes, les villes de Roanne, Andrézieux-Bonhôte, etc.

Concernant les marchés de travaux topographiques : le total des commandes oscille, chaque année, entre 0,5 millions de francs et 1 million de francs TTC. Il faut savoir que ces marchés sont essentiellement passés sous forme de lettres de commande car ce type de marché n'a jamais atteint les seuils prévus par le code des marchés publics notamment. Nous avons systématiquement fait intervenir les bureaux locaux pour des raisons liées à une connaissance de la structure foncière et des propriétaires à titre individuel. Cependant, j'ai pu noter, depuis un an, une certaine crispation des intervenants locaux - géomètres-experts inscrits à l'Ordre - autour de la notion de concurrence entre les différents professionnels susceptibles d'opérer en matière de travaux topographiques. Nous avons été sollicités par téléphone par le cabinet Decertaines (de Saint-Etienne), à la fin de l'année 1995, à propos de l'aménagement de la zone d'activité des Murons à Andrézieux - Bonhôte et des problèmes que pouvait générer l'intervention d'un topographe - non géomètre-expert - sur une opération de ce type.

En mai 1996, nous avons reçu une lettre du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon qui demandait «de bien vouloir écarter de toute consultation toutes les personnes ou les sociétés qui ne seraient pas géomètres-experts inscrits au tableau de l'Ordre» ; cette lettre était accompagnée d'une «note relative aux conditions de dévolution des travaux topographiques à incidence foncière» émanant de l'Ordre des géomètres-experts et datée de juillet 1995».

Nous nous en tenons à notre pratique de répartition des commandes sur le plan essentiellement local, sauf dans le cas où celles-ci atteindraient un montant relevant des pratiques de consultations définies par le code des marchés publics».

3. - La circonscription de Montpellier

a) Le directeur départemental de l'équipement des Pyrénées Orientales a déclaré, le 6 décembre 1996 : *«Concernant le marché de travaux topographiques pour la RN 116 entre Le Soler Est et Saint Feliu d'Avall-Est : il s'agissait d'un marché passé par appel d'offres ouvert - marché à bons de commandes - nous avons exigé la présence d'un géomètre-expert soit seul, soit en groupement solidaire, soit avec des sous-traitants mais à la condition qu'il y ait un géomètre-expert. Pour ce genre de marché c'est une pratique courante du service pour les raisons suivantes [...]*

Nous avons, à l'occasion de la dévolution de ce marché au cabinet de géomètre-expert Puech associé au cabinet de topographie Jover, sous-traitant qui étaient moins et mieux disants, fait l'objet de courriers du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts : le premier, le 18 juillet 1995. M. Radier, président régional de l'Ordre, insinue que ce marché serait passé en infraction à la loi du 7 mai 1946 car un géomètre-expert ne peut proposer ses services en participation avec une personne non membre de l'Ordre ; il ne peut sous-traiter les travaux qu'il a acceptés. Je l'ai détrompé, par lettre du 26 juillet 1995, en disant que les travaux définis par la loi du 7 mai 1946 étaient confiés en l'espèce à un géomètre-expert et que les autres travaux ne ressortaient pas de ce monopole.

M. Radier nous a répondu, par lettre du 21 septembre 1995, en invoquant une prétendue volonté du législateur produisant à l'appui de sa thèse une réponse ministérielle ; cela n'emporta pas ma conviction et après consultation de la Direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes locale, je lui ai répondu par lettre du 13 octobre 1995 qu'en conséquence, cette procédure étant réglementaire, il n'y avait aucune raison d'en changer. A ma connaissance, le préfet de région saisi par M. Radier a répondu dans le même sens.

Les travaux réalisés par les cabinets Puech et Jover se déroulent dans de bonnes conditions. Les lettres que je vous donne en communication expliquent la répartition des tâches : expert/non expert».

b) Le responsable de la division topographie de la SNCF a déclaré le 13 septembre 1996 : *«La division topographie de la SNCF a en charge le suivi de tous les travaux topographiques liés à l'étude et à la construction de lignes nouvelles TGV.*

Les grands projets TGV réalisés ou en cours de réalisation sont :

- le TGV Méditerranée (plan au 1/1000^e en 1994)
- le TGV Languedoc-Roussillon (trois lots de plans au 1/1000^e en 1996)
- le TGV-Est (avis de consultation au JOCE en mai 1996)
- le TGV Rhin-Rhône (plans au 1/5000^e : APS)

Pour les besoins des études APS [avant-projet sommaire] : la SNCF fait réaliser des plans topographiques au 1/5000^e par méthode photogrammétrique ; elle utilise la procédure de l'appel d'offres restreint pour sélectionner les entreprises de photogrammétrie ; il s'agit de cabinets de géomètres-experts et des topographes qui sont équipés d'appareils de restitution photogrammétrique. Par exemple, pour l'APS concernant la liaison TGV Rhin-Rhône, nous avons sélectionné treize cabinets pour cinq lots : sur ces treize cabinets, six n'étaient pas inscrits à l'Ordre des géomètres-experts ; quatre lots ont été attribués à des cabinets membres de l'Ordre des géomètres-experts (Cleyet ; Régnier-Leveille ; Rollin ; Carbiener) et un lot a été attribué à un cabinet de topographie (SEPTA). Pour ce type de travaux, toutes les entreprises aptes à les accomplir peuvent être sélectionnées, le seul critère d'attribution des lots étant l'offre la plus avantageuse pour aboutir à une dépense globale la moins élevée possible pour l'ensemble du marché ; la SNCF ne réalise jamais elle-même ces travaux, n'étant pas équipée d'appareils de restitution.

Concernant les plans au 1/1000^e : à ce niveau il s'agit d'avant-projets détaillés (APD) pour lesquels nous sommes obligés de faire appel à des cabinets de géomètres-experts régulièrement inscrits à l'Ordre des géomètres-experts. Nous ne procédions pas de la même manière avant 1995 puisque nous sélectionnions également des cabinets de topographie pour le même type de travaux ; en effet, avant 1995, les plans parcellaires étaient réalisés par des géomètres-experts et depuis cette date la SNCF a informatisé les enquêtes parcellaires et réalise par elle-même ses plans parcellaires par adaptation cadastrale sur le levé photogrammétrique au 1/1000^e, ce que nous sommes autorisés à faire par l'article 2 de la loi du 7 mai 1946. Il faut savoir que les plans parcellaires sont directement utilisés pour le bornage des emprises et relèvent donc du monopole confié aux géomètres-experts.

Il faut signaler que l'Ordre des géomètres-experts a clairement manifesté auprès de la SNCF sa volonté de voir réserver ce type de travaux à ses propres membres en exigeant que les plans topographiques préalables à une délimitation foncière devront obligatoirement être dressés par des géomètres-experts, pour pouvoir réaliser les bornages.

Face à ces recommandations de l'Ordre des géomètres-experts et afin d'éviter que nous soyons obligés de recommencer les plans pouvant servir au bornage des emprises, nous réservons désormais l'établissement des plans au 1/1000^e à des cabinets de géomètres-experts inscrits à l'Ordre (cf. appel d'offres pour le TGV-Est : avis de consultation de mai 1996). Il est à noter que de nombreux cabinets de géomètres-experts ont répondu à cet avis de consultation de mai 1996, en envisageant la sous-traitance de la photogrammétrie à des photogrammètres non inscrits à l'Ordre des géomètres-experts».

En réponse à un courrier du 5 janvier 1995 du conseil régional de l'Ordre, la SNCF a répondu par télécopie du 10 janvier 1995 : «Les plans commandés

par la SNCF pour le projet Méditerranée sont des plans 1/1000^e exécutés par procédé photogrammétrique complétés par des levés terrestres à l'échelle 1/100^e. Ces plans sont utilisés pour les études d'Avant Projet Détaillé - études hydrauliques, études de rétablissement routiers et, en conséquence, ne sont pas des plans à incidence foncière et ils peuvent être réalisés par des entreprises de photogrammétrie ou de topographie non inscrites à l'Ordre des géomètres-experts.

Pour ce qui concerne les opérations foncières de la ligne TGV, elles se dérouleront de la façon suivante [...]

Les bornages sont tous réalisés par des géomètres-experts inscrits à l'Ordre.

Pour terminer, je vous rappelle l'article 2 de la loi n° 46-942 du 7 mai 1946 : Toutefois, ces dispositions ne sont pas opposables aux services publics pour l'exécution des travaux qui leur incombent».

En réponse à un courrier du conseil régional de l'Ordre, le préfet de l'Hérault a écrit, le 6 février 1995 : «Suite à votre courrier du 5 janvier 1995 dénonçant les conditions dans lesquelles la SNCF aurait attribué des lots d'appel d'offres topographiques pour le TGV Méditerranée, je n'ai pas manqué de faire procéder à une étude attentive de cette affaire.

S'il est vrai que des textes législatifs, régissent la profession de géomètre-expert et que la réalisation de plans topographiques à incidence foncière relève de l'unique compétence des professionnels inscrits à l'Ordre des géomètres-experts, je puis vous assurer que, dans le cadre du TGV Méditerranée, les plans jusqu'alors élaborés n'ont aucune incidence foncière.

Le directeur de la ligne nouvelle vient de vous le confirmer dans un courrier du 1^{er} février où le maître d'ouvrage vous explique également comment seront exécutés les plans afférents aux opérations foncières qui interviendront ultérieurement.

Je ne doute pas que les précisions apportées par la SNCF sur l'exécution des travaux topogrammétriques et topographiques soient de nature à apaiser les inquiétudes de l'Ordre régional des géomètres-experts».

Dans une lettre du 3 mars 1995, le conseil régional a écrit à la SNCF : «Nous accusons réception de votre réponse à notre courrier en date du 5 janvier dernier dans laquelle vous nous affirmez que l'ensemble des plans exécutés actuellement sur le dossier n° 940434A n'ont aucune incidence foncière.

Nous restons très sceptiques sur votre affirmation, car l'étude de n'importe quel projet sur des propriétés privées entraîne obligatoirement à un moment donné une modification parcellaire et a donc une incidence foncière.

*Le conseil régional du Languedoc-Roussillon sera très attentif aux documents mettant en cause des limites parcellaires et, dans le respect de la loi, oeuvrera pour que soient garantis les droits de la propriété privée des citoyens : en particulier, les bornages des propriétés réalisés par les géomètres-experts devront **obligatoirement** être au préalable définis sur les plans topographiques dressés par des géomètres-experts inscrits au tableau de l'Ordre.*

Nous pensons qu'il aurait été beaucoup plus judicieux d'établir, dès le départ, des plans qui puissent ensuite servir de plans parcellaires et per-

mettre d'arrêter un tracé définitif, mais si vous préférez devoir faire appel dans un deuxième temps à un géomètre-expert pour établir les plans définitifs, nous ne pouvons nous y opposer».

Cette dernière lettre transmise par la SNCF comporte la mention manuscrite de la SNCF suivante : *«Quels intérêts cachent une telle hargne».*

4. - La circonscription de Marseille

La collectivité territoriale de Corse a passé en 1996 un marché de travaux topographiques par levés terrestres pour la Haute-Corse.

Le procès-verbal de la commission d'appel d'offres du 21 mai 1996 montre que, pour les quatre lots, six entreprises avaient soumissionné. Deux entreprises ont été éliminées, l'une pour ne pas avoir rempli correctement le bordereau de prix, l'autre pour ne pas avoir envoyé les sous-détails de prix unitaires. Restaient en compétition quatre entreprises, parmi lesquelles le cabinet Mérigaud apparaît le moins-disant sur les quatre lots. La commission a décidé de lui attribuer les quatre lots.

Par lettre du 3 juin 1996, le conseil régional de Marseille a écrit au directeur des routes : *«Mes confrères de Corse m'informent qu'un géomètre continental, M. Mérigaud, dont le cabinet est situé à Mallemort-sur-Corrèze (19360), a postulé à l'appel d'offres que vous avez lancé concernant quatre marchés à commandes, correspondant chacun à la totalité des travaux de topographie d'une route nationale sur l'ensemble de la Haute-Corse et ceci pour une durée de trois ans.*

Le règlement intérieur de l'Ordre envisage, sous certaines conditions bien précises et après accord du conseil régional, qu'un géomètre-expert ouvre un bureau secondaire afin de travailler, de manière continue, loin de son cabinet principal. Chaque géomètre-expert est limité dans le nombre d'ouvertures de bureaux secondaires : or, M. Mérigaud a atteint le quota en la matière.

En outre, il ne peut être envisagé, de sa part, l'ouverture d'un bureau de chantier qui, lui également, doit obtenir l'agrément du conseil régional. En effet, ce bureau ne peut être accordé que pour «la mise en œuvre d'un chantier particulier et temporaire. Il est situé à proximité du chantier». La nature même des travaux, objet de l'appel d'offres, ne peut justifier un bureau de chantier géographiquement proche de la totalité des chantiers demandés. De plus, sa durée ne peut excéder une année ; or, le marché est prévu pour trois ans [...].

Un marché de cette importance peut difficilement être attribué à un cabinet installé hors de l'île, pour une simple question de qualité du service rendu.

Mes confrères de Corse sont des géomètres-experts compétents, capables de gérer de tels marchés, en y apportant la meilleure qualité, comme ils l'ont toujours fait dans des situations similaires».

Dans le cadre d'un échange de courriers dû à l'intervention du président du conseil régional de l'Ordre de Marseille, M. Mérigaud a précisé, le 12 juin

1999 : «Lors de notre conversation téléphonique de ce jour, vous avez émis des doutes quant à la satisfaction que nous aurions donnée au département de la Haute-Corse pour la réalisation en 1992 de prestations topographiques sur différentes routes départementales.

Afin de dissiper tout malentendu sur des propos qui ont pu vous être rapportés, je me permets de joindre à la présente, le certificat de capacité qui m'a été délivré pour ces travaux, certificat qui a été établi en février 1993, c'est-à-dire après que nos plans et fichiers aient été utilisés, et je dois ajouter que, hors marché, le département nous a confié depuis, quelques petites missions, en particulier, du parcellaire».

La commission d'appel d'offres est revenue sur sa décision initiale d'attribuer le marché au cabinet Mérigaud. Les trois premiers lots ont été attribués à trois entreprises différentes et l'appel d'offres relatif au dernier lot a été déclaré infructueux. L'attribution des trois premiers lots s'est faite dans les conditions suivantes :

	Lot n° 1 région Sud	Lot n° 2 région Bastia	Lot n° 3 région Centre
Cabinet Mérigaud	256 636,8	256 636,80	269 420,40
Cabinet Medori			521 353,80
Cabinet Pignodel Martini	513 605,25		
Cabinet Barnay		527 022,00	
Différence en valeur absolue	+ 256 968,45	+ 270 385,20	+ 251 933,40
Différence en %	+ 100 %	+ 100 %	+ 93 %

5. - La circonscription de Bordeaux

La communauté urbaine de Bordeaux (Cub) a lancé, en 1994, un appel d'offres pour les prestations topographiques. La direction du service «Achats et marchés» a expliqué, dans une déclaration du 30 octobre 1998 : «À partir de 1994, nous avons procédé à un premier appel d'offres car nous avons constaté que les commandes hors marché public avaient dépassé le seuil imposant la mise en concurrence ; dans l'avis d'appel d'offres ouvert publié au BOAMP du 9 septembre 1993, il n'était pas exigé de certificat d'inscription à l'Ordre des géomètres-experts, mais cette pièce était exigée dans le RPAO car il faut remarquer qu'une partie des travaux était clairement d'ordre foncier. Ce marché a été attribué à un groupement de géomètres-experts tous installés hors du périmètre de la CUB, il a été reconduit tacitement chaque année jusqu'à son terme, fin 1996. A l'occasion de l'attribution de ce marché plusieurs réclamations ont été adressées à la Cub, notamment celle du GIE Géocub composé de géomètres-experts locaux, mais aucune plainte de la part de topographes. Une nouvelle procédure pour le renouvellement du marché de prestations topographiques précédent

a été lancée : une insertion d'avis d'appel d'offres ouvert a été publiée au BOAMP du 25/07/1996 qui fait explicitement référence à une attestation d'inscription à l'Ordre des géomètres-experts ; il s'agissait, une nouvelle fois, d'un marché à bons de commandes et qui comprenait dans le cahier des charges des travaux publics une faible part de travaux purement fonciers ; lors de cette dernière procédure, il y a eu plusieurs interventions de la part de géomètres-experts locaux, MM. Pedezert et Petuaud-Létang, qui contestaient l'attribution du marché à des géomètres-experts extérieurs à la Cub ; une étude a même été demandée par la hiérarchie de la Cub pour savoir s'il était possible d'accéder à la requête de ces géomètres-experts locaux (cf. copies des notes internes de la Cub en annexe) ; cependant, les marchés conclus ont été reconduits jusqu'à leur terme initial avec les titulaires désignés».

Une note du 19 décembre 1996 adressée par le secrétaire général de la Cub au directeur du service «Achats et marchés», précisait au sujet de l'intervention de MM. Pedezert et Petuaud-Létang : «Au titre d'une démarche personnelle, ces géomètres m'ont fait part de leur désarroi suite à l'attribution récente du marché topographique à peu de géomètres installés sur le territoire communautaire.

Ils soutiennent, en particulier, que les levers de plans de plusieurs rues réparties sur l'ensemble du territoire de la Cub, en fonction des études, ne nécessitent pas une procédure d'appel d'offres si aucune commande n'excède 300 000 F pour un cabinet de géomètre par an. Je leur ai promis que nous rechercherions l'avis de la Commission centrale des marchés sur ce point. Vous voudrez bien faire le nécessaire dans ce sens.

D'autre part, le marché de prestations topographiques et géomatiques est reconductible par tacite reconduction. J'ai également convenu que je ferai étudier s'il y a des raisons objectives pour ne pas reconduire ce marché, de notre propre chef, pour 1998.

Je recevrai personnellement Monsieur Pedezert, président régional de l'Ordre, dès que je serai en possession des éléments de réponse, fin janvier si possible».

Dans sa réponse du 13 janvier 1997, le service «Achats et marchés» a exposé les solutions qui permettraient juridiquement de donner satisfaction à MM. Pedezert et Petuaud-Létang : «Comment apporter une réponse en partie positive à MM. Pedezert et Petuaud-Létang ?

1°) Il est juridiquement possible de ne pas reconduire le second marché consacré aux réalisations de prestations topographiques et géomatiques puisqu'une clause prévoit qu'il est conclu pour un an, reconductible par tacite reconduction.

Bien que le contrat ne mentionne pas de préavis, je pense qu'il faudrait en appliquer un de trois mois au minimum.

Toutefois, si cette dénonciation était envisagée, avec pour objectif de passer un autre contrat pour des prestations de même nature et de mêmes conditions de réalisation, je me pose la question de savoir s'il ne convien-

draît pas de la motiver sur des critères objectifs afin d'éviter une réclamation des titulaires actuels qui donnent entière satisfaction, ou une observation des autorités de contrôle.

Une recherche de M. Lajous sur le point de savoir si les titulaires actuels seraient fondés à réclamer me paraîtrait utile car le présent marché a été attribué après appel d'offres à la société jugée la mieux disante.

2°) Lorsque le marché actuel arrivera à échéance et que l'appel d'offres sera relancé, je préconise, ainsi que je l'avais précédemment fait, de prévoir des lots soit en importance, soit géographiques afin de pouvoir intéresser plus de prestataires et maintenir à terme une concurrence favorable à notre administration.

En conclusion, une décision favorable à la requête présentée ne peut s'appuyer sur des éléments réglementaires et juridiques et il apparaît qu'elle comporterait des risques de recours de la part des titulaires actuels mais également des risques d'observations des autorités de contrôles fondées sur le fait que ces actions seraient entreprises pour favoriser un prestataire dont les offres n'ont pas été considérées comme mieux disantes à l'issue d'une procédure de mise en concurrence».

Le marché lié au projet de tramway a donné lieu à un avis d'appel public à la concurrence, le 4 novembre 1997.

Ce marché comprenait deux lots :

- le lot 1 pour les levés de plans de voirie détaillés pour la première phase du tramway ;
- le lot 2 pour les travaux topographiques et photogramétriques liés à l'ensemble du projet de tramway et à ses opérations connexes.

L'avis d'appel public à la concurrence publié au BOAMP du 4 novembre 1997 stipulait que «*les deux lots seront attribués au même prestataire (cabinet de géomètre-expert ou groupement de géomètres-experts)*».

La commission d'ouverture des plis du 9 janvier 1998 faisait état de la réception de quatre réponses :

- cabinet Darnaud GTA ;
- cabinet Mérigaud ;
- un groupement mené par le cabinet Petuaud-Létang ;
- un groupement mené par le cabinet Alain Dumas.

L'examen des offres fait apparaître que le moins disant sur le lot n° 1 était le cabinet Darnaud, sur le lot n° 2 le cabinet Mérigaud, ce dernier étant également moins disant sur l'ensemble des deux lots.

L'analyse des offres par une sous-commission technique a conduit à retenir, après élimination des cabinets Darnaud et Mérigaud, l'offre du groupement Petuaud-Létang dans lequel figurait M. Pédezert, président du conseil régional de l'Ordre qui était intervenu avec M. Petuaud-Létang en 1996, auprès de la CUB et les géomètres-experts membres originaires du département.

6. - La circonscription de Strasbourg

En raison des particularités du cadastre dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle, une procédure spéciale d'agrément a été mise en place par un arrêté du 20 mai 1950, pris en application de la loi du 31 mars 1884 *«relative au renouvellement et à la conservation du cadastre en Alsace-Lorraine»*.

Cet arrêté définit les critères d'attribution de l'agrément : inscription au tableau de l'Ordre, diplôme, connaissance de la réglementation locale. Une commission relevant de l'autorité de la direction générale des impôts délivre les agréments. Cette commission est présidée par le chef du service du cadastre et composée de fonctionnaires du cadastre, du président du conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts et du président du conseil régional de l'Ordre.

a) Le cas de M. Mérigaud

La loi du 7 mai 1946 instituant l'Ordre des géomètres-experts avait, dans ses articles 26 à 29, introduit des dispositions transitoires permettant à des géomètres-topographes d'obtenir leur inscription au tableau de l'ordre. L'article 30 de la même loi stipulait que ces dispositions transitoires n'étaient pas applicables aux départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle.

Cet article 30 ayant été abrogé par la loi du 28 juin 1994, M. Mérigaud - qui avait bénéficié des dispositions transitoires exposées ci-dessus - a demandé, par lettre du 2 février 1995, au conseil régional de l'Ordre de Strasbourg de désigner un maître de stage pour obtenir l'agrément spécifique aux départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle.

Dans sa réponse du 10 février 1995, le président du conseil régional invitait M. Mérigaud à adresser sa demande à la direction des services fiscaux.

Par lettre du 29 mars 1995, la direction des services fiscaux de la Moselle transmettait à M. Mérigaud l'imprimé réglementaire et précisait que, par courrier séparé, elle demandait au président du conseil régional de désigner un maître de stage. Elle lui confirme, par courrier du 23 juin, que la demande avait été effectivement transmise.

Par lettre du 7 juin 1995, le conseil régional répondait à la direction des services fiscaux dans les termes suivants : *«Après examen de cette demande par le conseil régional dans sa séance du 30 mai 1995, je porte à votre connaissance que le conseil régional a émis un avis défavorable, car M. Mérigaud ne satisfait pas aux exigences de l'arrêté du 20 mai 1950, article 2, paragraphe 1, relatif à l'agrément des géomètres-experts privés pour l'exécution des travaux cadastraux dans les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle»*.

L'absence d'agrément a été à l'origine du rejet de la candidature de M. Mérigaud à des appels d'offres du Conseil général du Haut-Rhin, du Conseil général de la Moselle et de la communauté urbaine de Strasbourg.

Interrogée sur le fonctionnement de la commission d'agrément et sur la suite qui avait été donnée à la demande d'agrément de M. Mérigaud en

1995, la direction générale des impôts a fourni la réponse suivante :
«Les agréments délivrés au titre de l'arrêté du 20 mai 1950 sont spécifiques aux travaux cadastraux. Ils sont nécessaires dès lors que des documents doivent être incorporés dans la documentation cadastrale, qu'il s'agisse de sa conservation - au travers de documents tels que les documents modificatifs du parcellaire cadastral - ou de sa confection lors de l'établissement de plans neufs par opérations de rénovation ou de remaniement.

Les agréments sont délivrés en Alsace-Moselle en plusieurs étapes. La première consiste à effectuer, pendant au moins une année, des travaux cadastraux sous la surveillance d'un maître de stage, géomètre-expert lui-même agréé dans ces départements. Ensuite, au vu du rapport de stage et des documents déposés aux services du cadastre, un agrément provisoire peut être délivré. Enfin, une demande d'agrément définitif peut être déposée sous réserve que l'agrément provisoire soit détenu depuis au moins deux années.

La commission d'agrément, telle qu'instituée par l'article 5 de l'arrêté précité, a en charge l'étude des demandes d'agréments pour exécuter des travaux dans les trois départements concernés. L'examen de ces demandes porte sur les seules compétences du requérant, quel que soit le niveau d'agrément souhaité et au vu des pièces et rapports joints à la demande. [...]

En ce qui concerne la demande de M. Claude Mérigaud, dont le bureau est domicilié à Malemort-sur-Corrèze (19), sa demande, présentée en 1995 à la direction des services fiscaux de la Moselle, n'a pas été étudiée lors des commissions qui ont suivi son dépôt.

En effet, la demande d'effectuer sous surveillance des travaux cadastraux nécessite la désignation par le président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de la région de Strasbourg d'un géomètre-expert agréé par le service du cadastre aux fins de contresigner les travaux produits.

La direction des services fiscaux de la Moselle avait sollicité le président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts à Strasbourg afin qu'un géomètre-expert agréé soit désigné comme tel. En l'absence de cette désignation, la demande ne pouvait être prise en compte et nous être adressée par la direction afin qu'une autorisation temporaire soit délivrée dans l'attente de la décision de la commission d'agrément qui se réunit annuellement.

L'absence de délivrance des agréments cadastraux à M. Claude Mérigaud résulte donc actuellement du caractère incomplet de son dossier, sans considération de ses capacités professionnelles [...].

b) Le département de la Moselle

Par lettre du 27 février 1996, la chambre syndicale des géomètres-experts de Moselle s'adressait au Conseil général dans les termes suivants :
«Le département de la Moselle vient d'attribuer la totalité des marchés de travaux de géomètre pour l'arrondissement ouest pour une période de trois ans à des géomètres extérieurs au département, résidant en particulier en Meurthe et Moselle et dans le territoire de Belfort, départements comme nous l'avons prouvé à maintes reprises, qui n'accordent pas la réciprocité.

Cette dévolution, après celle des marchés concernant les voies vertes à un groupement également extérieur (Haute-Marne et Meurthe-et-Moselle), confirme que le seul critère du prix, même anormalement bas voire inférieur au prix de revient, est pris en considération par vos services.

La conjoncture économique difficile nous avait déjà rendu très inquiets depuis quelques mois et cette attribution de marchés va entraîner un manque encore plus grave de travaux de proximité, ce qui provoquera des défaillances d'entreprises et augmentera le chômage.

D'autre part, la situation locale introduit des distorsions en notre défaveur dans la concurrence car :

- *nos salaires sont plus élevés que la moyenne nationale, à cause notamment de la proximité des frontières ;*
- *les charges sociales et les congés payés sont plus élevés également ;*
- *l'application plus ou moins stricte des règles de la conservation des documents cadastraux et du Livre foncier peut faire varier les prix dans des proportions importantes.*

J'ai souhaité, ainsi que je l'ai indiqué à Monsieur Fourny, directeur de service, être reçu par vous afin de vous fournir toutes preuves et justifications qui vous paraîtront nécessaires.

Les membres de la chambre syndicale, dans leur unanimité, souhaitent ardemment être compris et continuer à oeuvrer pour le dynamisme économique du département».

Par lettre du 24 juin 1996, la chambre syndicale a écrit de nouveau au Conseil général : «Permettez-moi d'insister auprès de vous pour vous rappeler l'origine de notre différence d'appréciation en ce qui concerne les choix de la commission d'appel d'offres.

Vous n'êtes pas sans savoir que les documents cadastraux, dans notre département, sont en même temps «annexes» du Livre foncier et donc portant présomption du droit de propriété, ce qui est une exclusivité des départements d'Alsace-Moselle et justifie l'existence d'un «agrément». Cet agrément n'a pas été institué dans un but protectionniste, notion qui n'existait pas à l'époque de sa création, et un géomètre-expert, membre de l'Ordre obtient en général cet agrément sans difficulté.

Les documents cadastraux servent de «conservatoire» de la propriété foncière en Moselle, puisqu'ils sont établis par voie de lever numérique après abornement contradictoire des propriétés et qu'ils sont publiés et soumis à enquête publique. Les règles de l'art que nous appliquons permettent d'assurer la qualité et la bonne conservation des informations foncières.

Que ce soit dans le cadre des plans topographiques établis pour servir de base aux études techniques ou des documents fonciers définissant l'emprise des projets, une borne limite existante doit être reconnue et vérifiée par le géomètre-expert sur la base des éléments numériques publiés dans les documents cadastraux. Une nouvelle borne sur une limite implique qu'elle soit alignée physiquement sur le terrain et non implantée après calcul ou digitalisation.

Ces contrôles sont de la responsabilité du géomètre-expert, les vérifications du service du cadastre n'étant faite que par «sondages». C'est d'ailleurs le contenu du Monopole légal qui nous est réservé (article 1 de la loi sur l'Ordre).

Les géomètres-experts de la Moselle ont été très surpris de constater que certains professionnels ont été retenus alors qu'il s'avérerait que ces règles d'éthique n'avaient pas été respectées (même si l'amnistie présidentielle en avait supprimé la sanction), et il est certain que le non respect de ces règles entraîne des économies importantes sur les prix de revient...

Si un professionnel extérieur peut se permettre une impasse, le géomètre-expert local ne peut détruire ou disqualifier son outil de travail.

En conclusion, nous souhaitons que ne soient retenus que les géomètres-experts agréés qui ont fait la preuve de la qualité de leur travail et que la concurrence s'exerce alors dans des conditions normales et en particulier que soient prises en compte les contingences locales (de salaires et de charges sociales notamment) qui ne permettent pas aux géomètres-experts mosellans de pratiquer les mêmes tarifs que leurs concurrents».

Le président de la chambre syndicale a déclaré au service d'enquête, le 4 juin 1997 : «La profession a constaté depuis plusieurs années l'émergence d'une concurrence déloyale de certains cabinets qui se sont avérés ne pas respecter les règles déontologiques de la profession dans leurs travaux, en particulier, en matière foncière (notamment pour les problèmes de bornage : en Alsace-Moselle, les limites sont juridiques et définies numériquement par le cadastre, donc les nouvelles bornes doivent être placées physiquement à partir des anciennes et non pas simplement calculées par ordinateur. Par ailleurs on a constaté l'absence de contrôle des mesures des cotes de recollement).

À la demande des donneurs d'ordre (Conseil général et mairies), la chambre syndicale de la Moselle a commencé à réfléchir au contenu minimum des prestations, ce qui nous a conduit à élaborer un cahier des charges (en coopération avec la DDE et la DDAF) dont je vous remets la copie.

Par ailleurs, la chambre syndicale a essayé d'évaluer le temps minimum nécessaire à la réalisation de chaque type de prestations (par référence à la pratique professionnelle de chaque cabinet). Cette démarche n'a finalement pas abouti, en raison du nombre des prestations et de la complexité des conditions de réalisation (conditions météo, nature du terrain etc.).

Il a fallu donc trouver une autre solution pour tenter de cerner les offres anormalement basses dans les marchés ; cette solution est la généralisation, en Moselle, du sous-détail de prix qui permet de repérer les postes aberrants.

S'agissant de prestations intellectuelles, le détail des prix s'appuie sur le temps passé et la qualification professionnelle (cette dernière étant définie strictement par la convention collective qui s'applique à tous les professionnels).

La démarche de la chambre syndicale n'était pas d'élaborer une grille de prix, mais d'analyser un coût en temps de chaque prestation. Or, cela n'a

pas été possible du fait du nombre des prestations et des difficultés de comparaison des conditions d'exécution.

Depuis la mise en place des nouvelles conditions de passation des marchés, il a été constaté que sur les dix derniers marchés, huit sont revenus à des géomètres-experts de la Moselle, alors qu'au cours des trois dernières années la plupart des marchés échappaient aux mosellans».

c) Le département du Haut-Rhin

Par lettre du 22 février 1996, la chambre départementale des géomètres-experts du Haut-Rhin s'adressait au Conseil général dans les termes suivants : «Le Conseil général vient, par la DDIRE, de lancer un appel d'offres pour l'attribution du marché des travaux fonciers et topographiques dans le département.

La chambre départementale des géomètres-experts du Haut-Rhin, par l'intermédiaire de ses membres, saisit cette occasion pour s'adresser aux représentants du département, et en particulier, aux conseillers généraux, afin de leur faire part de ses réflexions à ce sujet.

Notre profession de géomètre est une profession de service avec un caractère important de proximité et surtout de conseil. Le géomètre-expert est en relation avec toutes les collectivités pour leurs projets et leurs rapports au foncier. Les communes, les entités intercommunales, le département, les diverses administrations font appel à ses connaissances du terrain d'un point de vue technique, mais aussi et surtout à la mémoire et à la compétence juridique des cabinets qui traversent le temps.

Notre profession est un lien entre les différentes collectivités qui ont tissé avec elle une relation de confiance et de conseil très étroite. Cette notion de service est difficilement quantifiable. Réduire les prestations du géomètre à un bordereau de prix unitaire est donc loin de la réalité et inconcevable pour nous.

La publication du nouvel appel d'offres annuel suscite de notre part quelques remarques quant à sa pertinence et quant aux choix des attributaires.

Le marché 1995 prévoyait un montant de 800 000 F de travaux pour chaque zone (Nord, Centre et Sud) et n'a été en fait que de 150 000 F environ par zone. Ni ce faible montant, ni le montant prévu pour 1996 : 300 000 F, n'oblige, légalement, le département à recourir à l'appel d'offres. La solution qui prévalait jusqu'en 1994, et qui consistait à confier les petits travaux (objets du marché) au géomètre du secteur, pourrait donc encore être appliquée.

En 1995, les marchés ont été attribués en tenant compte de plusieurs critères ; ce qui n'a pas empêché qu'une des zones soit confiée à un confrère résidant hors département, au détriment des professionnels sud haut-rhinois, vos contribuables !

*Pour 1996, il est spécifié que le jugement des offres se fera sur le **critère premier des prix**. Nous risquons donc nous voir départagés sur la seule base d'un montant issu d'un devis estimatif fictif, très peu représentatif des*

quantités et des prestations effectivement effectuées, et loin des sommes réellement engagées.

Il faut relever que la plupart des départements procèdent de manière différente :

- *certain attribuent les travaux au géomètre proche, sans appel d'offre, en faisant confiance au bon sens du professionnel ;*
- *certain fixent annuellement un barème des prestations en accord avec l'ensemble des géomètres de leur département (les prix, justes et honnêtes, sont connus de tous, aussi bien des administrations que de la profession) ;*
- *d'autres, enfin, procèdent à une consultation restreinte, limitée aux seuls intervenants imposables dans leur département.*

Le code des marchés publics est, à notre avis, un garde-fou nécessaire à tout excès ou abus, mais son application systématique, même dans les cas non prévus (marchés inférieurs à 300 000 F), ne nuit-elle pas à son esprit premier et à son efficacité ?

Nous profitons de l'occasion qui nous est donnée pour attirer votre attention sur quelques chiffres ;

Nos 17 cabinets représentaient :

- *en 1992 : 101 collaborateurs - 34 millions de chiffre d'affaires*
- *en 1994 : 81 collaborateurs - 29 millions de chiffre d'affaires*
- *soit 20 % de baisse d'activité.*

1995, d'après les renseignements pris auprès des confrères, ne fera que confirmer cette fâcheuse tendance. C'est également l'année qui a vu le premier dépôt de bilan dans notre département, avec ses conséquences sur l'emploi.

Ces chiffres s'expliquent, d'une part, par la diminution de l'activité économique, mais également par certaines pratiques spécifiques au département ; en effet, les administrations et les associations assimilées (ADHAUR, BDEA, SEMHA, Équipement...) ont sur certains secteurs de notre activité (documents d'urbanisme, études d'aménagement, cartographie), des situations de quasi monopole.

Ces organismes effectuent pour le compte de collectivités et de communes, des prestations à des prix auxquels nous serions bien heureux de travailler.

Dans le cadre de ces prestations globales, ils procèdent par contre à des consultations auprès de nous, pour des tâches ponctuelles de moins de 5 000 F !!!

A titre d'information, il est intéressant de savoir que certains de nos proches voisins ont, pour régler ce problème, fixé des tarifs applicables aux administrations et au secteur privé, en limitant annuellement le volume alloué aux organismes publics à 20 % du total.

Les géomètres-experts du Haut-Rhin vous lancent donc, à vous monsieur le vice-président et à l'ensemble des élus de l'assemblée départementale, un cri d'alarme.

Imprégné de notre terroir, y vivant, l'aimant et contribuant à son développement par notre savoir, notre travail et nos contributions, nous nous sen-

tons de plus en plus enserrés dans un carcan administratif devant lequel nous sommes impuissants. Cela risque, entre autres, de faire disparaître à terme la conception actuelle que nous avons de notre profession et met en danger la pérennité de nos spécificités régionales (cadastre, livre-foncier)».

7. - La circonscription de Rouen

Le responsable du bureau d'études et travaux au Conseil général a déclaré, le 19 décembre 1996 : *«Concernant le marché de travaux topographiques sur les routes départementales de l'arrondissement de Rouen d'avril 1996 : j'ai rédigé l'avis d'appel d'offres pour les mêmes prestations passées en 1993. Après attribution du marché au cabinet Bunel, moins-disant et considéré par la commission comme mieux-disant, nous avons eu un appel téléphonique de M. Poileux, président de la chambre syndicale des géomètres-experts de Seine-Maritime, qui a fait part de son étonnement quant au choix de la commission car M. Bunel était extérieur au département et il pensait qu'il s'agissait d'une société de topographie non-membre de l'Ordre des géomètres-experts».*

Le représentant de la direction départementale des infrastructures au Conseil général a déclaré, le même jour : *«A ma connaissance, les géomètres-experts du département de Seine-Maritime (chambre syndicale) ont manifesté un certain mécontentement devant le choix de l'attributaire du marché 1996 - arrondissement de Rouen - parce qu'il était extérieur au département. Cette protestation s'est faite oralement, par téléphone, de la part de M. Poileux, président de la chambre syndicale».*

La commission d'appel d'offres, chargée d'examiner les offres concernant les travaux topographiques sur les routes départementales de la Seine-Maritime en 1996, avait demandé un réexamen de la proposition de M. Bunel dont les prix lui paraissaient anormalement bas.

En réponse, M. Bunel a fourni les explications suivantes : *«Suite à votre courrier du 25 avril 1996 concernant les travaux topographiques du Conseil général de La Seine-Maritime, je vous apporte quelques éléments de réponse concernant mes prix jugés anormalement bas par la commission d'appel d'offres mais qui correspondent actuellement aux prix pratiqués aussi bien dans l'Orne que dans le Calvados. Dernièrement, j'ai été retenu suite à un appel d'offres par le Conseil général du Calvados, le niveau des prix du bordereau étant à peu près identique à celui remis dans la Seine-Maritime.*

Le cabinet, dont l'effectif est de cinq employés, justifie d'un équipement technique et informatique très performant (théodolites à enregistrement automatique, équipement GPS, station graphique Hewlett-Packard sous Unix avec système d'information géographique Ascodes 3 intégrant des procédures permettant le dessin automatique). Le levé codifié sur le terrain permet un gain de temps important au bureau. Les lignes (trottoirs, talus, clôtures, haies...), les symboles sont créés automatiquement à la lecture du carnet électronique. Seules, quelques mises au point (écritures, habillage définitif) sont faites au bureau par la personne qui a effectué le levé d'où un gain de temps et une efficacité certaine.

D'autre part, la conjoncture dans le département de l'Orne ne permet pas d'appliquer des prix plus confortables, les travaux du Conseil général deviennent quasi inexistantes et ceux de la direction départementale de l'équipement sont attribués presque systématiquement au moins-disant et il faut faire face à une concurrence très rude des autres départements (Calvados, Mayenne). Les derniers appels d'offres ont été attribués à des géomètres-experts de ces départements. Dans ces conditions, pour pouvoir continuer à travailler, il faut s'adapter et utiliser le maximum de la technologie moderne».

La commission, chargée des opérations d'ouverture des plis, a retenu la proposition de M. Bunel.

8. - La circonscription d'Amiens

Au sujet du marché de prestations topographiques sur le réseau départemental, le directeur de la voirie et des infrastructures au Conseil général du Nord a déclaré le 16 octobre 1998 : *«J'étais en fonctions en 1995 lors du précédent appel d'offres pour des prestations topographiques sur le réseau routier départemental et, à cette époque, nous n'avions pas exigé la qualité de géomètre-expert pour réaliser ces travaux. L'Ordre des géomètres-experts est intervenu à l'époque auprès de nous pour critiquer cette absence de la mention de géomètre-expert arguant du fait qu'ils estimaient que ces travaux devaient relever de leur monopole ; ces interventions, d'après mes souvenirs, ont été, je crois, seulement verbales. A partir de là, nous avons tenu compte du point de vue des géomètres-experts en exigeant dans le marché de 1998 la qualité de géomètre-expert. Ainsi, en 1998, nous avons rejeté la candidature de Consult-Infra qui était en groupement avec Aéro-Infra-Résau au motif que cette société n'avait pas la qualité de géomètre-expert et bien que Aéro-Infra possédât, elle, cette qualité : il fallait que ce soit l'ensemble des membres du groupement qui ait la qualité de géomètre-expert. En revanche, la société Géomatic avait acquis, en 1998, la qualité de géomètre-expert qu'elle n'avait pas en 1995.*

Par le passé, nous avons recouru aux services de géomètres-topographes et à ma connaissance notre collectivité n'a jamais eu à se plaindre de la qualité de leurs prestations».

La chambre départementale des géomètres-experts du Nord avait adressé au Conseil général du Nord, le 24 novembre 1994, la lettre suivante au sujet d'un appel d'offres restreint sur les travaux topographiques et prestations foncières : *«Réunis récemment en assemblée générale à Lille, la plupart des géomètres-experts du département du Nord m'ont fait part de leur inquiétude sur l'appel d'offres référencé.*

Je me permets de vous transmettre cette inquiétude partagée sur deux points :

1) le nombre de lots :

8 lots topographiques et fonciers seront attribués pour l'ensemble des géomètres-experts du département.

Le précédent marché avait attribué 18 lots. Par suite, la plupart des géomètres locaux avaient travaillé dans leur canton respectif où, habituelle-

ment ils exercent leur profession. Cette situation permettait au géomètre local qui a une connaissance parfaite de son canton d'apporter au Conseil général des informations, une qualité et une disponibilité constante.

2) l'attribution de lots à des sociétés non inscrites à l'Ordre des géomètres-experts :

La loi du 7 mai 1946 instituant l'Ordre des géomètres-experts modifiée par la loi n° 94-529 précise aux articles 1 et 2 sur l'exercice de la profession :

«peuvent, seuls, effectuer les travaux prévus... les géomètres-experts inscrits à l'Ordre».

«Ces travaux topographiques qui fixent les limites des biens fonciers» sont ceux du présent appel d'offres intitulé «Travaux topographiques et prestations foncières».

Le conseil régional de l'Ordre est vigilant sur le respect de l'exercice de la profession.

Afin de répondre aux inquiétudes des géomètres-experts du Nord, je me permets de solliciter un entretien avec les responsables intéressés du département qui permettrait d'aboutir à un bordereau proposé par le Conseil général à l'ensemble des géomètres-experts retenus dans le présent appel de candidature.

Le souci commun, évoqué lors de la réunion du 10 juin d'une répartition large de l'ensemble des travaux, serait solutionné».

La communauté urbaine de Dunkerque a lancé, en 1998, un appel d'offres ouvert ayant pour objet des «*prestations confiées à des géomètres sur le territoire de la communauté urbaine de Dunkerque. Marché à bons de commande pour les années 1998, 1999, 2000*».

L'avis d'appel d'offres publié au BOAMP du 15 avril 1998 présente le découpage du marché en trois lots et mentionne, parmi les justifications à produire, une attestation de diplôme reconnu par le gouvernement du pays du candidat.

Compte tenu de l'importance du montant du marché, un avis a également été publié au JOCE du 23 avril 1998. Cet avis indique en face d'une rubrique «*réserve à une profession déterminée*» : prestations confiées à des géomètres.

Une note interne à la communauté urbaine, en date du 8 juin 1998, explique les modalités du découpage du marché et précise que l'établissement des documents prévus dans le lot n° 3 ne peut être effectué que par des géomètres-experts.

Or, à la différence des avis publiés au BOAMP et au JOCE, le règlement de la consultation fait état, parmi les documents à produire par les candidats, pour l'ensemble des lots, de «*l'attestation d'inscription à l'Ordre des géomètres-experts, ou d'une autorité compétente d'un État membre de la Communauté européenne*».

Dans sa déclaration du 13 octobre 1998, le directeur de la gestion de la commande publique a apporté les explications suivantes : «*Avant l'appel*

d'offres du 15 avril 1998, la communauté urbaine de Dunkerque procédait exclusivement à des commandes directes auprès des géomètres implantés dans le périmètre communautaire, sauf pour les ZAC où un géomètre lillois intervenait. L'appel d'offres du 15 avril 1998 répondait au souci d'améliorer une concurrence et de prendre en compte le volume des investissements de la communauté urbaine, notamment la reconquête des fiches industrielles. Nous avons opté pour un marché à bons de commandes d'une durée de trois ans car il était difficile d'évaluer de manière très précise l'ensemble des prestations à confier en matière de travaux topographiques. Il est à noter que l'estimation de l'administration évaluée à 1,3 million de francs TTC/an a amené la collectivité à procéder à une mise en concurrence européenne au regard de la législation actuelle s'agissant d'un marché de prestations de services. Nous avons divisé en trois lots distincts les prestations à réaliser en fonction de critères techniques et de la mise en place depuis plusieurs années d'une base de données géographiques informatisée ; seul, le lot n° 3 (établissement de documents administratifs de classement de plans pour acquisition foncière) était réservé aux géomètres-experts au regard de la réglementation en vigueur : décret du 31 mai 1996, chapitre III, article 52 (cet article fait référence à la communication obligatoire des documents fonciers entre géomètres-experts) ; notre crainte était que des prestations confiées précédemment à un géomètre soient refacturées plusieurs fois, ce qui est déjà arrivé par le passé lorsque nous avons confié de telles prestations à des non géomètres-experts. Concernant les deux autres lots, dans mon esprit, ils n'étaient pas réservés expressément aux géomètres-experts, néanmoins l'avis d'appel d'offres fait référence parmi les justifications à produire par les candidats à une «attestation de diplôme reconnu par le gouvernement» et le règlement de consultation indique l'exigence d'une attestation à l'Ordre des géomètres-experts pour l'ensemble des trois lots. Je dois admettre que cette apparente contradiction a résulté du délai écoulé entre l'insertion aux journaux d'annonces légales et la rédaction du règlement de la consultation sans que nous ayons eu une réflexion de fond sur cette question. J'ai eu connaissance d'une demande d'entrevue sollicitée par des géomètres-experts locaux auprès du maire de Dunkerque et auprès du président de la commission d'appel d'offres ; au cours de cette entrevue, l'appel à candidatures européen a fait l'objet des critiques de la part de ces professionnels mais j'ignore s'ils sont aussi intervenus pour favoriser la profession des géomètres-experts dans le présent marché».

9. - La circonscription de Paris

Le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Paris écrivait, le 29 octobre 1996, au Conseil général du Val d'Oise : «*J'ai pris connaissance de l'avis, cité en référence, portant sur les «travaux topographiques, déviation de la RD 922».*

J'ai l'avantage de vous rappeler que ces travaux comportant la réalisation de bornages sont directement liés à la définition foncière des propriétés et qu'ils ne peuvent être confiés qu'à des géomètres-experts membres de l'Ordre, en application de l'article I, 1° de la loi n° 46942 du 7 mai 1946.

Vous devez alors exiger l'appartenance à l'Ordre des géomètres-experts en lieu et place des critères de capacité.

Je vous rappelle également que ces travaux ne peuvent être confiés en sous-traitance à un géomètre-expert.

La compétence du géomètre-expert est exclusive en cette matière (réponse ministérielle, JO du 21/12/1992)».

Une lettre au contenu identique, relative aux travaux topographiques et fonciers en 1999, était adressée, le 29 septembre 1998 à la direction de la voirie à Vitry-sur-Seine.

Un courrier était également envoyé, le 22 juin 1999, à l'établissement public du campus de Jussieu : «*J'ai pris connaissance de l'avis, cité en référence, portant sur la «réalisation de prestations topographiques et d'infographie du campus de Jussieu».*

J'ai l'avantage de vous rappeler que ces travaux dans lequel le lot n° 1 prévoit l'établissement de plans de divisions et de documents d'arpentage sont directement liés à la définition foncière des propriétés et qu'ils ne peuvent être confiés qu'à des géomètres-experts membres de l'Ordre, en application de l'article I, 1° de la loi n° 46942 du 7 mai 1946.

Vous devez alors exiger l'appartenance à l'Ordre des géomètres-experts en lieu et place des critères de capacité.

Je vous rappelle également que de tels travaux ne peuvent être confiés en sous-traitance à un géomètre-expert et, qu'en conséquence, un géomètre-expert ne peut agir dans le cadre d'un groupement solidaire comprenant des entreprises non géomètre-expert.

La compétence du géomètre-expert est exclusive en cette matière (réponse ministérielle, JO du 21/12/1992)».

En réponse, le directeur de l'EPA de Jussieu écrivait, le 28 juin 1999, au conseil régional : «*L'établissement public du campus de Jussieu a publié, dans le Bulletin des annonces officielles de marchés publics du 17 juin 1999, un avis d'appel public à la concurrence en vue de la réalisation de prestations topographiques et d'infographie sur le campus de Jussieu.*

La teneur de cette annonce vous a conduit à nous faire parvenir un courrier en date du 22 juin 1999 dans lequel vous avez tenu à nous rappeler que les travaux de relevés liés à la définition foncière des propriétés ne pouvaient être confiés qu'à des géomètres-experts membres de l'Ordre.

Vous y considérez également qu'il n'était pas possible à un géomètre-expert d'intervenir dans le cadre d'un contrat de sous-traitance et que, dans l'hypothèse où le marché serait confié à un groupement, celui-ci ne devrait être constitué que de géomètres-experts.

Je crois donc nécessaire de vous apporter, sur les points évoqués, les précisions suivantes :

La consultation étant lancée sous la forme d'un appel d'offres restreint, je vous confirme tout d'abord que seuls les candidats pouvant justifier de leur

qualité de géomètre-expert et de leur inscription à l'Ordre seront admis à présenter une offre.

En revanche, la position, que vous exprimez sur l'impossibilité de voir un géomètre-expert intervenir en qualité de sous-traitant me paraît, en première analyse, contrevenir aux dispositions de la loi du 31 décembre 1975 relative à la sous-traitance.

De même la co-traitance d'un marché par un groupement dont l'un des membres n'est pas un géomètre-expert ne me semble pas, a priori, critiquable, à condition toutefois que le mandataire soit un géomètre-expert».

La direction départementale de l'équipement du Val d'Oise a publié un avis d'appel public à la concurrence le 14 avril 1998 pour la réalisation d'opérations topographiques sur la RN 14. Parmi les références exigées, figurait une «attestation certifiant que le géomètre est diplômé par le gouvernement (DPLG) et habilité à établir des documents d'arpentage».

Les représentants de la DDE ont déclaré, le 16 novembre 1998, à propos de ce marché : «Concernant l'appel d'offres relatif à «des opérations topographiques sur la RN 14, déviation de Saint-Clair-sur-Epte» paru au BOAMP du 14 avril 1998 : il s'agissait, en exigeant la compétence des géomètres diplômés par le gouvernement (DPLG), d'une part de répondre aux exigences de la loi dans le cadre des travaux de bornage figurant au marché et, d'autre part, le terme «géomètre DPLG» était synonyme dans notre esprit à «géomètre-expert». C'est, par téléphone, que Monsieur Meyer, président du conseil régional des géomètres-experts d'Ile-de-France nous a précisé après parution de cet avis que le terme à retenir était «géomètre-expert» et non «géomètre DPLG». Étant donné l'imbrication très forte des prestations purement topographiques et des opérations de bornage comprises dans ce marché, nous avons considéré qu'il fallait un marché unique. Nous faisons remarquer qu'à défaut d'indication dans l'avis d'appel d'offres, le marché était ouvert à des groupements, soit entreprise unique, soit groupement d'entreprises solidaires. Nous vous faisons remarquer que la DDE travaille fréquemment avec des professionnels employant indifféremment les termes de géomètre ou de topographe s'agissant, il est vrai, pour la plupart des travaux de prestations purement topographiques pour ce qui concerne les subdivisions études et travaux neufs (ETN). La politique habituelle de la DDE est l'appel d'offres ouvert, sauf dans les cas où l'examen des références et compétences des candidats nécessite un examen approfondi et détaillé : ce qui correspond au marché en cause. Il est à noter que l'attributaire de ce marché a été un groupement solidaire comprenant :

- la SELARL «Fit-conseil» (société d'exercice libéral de géomètres-experts) mandataire ;
- la SA «France ingénierie topographie» (société de topographie) co-traitant [...].

Après attribution du marché et après publication de l'avis d'attribution au BOAMP, (le 7 septembre 1998), nous avons reçu un courrier de M. Michel Meyer, président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts, qui nous demandait de lui indiquer la qualité des attributaires : il est à noter que cette lettre nous a été adressée en RAR. Nous avons répondu à M. Meyer

en lui indiquant les noms des deux co-traitants ; le choix du titulaire ayant paru au BOAMP, avec l'omission de la mention de la «SELARL Fit-conseil» ; il ne nous semblait pas y avoir d'inconvénient à répondre à une personne de l'Ordre des géomètres-experts. Il n'y a pas eu volonté de notre part de fermer le présent marché à la concurrence des topographes et, par ailleurs, aucun topographe ne nous a contactés ni par téléphone ni par écrit pendant la phase de candidatures ou pendant la phase de consultation pour contester ou se faire préciser les termes de l'avis d'appel public à la concurrence.

Pour ce qui est des marchés de prestations topographiques (au sens large) similaires passés par la DDE pour le compte de l'État en tant que maître d'ouvrage au cours des dernières années : entre avril 1995 et aujourd'hui, il n'y a eu aucun marché et très peu de prestations sur mémoires, le dernier marché ouvert à la concurrence concernait la liaison A 15 - RD 105 (cf. BOAMP du 18/IV/95) ; dans l'avis d'AO, l'exigence de la qualité de géomètre-expert ou géomètre DPLG n'apparaissait pas à cette époque car les pièces du dossier attestent qu'il n'y avait pas de travaux de délimitation des propriétés foncières».

La lettre du 10 septembre 1998, adressée par le conseil régional de Paris de l'Ordre des géomètres-experts à la DDE, mentionnée dans la déclaration ci-dessus, était rédigée dans les termes suivants : «Le BOAMP du 7 septembre 1998 indique que le titulaire retenu pour le marché cité en référence est «Entreprise Fit» (France ingénierie topographe).

Je vous remercie de vouloir bien m'indiquer, par retour, la désignation complète de cette entreprise (dénomination exacte, forme juridique et adresse)».

Par lettre du 22 octobre 1998, le conseil régional de l'Ordre a transmis à la société Fit-conseil, société de géomètres-experts, la décision prise par le conseil régional du 7 octobre, par laquelle il a décidé de se saisir d'office d'une plainte à l'encontre de cette société pour l'exécution d'un marché de prestations topographiques à incidence foncière en co-traitance avec une société non inscrite à l'Ordre.

Par décision du 7 avril 1999, le conseil régional de l'Ordre a infligé une suspension de 3 mois à la société Fit-conseil.

■ C. - Rappel des griefs

Il a été fait grief :

Au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts

- d'avoir, au moyen d'une note diffusée le 25 août 1995, incité les instances régionales et départementales représentatives de la profession à exercer des pressions sur les donneurs publics ;
- pour que les marchés comprenant des prestations topographiques et des prestations foncières soient réservés exclusivement aux géomètres-experts ;

- pour empêcher toute possibilité d'association entre géomètres-experts et topographes dans des marchés comprenant des prestations topographiques et des prestations foncières ;
- d'être intervenu, en 1999, auprès de la communauté urbaine de Bordeaux pour que le marché de prestations foncières, topographiques et géomatiques qui comportait un lot de prestations foncières et deux lots de prestations topographiques, soit réservé exclusivement aux géomètres-experts.

Au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon

- d'être intervenu auprès de la communauté urbaine de Lyon en 1996, du Conseil général de l'Ardèche en 1995, du Conseil général de la Loire en 1998, de la société d'équipement du département de la Loire en 1996 pour que les marchés comprenant des prestations topographiques et des prestations foncières soient réservés exclusivement aux géomètres-experts.

A la chambre syndicale des géomètres-experts du Rhône

- d'avoir demandé au cours de réunions avec les services du Conseil général du Rhône en mars et mai 1995, que les marchés de prestations topographiques soient réservés aux géomètres-experts du département du Rhône.

Au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Montpellier

- d'être intervenu, en 1995, auprès de la direction départementale de l'équipement des Pyrénées orientales et de la SNCF pour que les marchés comprenant des prestations topographiques et des prestations foncières soient réservés exclusivement aux géomètres-experts.

Au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Marseille

- d'être intervenu, en 1996, auprès de la collectivité territoriale de Corse et du Conseil général de Haute-Corse pour que les marchés de prestations topographiques et foncières soient réservés aux géomètres-experts de Corse.

Au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Bordeaux

- d'être intervenu, en 1996, auprès de la Communauté urbaine de Bordeaux pour que les marchés de prestations topographiques et foncières soient réservés aux géomètres-experts du département de la Gironde.

Au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg

- d'avoir, en refusant en 1995 de désigner un maître de stage à M. Mérigaud, empêché un géomètre-expert extérieur aux départements de la Moselle, du Haut-Rhin et du Bas-Rhin d'avoir accès aux marchés de prestations topographiques et foncières de ces trois départements.

A la chambre syndicale des géomètres-experts de la Moselle

- d'être intervenue, en 1996, auprès du Conseil général pour que les marchés de prestations topographiques et foncières soient réservés aux géomètres-experts du département de la Moselle ;
- d'avoir mis en œuvre des pratiques destinées à définir des prestations minimum devant figurer dans les cahiers des charges, dans le but de limiter la concurrence par les prix.

A la chambre départementale des géomètres-experts du Haut-Rhin

- d'être intervenue, en 1996, auprès du Conseil général pour que les marchés de prestations topographiques et foncières soient réservés aux géomètres-experts du département du Haut-Rhin.

A la chambre syndicale des géomètres-experts de Seine-Maritime

- d'être intervenue, en 1996, auprès du Conseil général pour que les marchés de prestations topographiques et foncières soient réservés aux géomètres-experts du département de la Seine-Maritime.

A la chambre départementale des géomètres-experts du Nord

- d'être intervenue, en 1994, auprès du Conseil général pour que les marchés de prestations topographiques et foncières soient réservés aux géomètres-experts du département du Nord ;
- en 1998, auprès de la communauté urbaine de Dunkerque pour que les marchés comprenant des prestations topographiques et des prestations foncières soient réservés exclusivement aux géomètres-experts.

Au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Paris

- d'être intervenu, en 1996, auprès du Conseil général du Val d'Oise, en 1998 auprès de la direction de la voirie à Vitry-sur-Seine, en 1999 auprès de l'établissement public du campus de Jussieu, et en 1998 auprès de la direction départementale de l'équipement du Val d'Oise pour que les marchés comprenant des prestations topographiques et des prestations foncières soient réservés exclusivement aux géomètres-experts.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil

Considérant que, par lettre enregistrée le 16 septembre 1996, MM. Milleret et Rate ont déclaré retirer leur saisine ; qu'il y a lieu de leur en donner acte ;

Sur la procédure

En ce qui concerne le principe de l'impartialité

Considérant que le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts, les conseils régionaux et les chambres syndicales cités au point I de la présente décision exposent que le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres topographes sur l'ensemble du territoire national ; qu'ultérieurement, il a été saisi en application des dispositions de l'article L. 462-1 du code de commerce, par la chambre syndicale des géomètres topographes, d'une demande d'avis portant sur la restriction d'exercice de leur activité professionnelle dans le domaine des études topographiques et des documents cadastraux ; que si l'avis, rendu le 13 juin 2000, ne fait pas état de faits précis, il pose des principes qui préjugent nécessairement de la décision juridictionnelle à intervenir ;

Considérant que le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts invoque, à l'appui de son moyen, la jurisprudence de la cour européenne des droits de l'homme (CEDH) qui, dans l'affaire Piersack (CEDH-arrêt du 1^{er} octobre 1982), n'a pas admis qu'un juge, qui avait eu à examiner un dossier dans l'exercice de ses fonctions de magistrat du ministère public, puisse faire partie ultérieurement de la formation de jugement chargée d'apprécier le dossier ; que, dans l'affaire Procola (CEDH-arrêt du 28 septembre 1985), la CEDH a jugé que le comité du contentieux du Conseil d'État du Luxembourg ne remplissait pas les exigences d'impartialité requises, compte tenu du fait que quatre de ses membres s'étaient déjà prononcés sur la légalité d'un règlement examiné auparavant dans le cadre de sa mission consultative ; que dans son arrêt *Habib Bank Limited* (CE-20 octobre 2000), le Conseil d'État a considéré que la commission bancaire avait méconnu le principe d'impartialité en présentant pour établis les faits dont elle faisait état ; qu'enfin, dans son arrêt du 9 octobre 2001, la Cour de Cassation a cassé l'arrêt rendu le 20 octobre 1998 par la cour d'appel de Paris (Béton travaux) au motif que « *le Conseil de la concurrence s'était prononcé sur le caractère prohibé d'une partie des faits qui lui étaient dénoncés dans la procédure de mesures conservatoires, ce qui devait être déduit qu'il ne pouvait, dans une formation comportant des membres ayant statué dans cette procédure, statuer à nouveau au fond, sans manquer objectivement au principe d'impartialité...* » ; que, dans une espèce sensiblement identique mais où les facteurs étaient inversés, le Conseil n'a pas émis l'avis qui lui était demandé par l'association française des cinémas d'art et d'essais et par la société civile des auteurs, réalisateurs, producteurs, en raison de la décision qu'il avait prononcée au contentieux le 10 mai 2000 ;

Considérant que le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts soutient encore que la règle d'impartialité objective, selon la CEDH, fait obstacle à ce que l'instructeur du dossier exerce la fonction de rapporteur devant la formation de jugement ; qu'il fait valoir aussi qu'avant de statuer au fond, il appartient au Conseil de la concurrence de demander l'avis de la Cour de cassation sur le point de savoir si, après avoir émis un avis sur les problèmes soulevés par une organisation syndicale, il peut décider sur ces mêmes problèmes et si la personne chargée d'instruire le dossier et d'articuler les griefs peut rapporter devant la formation de jugement ;

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg et la chambre syndicale des géomètres-experts de la Moselle soutiennent que les griefs retenus contre eux posent la question de la procédure de l'agrément institué par l'arrêté du 20 mai 1950 ; que l'avis rendu par le Conseil de la concurrence le 13 juin 2000 se prononce sur l'application aux travaux cadastraux d'un système d'agrément accordé par l'administration fiscale ; que si, dans la présente procédure, il est reproché au conseil régional de Strasbourg d'appliquer à un géomètre extérieur à la circonscription, une procédure plus particulière d'agrément -car liée au système foncier et cadastral issu des lois locales- il s'agit bien d'examiner l'application aux travaux cadastraux d'un système d'agréments accordés par les services fiscaux ; qu'il y a donc bien identité des points sur lesquels le Conseil a donné son avis et ceux sur lesquels il est sollicité dans la présente procédure ; que le Conseil n'est donc plus en mesure de se prononcer sans violer les principes de l'article 6-1 de la convention européenne des droits de l'homme ;

Mais considérant, sur le premier moyen soulevé par le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts, que dans sa réponse à la demande formulée par la chambre syndicale des géomètres-topographes *«d'être éclairée sur l'interprétation des dispositions de la loi du 7 mai 1946 et du décret du 31 mai 1996, en ce qui concerne la détermination de l'étendue du monopole des géomètres-experts»*, le Conseil a rappelé, à titre liminaire, qu'il ne lui appartenait pas, lorsqu'il est saisi d'une demande d'avis sur la base de l'article L. 462-1 du code de commerce, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur économique est contraire aux dispositions des articles L. 420-1 et 420-2 du code de commerce ; qu'il a estimé, en revanche, qu'il y avait lieu de se prononcer sur *«les conséquences, sur le plan de la concurrence, du régime juridique applicable aux travaux topographiques et aux documents cadastraux»* ; que, d'ailleurs, ainsi qu'en convient le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts dans ses écritures, le Conseil de la concurrence n'a pas fait état, dans son avis, de faits précis ; qu'en séance, son représentant a admis que le Conseil ne s'était pas prononcé, dans l'avis qu'il avait rendu, sur les pratiques d'entreprises dont il est saisi dans la présente affaire mais qu'il a soutenu que le Conseil se serait prononcé sur des *«faits parallèles»* ; que le représentant du Conseil supérieur de l'Ordre des géomètres experts n'a pas été en mesure de préciser les qualifications auxquelles aurait procédé le Conseil de la concurrence dans son avis du 13 juin 2000 ; qu'enfin, la majorité des pratiques relevées dans la notification de griefs étant antérieures au décret du 31 mai 1996, le Conseil de la concurrence ne pourrait, en tout état de cause, se référer aux principes énoncés dans son avis précité pour analyser les faits qui lui sont soumis dans la présente procédure ; qu'au surplus, la formation

appelée, à se prononcer dans la présente affaire contentieuse, ne comporte aucun des membres du Conseil qui ont délibéré l'avis du 13 juin 2000 ;

Considérant que les circonstances qui ont conduit la CEDH et le Conseil d'État à conclure au manque d'impartialité de certaines juridictions sont absentes des procédures qui se sont déroulées devant le Conseil de la concurrence ; que, d'une part, les personnes qui ont siégé au cours de la séance par laquelle le Conseil a décidé de se saisir d'office n'ont pas siégé dans la formation qui va rendre la présente décision et, d'autre part, contrairement à la situation dénoncée dans l'affaire *Habib Bank Limited*, les griefs ont été formulés non par le Conseil mais sous la seule responsabilité de la rapporteure ;

Considérant, qu'en vertu de l'article L. 463-7, dernier alinéa du code de commerce, de l'article 18 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 et de l'article 14 du règlement intérieur du Conseil, il appartient au rapporteur de rédiger la notification de griefs et le rapport écrit ainsi que d'intervenir oralement en séance ; que si, en séance, l'avocat du conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts a fait usage à plusieurs reprises de l'expression «*conseiller rapporteur*» pour désigner la rapporteure, il est constant que cette dernière n'est pas membre du Conseil et ne participe pas au délibéré ; qu'ainsi, la rapporteure ne peut pas être regardée comme cumulant des fonctions d'instruction et de décision ;

Considérant, sur le moyen soulevé par le conseil régional de l'ordre des géomètres-experts de Strasbourg et la chambre syndicale des géomètres-experts de la Moselle, qu'en réponse à la demande de la chambre syndicale nationale des géomètres-topographes portant sur une instruction de l'administration fiscale fixant le système d'agrément des travaux cadastraux, le Conseil de la concurrence a énoncé une position économique sur l'effet possible d'un système d'agréments mis en place par l'administration fiscale ; que le grief établi à l'encontre du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg ne met pas en cause le système d'agrément défini par l'arrêté du 20 mai 1950, mais uniquement la façon dont le conseil régional a utilisé ce système d'agrément pour empêcher un géomètre-expert extérieur à la circonscription d'accéder aux marchés locaux ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que les moyens relatifs au non respect du principe d'impartialité dans la présente procédure doivent être écartés ;

En ce qui concerne le respect du principe du contradictoire

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg soutient que le principe du contradictoire n'a pas été respecté, le président du conseil régional n'ayant pas été entendu par la rapporteure avant la notification de griefs ;

Mais considérant qu'en application de l'article 45 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 450-1 du code de commerce, le président du conseil régional a été entendu par l'enquêteur qui a recueilli sa déclaration par procès-verbal du 30 janvier 1997 ; qu'en application de ce même article, les rapporteurs du Conseil de la concurrence peuvent procéder aux enquêtes nécessaires à l'application du livre IV dudit code ; qu'en

application de l'article 20 du décret du 29 décembre 1986, le rapporteur peut, s'il l'estime opportun, procéder à des auditions ; que ces dispositions n'imposent pas aux rapporteurs de procéder à des auditions ; qu'il leur appartient, au vu des pièces du dossier, d'apprécier la nécessité de convoquer les parties et de les entendre ; qu'en tout état de cause, les parties mises en cause ont pu, au cours de l'instruction, présenter des mémoires écrits et, en séance, s'exprimer oralement après le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement ;

En ce qui concerne l'administration de la preuve

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg, la chambre syndicale des géomètres-experts de la Moselle et la chambre départementale des géomètres-experts du Haut-Rhin soutiennent que les griefs qui leur ont été notifiés reposent sur la juxtaposition d'éléments hétéroclites et hétérogènes les uns par rapport aux autres ; qu'en usant ainsi du procédé d'amalgame, la notification de griefs viole le principe posé par l'article 6-3a de la convention européenne des droits de l'homme ;

Mais considérant que la preuve de pratiques anticoncurrentielles peut résulter soit de preuves se suffisant à elles-mêmes soit d'un faisceau d'indices constitué par le rapprochement de divers éléments recueillis en cours d'instruction qui peuvent être tirés d'un ou plusieurs documents ou déclarations et qui, pris isolément, peuvent ne pas avoir un caractère probant ;

92

En ce qui concerne la compétence du Conseil de la concurrence

Considérant que le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts soutient que la note relative aux conditions de dévolution des travaux topographiques à incidence foncière qu'il a diffusée en juillet 1995 citée au IB1a) de la présente décision- est une note administrative prise dans le cadre du pouvoir réglementaire de l'Ordre ; qu'elle se borne à rappeler les textes en vigueur et qu'en conséquence, l'appréciation de son contenu ne relève pas de la compétence du Conseil de la concurrence ;

Considérant qu'en vertu de l'article 17 de la loi du 7 mai 1946, le conseil supérieur représente l'Ordre auprès des pouvoirs publics ; qu'il est chargé d'assurer le respect par ses membres des lois et règlements qui régissent l'exercice de la profession de géomètre-expert ; qu'il veille ainsi à la discipline et au perfectionnement professionnel ; que toutefois, en diffusant à des tiers une note dans laquelle il indique, à partir de sa propre interprétation de la loi du 7 mai 1946, que des *«travaux topographiques réalisés dans le cadre d'études techniques préliminaires, de l'élaboration d'avant-projets d'infrastructures de voirie ou d'implantation de réseaux, (débranchant), assez fréquemment, sur des travaux qui affectent les limites de propriétés ... impliqueront obligatoirement l'intervention de géomètres-experts»*, alors que l'article 2 de ladite loi circonscrit le monopole des géomètres-experts inscrits à l'Ordre aux travaux de délimitation foncière définis à l'article 1^{er} (1^o), le conseil supérieur intervient dans une activité de services, au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce, sur laquelle les géomètres-experts se trouvent en situation de concurrence avec les géomètres-topo-

graphes et se livre à une pratique étrangère aux missions pour lesquelles il a été investi de prérogatives de puissance publique ; que, dès lors, le Conseil de la concurrence est compétent pour connaître desdites pratiques ;

En ce qui concerne le grief notifié à l'ordre des géomètres-experts de Bordeaux

Considérant, d'une part, que les éléments de l'enquête n'ont pas permis d'établir que les interventions de MM. Pédezert et Pétauud-Létang, contestant l'attribution du marché à commande passé en 1996 par la communauté urbaine de Bordeaux avec des géomètres-experts extérieurs à la COB, aient résulté d'une initiative de l'ordre des géomètres-experts de Bordeaux ; qu'au contraire, une note du 19 décembre 1996, adressée par le secrétaire général de la CUB au directeur du service «*Achats et marchés*», précise que l'intervention de MM. Pédezert et Pétauud-Létang constituerait une démarche personnelle ; que, dès lors, il n'est pas établi que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Bordeaux soit intervenu en 1996 auprès de la communauté urbaine de Bordeaux ;

En ce qui concerne le grief notifié au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Paris

Considérant, en premier lieu, qu'il n'est pas contesté que le lot n° 1 d'un marché portant sur la «*réalisation de prestations topographiques et d'infographie du campus de Jussieu*» prévoyait l'établissement de plans de divisions et de documents d'arpentage directement liés à la définition foncière des propriétés ; que l'EPA de Jussieu a d'ailleurs confirmé au président du conseil de l'Ordre que seules les propositions de géomètres-experts inscrits à l'Ordre seraient prises en considération, sans qu'il soit établi que cette attitude ait résulté d'une pression du conseil régional de l'Ordre de Paris ; que l'EPA de Jussieu ne fait, d'ailleurs, pas mystère de son désaccord avec l'interprétation du conseil de l'Ordre selon laquelle les géomètres-experts ne peuvent soumissionner en groupement solidaire comprenant des entreprises n'ayant pas la qualité de géomètres-experts ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'il n'est pas établi que ce serait à la suite de pressions du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Paris que la direction départementale de l'équipement (DDE) du Val d'Oise a exigé la compétence de géomètres diplômés par le Gouvernement pour l'exécution du marché concerné des opérations topographiques sur la RN 14 dont l'avis d'appel public à la concurrence a été publié le 14 avril 1998 au BOAMP ; qu'il résulte des déclarations de la DDE que ce n'est que postérieurement à la parution de cet avis que le conseil régional des géomètres-experts de Paris a contacté la DDE pour lui indiquer que le terme correct à utiliser était géomètre-expert et non «*géomètre DPLG*» ;

Considérant, en troisième lieu, que le fait que M. Meyer, président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts ait demandé, postérieurement à l'attribution du marché susmentionné, à la DDE de lui préciser le nom du mandataire du groupement attributaire du marché ne saurait constituer, en soi, l'indice d'une pratique anticoncurrentielle ;

Considérant, enfin, que le fait que le conseil de l'Ordre ait infligé une suspension de 3 mois à l'attributaire du marché susmentionné relève de l'exercice, par le conseil de l'Ordre, de la mission disciplinaire qui lui est attribuée par la loi ;

Considérant, au total, que les indices restant au dossier sont insuffisants pour établir que l'Ordre a participé à la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle ;

En ce qui concerne le grief adressé à la chambre départementale des géomètres-experts du Rhône

Considérant que les éléments figurant au dossier sont insuffisants pour établir que des pressions auraient été exercées par le président de la chambre syndicale du Rhône sur le Conseil général pour obtenir que les marchés de prestations topographiques soient réservés aux géomètres-experts du Rhône ;

En ce qui concerne la chambre syndicale des géomètres-experts de Seine-Maritime

Considérant que le président de la chambre syndicale des géomètres-experts de Seine-Maritime a fait part téléphoniquement de son étonnement quant au choix de la commission d'appel d'offres concernant le marché des travaux topographiques sur les routes départementales de l'arrondissement de Rouen d'avril 1996 aux motifs que M. Bunel était extérieur au département et qu'il pensait que l'intéressé n'était pas membre de l'Ordre des géomètres-experts ; que cet indice est à lui seul insuffisant pour établir que la démarche du président de la chambre syndicale avait un objet ou pouvait avoir un effet anticoncurrentiel ; que, d'ailleurs, l'attributaire choisi par la commission d'appel d'offres a été effectivement retenu ; qu'il n'est donc pas établi que la chambre syndicale se soit livrée à une pratique prohibée ;

En ce qui concerne la chambre départementale des géomètres-experts du Nord

Considérant que la lettre de la chambre départementale des géomètres-experts du Nord adressée au directeur de la voirie et des infrastructures du Conseil général du Nord le 24 novembre 1994, dans laquelle la chambre départementale se plaint de la réduction du nombre de lots, rappelle les articles 1 et 2 de la loi du 7 mai 1946 et souhaite «une répartition large de l'ensemble des travaux» ne saurait constituer à elle seule la preuve d'une entente qui serait prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant, en outre, qu'il n'est pas établi que la communauté urbaine de Dunkerque à l'occasion du lancement, en 1998, d'un appel d'offres ayant pour objet des «prestations confiées à des géomètres sur le territoire de la communauté urbaine. Marchés à bons de commande pour les années 98-99-2000» ait cédé à une pression de la chambre départementale ; que, si elle a réservé le lot n° 3 aux géomètres-experts, c'était, selon elle, parce que ce lot concernait l'établissement de documents administratifs de classement et de plans relatifs à des acquisitions foncières ;

Considérant, dès lors, qu'il n'est pas établi que la chambre départementale des géomètres-experts du Nord se soit livrée à une pratique prohibée ;

En ce qui concerne le grief notifié à la chambre syndicale des géomètres-experts de la Moselle

Considérant qu'il n'est pas établi que les lettres envoyées par le président de la chambre syndicale des géomètres-experts de la Moselle dénonçant ce qu'il considérerait comme des prix anormalement bas pratiqués par des confrères d'autres départements et rappelant les obligations spécifiques des géomètres-experts de la Moselle résultant du fait que, dans ce département, les documents cadastraux servent de «*conservatoire*» de la propriété foncière, aient eu un objet ou un effet anticoncurrentiel ; qu'il n'est donc pas établi que la chambre syndicale des géomètres-experts de la Moselle se soit livrée à une pratique prohibée ;

En ce qui concerne le grief notifié à la chambre syndicale des géomètres-experts du Haut-Rhin

Considérant que l'examen de la lettre en date du 22 février 1996 -citée au I-B-6-c de la présente décision- par laquelle la chambre syndicale des géomètres-experts du Haut-Rhin a fait part au Conseil général de ce département de ses remarques sur la place réservée au critère de prix dans le classement des soumissions en réponse à des appels d'offres, n'apporte pas la preuve que cette correspondance ait eu un objet ou un effet anticoncurrentiel ; qu'il n'est donc pas établi que la chambre départementale des géomètres-experts du Haut-Rhin se soit livrée à une pratique prohibée ;

En ce qui concerne les griefs notifiés au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts

Considérant que la note de juillet 1995 relative aux conditions de dévolution des travaux topographiques à incidence foncière -citée au I-B-1-a de la présente décision- a été transmise aux membres du conseil supérieur, aux membres du comité directeur et aux présidents des chambres départementales afin de leur fournir une argumentation pour effectuer des démarches auprès des élus et services publics responsables de l'élaboration des cahiers des charges et de l'examen des offres ;

Considérant que, par cette note, les destinataires ont été incités, plutôt que d'utiliser les voies de droit appropriées afin de faire respecter le monopole des géomètres-experts, à s'adresser directement aux donneurs d'ordre en amont, au moment de l'élaboration des cahiers des charges ou de l'examen des offres ;

Considérant que cette circulaire, émanant des instances ordinales et largement diffusée dans la profession, a pour objet d'inciter les maîtres d'ouvrage à réserver aux géomètres-experts le monopole des travaux topographiques, y compris ceux dépourvus d'incidence foncière ou qui ne déboucheront pas sur des travaux affectant la limite des propriétés ;

Considérant que les pressions, exercées par les géomètres-experts afin d'être les seuls admis à soumissionner ou les seuls à être retenus dans le cas de

travaux mixtes et d'être ainsi protégés de la concurrence des topographes, avaient d'autant plus de poids auprès des maîtres d'ouvrage que ces professionnels disposent, par ailleurs, d'un monopole légal sur *«les études et travaux topographiques qui fixent les limites des biens fonciers»* ; qu'ainsi, les collectivités qui dépendent d'eux pour les opérations impliquant un transfert de propriété ou une modification du statut des biens fonciers, ne pouvaient ignorer les sollicitations ou les menaces de contentieux émanant de leurs organes collectifs ;

Considérant, d'ailleurs, qu'en plusieurs occasions, l'utilisation de cet argumentaire élaboré par le conseil supérieur de l'Ordre a permis d'écarter les candidatures ou les offres de topographes pour des travaux ou des lots qu'ils auraient été à même de réaliser ;

Considérant, en outre, que le conseil supérieur de l'Ordre a lui-même utilisé son argumentaire pour avertir -avant l'ouverture des plis- la communauté urbaine de Bordeaux, qui avait lancé en 1999 un marché de prestations foncières, topographiques et géomatiques, que ce marché ne pouvait être attribué qu'à un géomètre-expert inscrit au conseil de l'Ordre dès lors que l'ensemble des prestations demandées, dont certaines relevaient du monopole des géomètres-experts, était qualifié d'indissociable dans le RPAO ;

Considérant que l'élaboration et la diffusion de la note de juillet 1995, par une organisation réunissant des entreprises concurrentes sur le même marché, avait pour objet et a eu pour effet de limiter la concurrence entre géomètres-experts et géomètres-topographes, là où elle pouvait s'exprimer ; que cette pratique concertée est ainsi contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

En ce qui concerne les griefs notifiés au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon

Considérant que, le 22 mai 1996, le président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon a, à la suite d'un avis d'appel à la concurrence pour des travaux topographiques lancé par le Conseil général de l'Ardèche et pour lequel il n'était pas précisé que les candidats devaient être géomètres-experts, adressé une lettre à la direction des routes du Conseil général, dans laquelle, d'une part, il prétendait, *«qu'il n'est pas possible de confier un marché de travaux de prestations topographiques qui aurait, tôt ou tard, une destination foncière à des non géomètres-experts»* et, d'autre part, invitait le maître d'ouvrage à *«écarter de la consultation toutes les personnes ou les sociétés qui ne seraient pas géomètres-experts inscrits au tableau de l'Ordre»* ; que cette lettre était accompagnée de la note du conseil supérieur de l'Ordre de juillet 1995 ; que, postérieurement à l'envoi de cette correspondance, la commission chargée de l'ouverture des candidatures a ajouté à la liste l'entreprise du président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon, lequel possède un cabinet secondaire dans l'Ardèche ; que le président du conseil régional a été attributaire d'un lot ;

Considérant qu'en mai 1996, une lettre du même type que celle mentionnée ci-dessus a été adressée à la Société d'Équipement du département de

la Loire (SEDL) qui attribue chaque année entre 0,5 et 1 MF de travaux sous forme de lettres de commandes ; que cette correspondance demandait explicitement à la SEDL *«de bien vouloir écarter de toute consultation toutes les personnes ou sociétés qui ne seraient pas géomètres-experts inscrits au tableau de l'Ordre»* ; que cette lettre, dont l'envoi faisait suite à l'appel téléphonique d'un cabinet de géomètre-expert appelant l'attention de la SEDL sur les *«problèmes que peut générer l'intervention d'un topographe»* sur une opération, était accompagnée de la note du conseil supérieur susmentionnée ; que le directeur de la SDEL a déclaré : *«Nous n'avons pas tenu compte des injonctions très mal venues orales ou écrites des géomètres-experts»* ;

Considérant que le président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon a écrit, dans les mêmes termes le 22 mai 1996, au service des marchés de la communauté urbaine de Lyon pour lui demander *«d'écarter de toute consultation toutes les personnes ou les sociétés qui ne seraient pas géomètres-experts inscrits au tableau de l'Ordre»* en alléguant qu'il n'était pas possible de confier un marché de travaux topographiques qui aurait, tôt ou tard, une destination foncière à des non géomètres-experts ; qu'à cette lettre était jointe la note du conseil supérieur de l'Ordre ; que si des sociétés de topographie en groupement avec des géomètres-experts ont déposé leur candidature lors de l'appel d'offres de 1996, elles n'ont pas été retenues ;

Considérant qu'en décembre 1997, le Conseil général de la Loire a lancé un avis d'appel public à la concurrence pour des travaux topographiques à réaliser sur le réseau routier départemental ; que l'avis d'insertion de l'appel d'offres indiquait notamment l'exigence de la *«qualification DPLG en rapport avec toutes les affaires foncières»*, mais que cela n'excluait pas dans l'esprit du maître d'ouvrage la possibilité de groupement avec des topographes ; que, d'ailleurs, un groupement géomètre-expert/topographe a été attributaire d'un lot ; que l'appel d'offres ayant été déclaré infructueux sur deux lots, la possibilité d'un groupement géomètre-expert/topographe a été expressément prévue lors de la consultation sur ces lots ; que M. Seytre, géomètre-expert à Saint-Etienne et vice-président du conseil régional de l'Ordre de Lyon, a contesté la régularité de l'appel d'offres en soutenant que *«les travaux, objets de la consultation concernant, entre autres, des travaux de nature foncière, le groupement d'un géomètre-expert et d'un topographe n'est donc pas possible»*, alors même qu'il est constant que les deux tiers des travaux topographiques, objet du marché, étaient hors du champ d'application de l'article 1^{er} (1^o) de la loi du 7 mai 1946 et de l'article 50 du décret du 31 mai 1996, ce que ne pouvait ignorer l'auteur de cette correspondance, puisqu'il avait répondu à l'appel d'offres ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'en 1995 et 1996, le conseil régional de l'Ordre de Lyon a conduit une politique systématique d'intimidation des maîtres d'ouvrage qui envisageaient d'admettre des offres dans lesquelles des topographes pouvaient réaliser, seuls ou en groupement avec un géomètre-expert, des travaux topographiques sans incidence foncière ; que le conseil régional de l'Ordre a soutenu à tort qu'il n'était pas possible de faire appel à des non géomètres-experts pour des travaux topographiques qui, tôt ou tard, auraient une destination foncière ;

que de même, le conseil régional a prétendu que, dès lors qu'il y avait des travaux relevant de l'article 1^{er} (1°) de la loi de 1946, il n'était pas possible d'admettre la candidature d'un groupement, alors qu'il est constant que les deux tiers des travaux en cause étaient hors monopole ; qu'enfin, le conseil régional de l'Ordre a demandé systématiquement aux maîtres d'ouvrage d'écarter des consultations toutes les personnes ou sociétés qui ne seraient pas géomètres-experts, demande dépourvue de tout fondement juridique dès lors qu'il appartenait au conseil de l'Ordre, s'il estimait que des travaux avaient été attribués à tort à des personnes n'ayant pas la qualité de géomètres-experts, de saisir les instances compétentes pour faire respecter le monopole légal ; que ces interventions, loin de constituer une simple information, étaient de nature à tromper les maîtres d'ouvrage sur leur capacité à mettre différents professionnels en concurrence ; que les demandes d'exclusion générale des topographes émanant du conseil d'un Ordre qui dispose d'un monopole légal, étaient perçues par certains destinataires comme des «*injonctions*» et pouvaient avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence ; que, dans un cas au moins, l'intervention du conseil régional de l'Ordre de Lyon a été suivie du rajout de l'entreprise du président de ce conseil dans la liste des entreprises admises à soumissionner et de l'attribution d'un lot à celui-ci dont l'offre est apparue comme la moins-disante ; qu'ainsi, les pratiques et pressions du conseil régional de l'Ordre de Lyon constituent des pratiques prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

En ce qui concerne les griefs notifiés au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Montpellier

Considérant que la direction départementale de l'équipement (DDE) des Pyrénées Orientales a, en 1995, lancé un appel d'offres ouvert concernant le marché de travaux topographiques pour la RN 116 ; que ce marché, qui comportait des travaux relevant du monopole des géomètres-experts et des travaux n'en relevant pas (contrôles altimétriques et vérifications de volume), a été confié à un géomètre-expert associé à un cabinet de topographie ; que, par lettre en date du 18 juillet 1995 sous l'intitulé «*co-traitance/infraction à la loi du 7 mai 1946*», le président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Montpellier a soutenu que, si un géomètre-expert a répondu à une consultation «*concernant des travaux de piquetage d'emprise, de délimitation et calculs de cubature en co-traitance avec une personne non membre de l'Ordre des géomètres-experts*», il est en contradiction avec l'article 5 paragraphe 9 du code des devoirs professionnels, lequel interdit la co-traitance pour les travaux définis par l'article 1^{er} de la loi de 1946, et peut être l'objet de poursuites disciplinaires ; que la DDE a fait savoir, en réponse, que les travaux relevant de l'article 1^{er} devaient être exécutés par un géomètre-expert, les autres travaux, clairement identifiés pouvant être traités soit par un géomètre-expert soit par un topographe ; que, le président du conseil régional a répliqué, par lettre du 21 septembre 1995, en affirmant que la loi du 7 mai 1946, modifiée par la loi du 28 juin 1994, de même que les règlements de la profession, exigent «*d'une part, un appel d'offres spécifique aux travaux topographiques à incidence foncière... qui doit être adressé exclusivement à des géomètres-experts inscrits à l'Ordre, et, d'autre part, un appel d'offres concernant des travaux*

topographiques non réglementés et dont les adjudicataires peuvent être géomètres ou non ; que la DDE a opposé une fin de non recevoir à cette argumentation et que le marché n'a pas été attaqué ;

Considérant, en outre, que le président du conseil régional de l'Ordre de Montpellier a écrit, le 5 janvier 1995, à la Direction de la Ligne Nouvelle TGV Méditerranée ; que dans cette lettre, le président indiquait : *«Je viens d'apprendre que vous auriez attribué trois des quatre lots composant l'appel d'offres topographique avec constitution de plans au 1/1000 et 1/100 du futur tracé du TGV Méditerranée à des sociétés non inscrites à l'Ordre des géomètres-experts. Vous comprenez que, devant faire respecter la loi dans la circonscription du ressort du conseil régional, je ne saurais admettre qu'une société telle que la SNCF bafoue ainsi les textes législatifs qui nous régissent. Je vous demande donc de faire suspendre immédiatement toute confection de plans topographiques à incidence foncière qui ne seraient pas directement réalisés par un géomètre-expert ou une société de géomètres-experts inscrits à l'Ordre* » ; qu'en réponse, la SNCF a souligné que *«ces plans sont utilisés pour les études d'avant-projet détaillé, études hydrauliques, études de rétablissements routiers et, en conséquence, ne sont pas des plans à incidence foncière* » ; que le président du conseil régional de l'Ordre de Montpellier réplique par lettre du 3 mars 1995, ainsi rédigée : *«Nous restons très sceptiques sur votre affirmation car l'étude de n'importe quel projet sur des propriétés privées entraîne obligatoirement à un moment donné une modification parcellaire et a donc une incidence foncière* » ; que le récipiendaire de cette lettre a réagi en inscrivant une mention manuscrite dans la marge *«quels intérêts cachent une telle hargne* » ; que le responsable de la division topographie de la SNCF a déclaré, le 13 septembre 1996 : *«Il faut signaler que l'Ordre des géomètres-experts a clairement manifesté auprès de la SNCF sa volonté de voir réserver ce type de travaux (avant-projets détaillés au 1/1000) à ses propres membres, en exigeant que les plans topographiques préalables à une délimitation foncière devront obligatoirement être dressés par des géomètres-experts, pour pouvoir réaliser des bornages* » ; qu'il a ajouté que, *«face à ces recommandations de l'Ordre des géomètres-experts, et afin d'éviter que nous soyons obligés de recommencer les plans pouvant servir au bornage des emprises, nous réservons désormais l'établissement des plans au 1/1000 à des cabinets de géomètres-experts inscrits à l'Ordre* » ; et qu'il *«est à noter que de nombreux cabinets de géomètres-experts ont répondu à cet avis de consultation de mai 1996, en envisageant la sous-traitance de la photogrammétrie à des photogrammètres non inscrits à l'Ordre des géomètres-experts* » ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le président du conseil régional de l'Ordre de Montpellier a exercé des pressions tant sur la DDE des Pyrénées Orientales que sur la SNCF, en insinuant que des marchés auraient été passés dans des conditions illégales au seul motif qu'une partie des travaux était couverte par l'article 1^{er} de la loi de 1946 ; que, dans un deuxième temps, et sans aucune justification, le président, afin de décourager la DDE, a prétendu que des appels d'offres séparés devaient être passés pour les travaux relevant du monopole et ceux n'en relevant pas ; que, par lettre comminatoire envoyée à la SNCF, le président a accusé, sans aucun fondement la Direction de la Ligne Nouvelle de bafouer la loi et lui a enjoint de faire suspendre la confection des

plans topographiques sans incidence foncière par des topographes, tout en soutenant, dans un courrier ultérieur, que *«l'étude de n'importe quel projet sur des propriétés privées entraîne obligatoirement une modification parcellaire et a donc une incidence foncière»* ; que les pressions ainsi exercées ont conduit la SNCF à confier à des géomètres-experts l'établissement des plans au 1/1000, alors même que de nombreux cabinets de géomètres-experts envisageait la sous-traitance de la photogrammétrie à des photogrammètres non inscrits à l'Ordre ; que, venant d'une profession détentrice d'un monopole légal, les menaces exercées par le conseil régional de l'Ordre de Montpellier ont eu pour objet et ont pu avoir pour effet de limiter la concurrence entre les géomètres-experts et les topographes et de tromper les maîtres d'ouvrage sur le champ ouvert à la concurrence entre ces deux professions ; que ces pratiques, mises en œuvre par le représentant d'un organe auquel participent plusieurs géomètres-experts, sont contraires aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

En ce qui concerne les griefs notifiés au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Marseille

Considérant que, par lettre en date du 3 juin 1996 adressée au directeur des Routes, le président du conseil régional de Marseille a contesté la régularité de l'offre de M. Mérigaud, géomètre-expert de Corrèze, lequel s'était vu attribuer trois lots d'un marché de travaux topographiques par levés terrestres pour la Haute Corse en 1996 ; qu'il était soutenu dans cette lettre que M. Mérigaud ne pouvait ouvrir un bureau secondaire en Corse sans se mettre en contradiction avec le règlement intérieur de l'Ordre et qu'il ne pouvait recevoir un agrément pour ouvrir un bureau de chantier ; qu'il était encore affirmé qu' *«un marché de cette importance peut difficilement être attribué à un cabinet installé hors de l'île, pour une simple question de qualité du service rendu. Mes confrères de Corse sont des géomètres-experts compétents, capables de gérer de tels marchés en y apportant la meilleure qualité, comme ils l'ont toujours fait dans des situations similaires»* ; qu'à la suite de cette intervention, la commission d'appel d'offres a réattribué les lots antérieurement dévolus à M. Mérigaud à trois entreprises locales dont les prix étaient de 93 % à 100 % plus élevés que ceux auxquels M. Mérigaud avait soumissionné ;

Considérant qu'il n'appartient pas à un conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de recommander à un maître d'ouvrage certains professionnels au détriment de professionnels exerçant dans d'autres départements dès lors que ces derniers se conforment aux prescriptions légales régissant la profession ; que l'article 22 de la loi du 7 mai 1946 prévoit que *«l'inscription au tableau de l'Ordre dans une circonscription donne le droit d'exercer la profession sur l'ensemble du territoire. Dans le cas où un géomètre-expert membre d'un conseil régional de l'Ordre désire exercer, de façon habituelle, dans une circonscription autre que celle dans laquelle il est inscrit, il doit en aviser au préalable le conseil régional de l'Ordre de cette circonscription»* ; que la démarche du conseil régional avait pour objet, en jetant par avance le discrédit sur tous les travaux qui pourraient être réalisés par des géomètres-experts d'autres départements, d'éviter que ne s'instaure une concurrence entre les géomètres-experts du département de

la Corse et ceux d'autres départements, alors même qu'il est constant et non contesté qu'une telle concurrence est possible dans le cadre de la loi de 1946 ; que ces pressions, émanant d'une profession détentrice d'un monopole légal, ont eu pour effet d'inciter le maître d'ouvrage à réattribuer les lots antérieurement dévolus à M. Mérigaud à d'autres géomètres-experts et de doubler le coût du marché ; que ces pratiques, qui avaient pour objet et ont eu pour effet de restreindre le jeu de la concurrence entre les géomètres-experts sur le marché de la Corse, sont prohibées par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

En ce qui concerne les griefs notifiés au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg

Considérant que, souhaitant obtenir un agrément spécifique pour les départements du Haut-Rhin, du Bas-Rhin et de la Moselle à la suite de l'abrogation de l'article 30 de la loi du 7 mai 1946, M. Mérigaud a fait une demande à la direction des services fiscaux de la Moselle, début 1995 ; que la direction des services fiscaux a demandé au président du conseil régional de désigner un maître de stage, formalité nécessaire pour que M. Mérigaud puisse obtenir des services fiscaux l'agrément lui permettant de soumissionner à des appels d'offres dans ces départements ;

Considérant que, dans une lettre intitulée *«agrément provisoire pour l'exécution des travaux cadastraux en Alsace-Moselle»*, le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg a écrit à la direction des services fiscaux de la Moselle : *«Vous avez bien voulu me demander de désigner un maître de stage chargé éventuellement de suivre les travaux cadastraux que réaliserait M. Claude Mérigaud en Alsace-Moselle. Après examen de cette demande par le conseil régional dans sa séance du 30 mai 1995, je porte à votre connaissance que le conseil régional a émis un avis défavorable, car M. Mérigaud ne satisfait pas aux exigences de l'arrêté du 20 mai 1950, article 2, paragraphe 1, relatif à l'agrément des géomètres privés pour l'exécution des travaux cadastraux dans les départements du Bas-rhin, du Haut-Rhin et de la Moselle»* ;

Considérant que le représentant du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg a admis, en séance, que l'avis rendu à la direction des services fiscaux sur la demande d'agrément n'avait aucune base juridique car aucun texte ne prévoit que le conseil régional de l'Ordre puisse émettre un avis de cette nature ; qu'en laissant croire que la lettre du directeur des services fiscaux lui demandait un avis sur l'agrément provisoire de M. Mérigaud, lequel ne pouvait être que défavorable puisque M. Mérigaud n'avait pas de maître de stage, alors que cette lettre demandait simplement la désignation d'un maître de stage, formalité indispensable pour que M. Mérigaud puisse recevoir un agrément, le président du conseil régional et le conseil régional se sont livrés à une manœuvre collective ayant pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché ;

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg soutient que l'avis défavorable qu'il a émis sur la demande de M. Mérigaud est une mesure individuelle qui n'a eu ni pour objet, ni pour effet, d'entraver la concurrence entre les membres de la profession de géo-

mètre-expert, la démonstration en étant apportée par la constatation que des géomètres-experts extérieurs à la circonscription ont obtenu des agréments ; que toutefois, il est constant que n'ayant pu obtenir l'agrément nécessaire, M. Mérigaud s'est trouvé dans l'impossibilité de participer aux appels d'offres lancés par le Conseil général de la Moselle, le Conseil général du Haut-Rhin et par la communauté urbaine de Strasbourg ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le conseil régional de l'Ordre de Strasbourg en émettant, sans base légale, un avis défavorable à la demande de désignation d'un maître de stage par M. Mérigaud, a empêché la direction des services fiscaux de la Moselle de délivrer l'agrément nécessaire à l'exécution des travaux cadastraux en Alsace-Moselle ; que M. Mérigaud s'est ainsi trouvé dans l'incapacité de soumissionner à certains appels d'offres passés par le Conseil général de la Moselle, le Conseil général du Haut-Rhin et par la communauté urbaine de Strasbourg ; que ces pratiques, qui ont eu pour objet et pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur les marchés comportant des travaux cadastraux passés par ces collectivités territoriales, sont prohibées par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Sur les sanctions

Considérant que les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-4 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; que, par suite, les dispositions introduites par cette loi dans l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles prévoient des sanctions plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, 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 chaque 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»* (1 524 490 euros).

Considérant que, pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de préciser que dans le chiffre d'affaires de la profession évalué à 3,6 milliards de francs en 1998, la part de la commande publique est estimée à 42 % ; que chacune des activités de topographie et de foncier représente approximativement 27 % de l'activité globale, soit chacune 972 millions de francs ; que, dans les marchés de travaux topographiques et fonciers qui ont été examinés dans le présent dossier, la part des prestations relevant du monopole représente de 10 % à 30 % du montant total du marché ; qu'en conséquence, c'est la partie la plus importante des marchés en cause qui a été soustraite indûment du bénéfice de la concurrence ;

Considérant que les pratiques de l'Ordre des géomètres-experts analysées ci-dessus présentent un caractère de gravité tenant à l'autorité morale qui s'attache à cet ordre ; qu'en effet, cette autorité morale a été utilisée par le conseil supérieur, relayé par les conseils régionaux de Lyon, de Montpellier, de Marseille et de Strasbourg pour justifier des restrictions à l'accès au marché visant les géomètres-topographes ainsi que des pratiques de répartition de marché au bénéfice des géomètres-experts locaux ; qu'enfin, les pratiques en cause ont trompé l'acheteur public sur la réalité de l'étendue du monopole et, ainsi, sur la possibilité qu'il avait de faire jouer la concurrence entre différents professionnels ;

En ce qui concerne le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts

Considérant que le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts a joué un rôle d'animateur en élaborant et en diffusant au plan national un argumentaire destiné à convaincre les collectivités territoriales et les administrations de réserver les marchés comprenant des prestations topographiques et/ou des prestations foncières exclusivement aux géomètres-experts ; qu'il est lui-même intervenu directement auprès de la communauté urbaine de Bordeaux à l'invitation des géomètres-experts de la Gironde, pour demander que l'ensemble d'un marché comportant, sur trois lots, deux lots de prestations purement topographiques soit réservé aux géomètres-experts ;

Considérant que, pour l'année 2000, le nombre d'adhérents s'est élevé à 1 935 et le montant des ressources à 1 689 011 euros (11 079 188 francs) ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger au Conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts une sanction pécuniaire de 150 000 euros ; que, pour remédier à l'action de désinformation qui a été menée auprès des maîtres d'ouvrage, il convient d'ordonner la publication, aux frais de cet organisme, de la partie II de la présente décision, ainsi que de son dispositif, dans la revue *Le Moniteur des travaux publics* ;

En ce qui concerne le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon est intervenu dans le déroulement des procédures de passation des marchés passés par le Conseil général de l'Ardèche, la Société d'Equipement du département de la Loire, la communauté urbaine de Lyon et le Conseil général de la Loire afin que les topographes soient évincés systématiquement des marchés de topographie ; que la pratique, mise en œuvre à l'occasion de la passation du marché de travaux topographiques du Conseil général de l'Ardèche, présente un caractère de gravité particulier dans la mesure où elle a profité directement au président du conseil régional de l'Ordre ;

Considérant que pour l'année 2000, le nombre d'adhérents s'est élevé à 240 et le montant des ressources à 129 621 euros (850 264 francs) ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger une sanction pécuniaire de 100 000 euros ;

En ce qui concerne le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Montpellier

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Montpellier a contraint la SNCF à ne plus faire appel directement à des spécialistes de photogrammétrie non inscrits à l'Ordre, alors que des cabinets de géomètres-experts consultés, ne disposant pas des compétences requises, ont fait eux-mêmes appel à des spécialistes non inscrits à l'Ordre par l'intermédiaire de la sous-traitance ; que le montant des travaux réalisés en 1994 sur la ligne TGV Méditerranée s'est élevé globalement à 969 000 francs hors taxes ;

Considérant que, pour l'année 2000, le nombre d'adhérents s'est élevé à 207 et le montant des ressources à 74 497 euros (501 793 francs) ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger une sanction pécuniaire de 50 000 euros ;

En ce qui concerne le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Marseille

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Marseille a convaincu la collectivité territoriale de Corse de modifier sa décision d'attribution du marché au profit de géomètres-experts corses ; que le dommage pour la collectivité territoriale s'est élevé à 780 000 francs, ce qui correspond à un doublement du prix du marché ;

Considérant que pour l'année 2000, le nombre d'adhérents s'est élevé à 174 et le montant des ressources à 96 964 euros (636 048 francs) ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger une sanction pécuniaire de 75 000 euros ;

En ce qui concerne le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg

Considérant que le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg a évincé un géomètre-expert extérieur à sa circonscription en refusant, sans base légale de désigner un maître de stage alors que les services fiscaux qui donnent l'agrément demandaient précisément cette désignation afin de pouvoir délivrer un agrément transitoire à ce géomètre expert, étape préalable à l'obtention de l'agrément nécessaire pour effectuer les travaux cadastraux en Alsace-Moselle ; qu'il ne pouvait ignorer que cette absence d'agrément interdisait au demandeur de présenter sa candidature aux appels d'offres lancés par les maîtres d'ouvrage des départements de la Moselle, du Haut-Rhin et du Bas-Rhin, alors que sa capacité professionnelle n'était pas en cause ;

Considérant que, pour l'année 2000, le montant des ressources de cet ordre régional s'est élevé à 42 796 euros (280 724 francs) ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger une sanction pécuniaire de 60 000 euros ;

Sur l'application des dispositions du second alinéa de l'article L. 462-6 du code de commerce

Considérant qu'aux termes du second alinéa de l'article L. 462-6 du code de commerce : *«Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 462-6, il (le Conseil) adresse le dossier au procureur de la République. Cette transmission interrompt la prescription de l'action publique»* ; que l'article L. 420-6 du code de commerce dispose : *«Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 500 000 F le fait, pour toute personne physique, de prendre frauduleusement une part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2»* ;

Considérant qu'il ressort des faits soumis à l'appréciation du Conseil que le président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon a pris une part personnelle et déterminante dans le changement intervenu dans la procédure de passation du marché de travaux topographiques et fonciers sur le réseau routier départemental lancé en 1995 par le Conseil général de l'Ardèche ; que l'attribution d'un des lots dont il a bénéficié est directement liée à la manœuvre destinée à tromper le maître d'ouvrage sur l'étendue réelle du monopole ; que les faits paraissant de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, il y a lieu de transmettre le dossier au procureur de la République compétent ;

Considérant qu'il ressort des faits soumis à l'appréciation du Conseil que le président du conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Marseille a pris une part personnelle et déterminante dans le changement d'attributaire du marché passé en 1996 par la collectivité territoriale de Corse pour la réalisation de travaux topographiques par levés terrestres pour la Haute-Corse ; que ce changement d'attribution est directement lié à la manœuvre destinée à tromper la collectivité territoriale en jetant par avance le discrédit sur des travaux qui pourraient être réalisés par des géomètres-experts extérieurs à la Corse et en motivant son intervention par des motifs fallacieux portant sur les conditions d'exercice de la profession de géomètre-expert ; que les faits paraissant de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, il y a lieu de transmettre le dossier au procureur de la République compétent ;

Décide

Article 1^{er} - Il est établi que le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts, le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon, le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Montpellier, le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Marseille et le conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Article 2 - Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- 150 000 euros au conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts ;
- 100 000 euros au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Lyon ;
- 50 000 euros au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Montpellier ;

- 75 000 euros au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Marseille ;
- 60 000 euros au conseil régional de l'Ordre des géomètres-experts de Strasbourg.

Article 3 - Dans un délai de trois mois à compter de la notification de la présente décision, le conseil supérieur de l'Ordre des géomètres-experts fera publier, à ses frais, la partie II de la présente décision et le dispositif de celle-ci dans la revue *Le Moniteur des travaux publics*. Cette décision sera précédée de la mention : «*Décision n° 02-D-14 du 28 février 2002 du Conseil de la concurrence, relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes*».

Article 4 - Le dossier relatif au marché de travaux topographiques et fonciers sur le réseau routier départemental, lancé en 1995 par le Conseil général de l'Ardèche, sera transmis au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Privas.

Article 5 - Le dossier relatif au marché de travaux topographiques par levés terrestres pour la Haute-Corse, passé en 1996 par la collectivité territoriale de Corse, sera transmis au procureur de la République près le tribunal de grande instance de Bastia.

Délibéré, sur le rapport de Mme Mathonnière, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, Mme Boutard-Labarde, MM. Bargue, Gauron et Robin, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président, présidant la séance
Frédéric Jenny

02-D-15

Décision n° 02-D-15 du 1^{er} mars 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la manutention des vracs solides au port autonome du Havre

Le Conseil de la concurrence (section III A)

Vu la lettre enregistrée le 22 janvier 2001 sous le numéro F 1288 par laquelle la société Sogema a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées dans le secteur de la manutention des vracs solides au port autonome du Havre ;

Vu la lettre enregistrée le 7 novembre 2001 sous le numéro M 292 par laquelle la société Sogema a saisi le Conseil des mêmes pratiques et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Sogema, CIPHA, SHGT et Havre manutention, par le port autonome du Havre et par le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les sociétés Sogema, CIPHA, SHGT, Havre manutention et le port autonome du Havre entendus au cours de la séance du 22 janvier 2002 ;

Vu les autres pièces du dossier,

Considérant que le déchargement des navires transportant du charbon ou d'autres marchandises en vrac au port autonome du Havre implique plusieurs opérations et plusieurs intervenants ; que la première opération est la manutention de la marchandise qui permet le déchargement du navire ; que cette opération est réalisée par des entreprises manutentionnaires qui utilisent à cet effet, des outillages publics, tels que des grues, installées par le port autonome sur ses quais ; que l'utilisation de ces outillages publics suppose le paiement au port d'un certain nombre de redevances et taxes ;

Considérant que la seconde opération consiste à entreposer la marchandise dans un terminal doté de surfaces de stockage ; que le port autonome du Havre comporte deux terminaux, le MTV et le MC 6, pourvus de telles installations ; que l'installation dont est doté le MTV a fait l'objet d'une concession entre le port autonome du Havre et la société CIPHA, concession au titre de laquelle la société CIPHA est, notamment, autorisée à occuper le domaine public ; que l'installation dont est doté le terminal MC 6 appartient au port autonome mais qu'il en a confié la gestion à la société Capcol, qui y entrepose du charbon pour le compte d'EDF ;

Considérant que la convention conclue entre la société Capcol et le port autonome précise le niveau de la redevance et des taxes dues à ce dernier

pour l'utilisation des outillages publics de déchargement ; qu'aux termes de cette convention, les redevances sont directement payées au port autonome par le manutentionnaire choisi par la société Capcol, en l'espèce la société Sogema ;

Considérant qu'il résulte de l'instruction que le manutentionnaire choisi par la société CIPHA, lorsque celle-ci utilise les outillages publics de déchargement installés sur le terminal MTV, bénéficie également d'un tarif préférentiel pour l'utilisation de ces outillages ; que le manutentionnaire est la société Havre manutention, filiale à 100 % de la société SHGT, elle-même actionnaire à 38,75 % de la société CIPHA ;

Considérant que lorsque l'outillage public de déchargement du terminal MTV est utilisé par un manutentionnaire autre que la société Havre manutention, le port autonome exige de ce manutentionnaire le paiement de redevances dont le montant est sensiblement plus élevé que dans les deux cas précédents ;

1. - Sur la saisine au fond

Considérant que la société Sogema, qui a cherché à réaliser des opérations de manutention sur le terminal MTV, notamment dans le but de décharger du charbon destiné à EDF lorsque cette opération n'est pas possible sur le terminal MC 6, soutient en avoir été empêchée par les pratiques suivantes :

- le port autonome du Havre lui aurait refusé l'autorisation d'occuper une parcelle du domaine public portuaire à proximité de MTV, parcelle qui aurait été nécessaire au stockage du charbon ;
- le port autonome du Havre lui ferait payer, pour l'utilisation des outillages publics du MTV des redevances plus élevées que celles consenties à la société CIPHA ou à son manutentionnaire ;
- la société CIPHA ne lui autoriserait l'usage de son installation de stockage que pour autant que le manutentionnaire serait la société Havre manutention ;

2. - Sur la compétence du Conseil de la concurrence

Considérant qu'en vertu de l'arrêt du Tribunal des conflits du 18 octobre 1999 ADP, les décisions par lesquelles les personnes publiques exercent la mission de service public qui leur incombe au moyen de prérogatives de puissance publique, même lorsque ces décisions constituent des actes de production, de distribution ou de service au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce, ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence ; qu'il en est de même des pratiques qui sont indissociables de ces décisions ;

Considérant que dans un arrêt du 16 mai 2000 SEMMARIS, la Cour de cassation a jugé *«qu'ayant rappelé par des motifs non contestés que la SEMMARIS s'est vu confier la gestion du MIN de Paris - Rungis sur un domaine public qui lui a été concédé et qu'elle se trouve investie des pouvoirs d'administration et des prérogatives de puissance publique que lui confère son règlement intérieur pris conformément aux dispositions du décret n° 68-659 du 10 juillet 1968*

portant organisation générale des marchés d'intérêt national et constaté que la contestation élevée par la NVSA devant le Conseil de la concurrence portait sur la décision de la SEMMARIS de soumettre l'exploitation de distributeurs automatiques dans le périmètre du marché à une convention d'installation et au paiement d'une redevance, la cour d'appel qui retient que cette décision constitue un acte de gestion du domaine public a par suite fait une exacte application de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 en décidant qu'un tel acte, dont l'appréciation de la légalité relève du juge administratif n'entraîne pas dans le champ de compétence du Conseil de la concurrence, que le moyen... est inopérant en ses deux premières branches lesquelles tendent à faire trancher par l'autorité judiciaire un litige relevant des juridictions administratives» ;

Considérant que, dans sa décision n° 00-D-41 en date du 20 septembre 2000 relative à une saisine de la société Au Lys de France, le Conseil de la concurrence a retenu que «la fixation du niveau des redevances afférentes à l'occupation du domaine public fait partie des actes de gestion du domaine mettant en cause des prérogatives de puissance publique dont l'appréciation ne relève que de la juridiction administrative ; qu'il en est de même des décisions refusant d'accorder un droit d'occupation sur le domaine public» ; que, dans sa décision n° 01-MC-02 en date du 1^{er} juin 2001 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Vedettes inter-îles vendéennes, le Conseil a considéré que «la RDPEV occupe, à Port Joinville, une partie de la gare maritime qui fait partie du domaine public portuaire et qui est gérée, depuis le 1^{er} juillet 1997, par le département de la Vendée ; que ce contrat d'occupation a été signé en 1997 pour une durée de 10 ans ; que les actes qui se rattachent à la gestion du domaine public requièrent l'usage de prérogatives de puissance publique et relèvent dès lors de la compétence des juridictions administratives ; qu'en conséquence, le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour se prononcer sur la licéité au regard du droit de la concurrence des actes accomplis par le conseil général de Vendée, ainsi que des pratiques qui s'y rattachent directement» ; que, dans sa décision n° 01-D-78 en date du 6 décembre 2001 relative à des pratiques de l'Insee concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire Insee, le Conseil de la concurrence a estimé que «d'une part, la diffusion par l'Insee, qui est une direction générale du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, auprès de tiers, d'informations sur les entreprises, organismes publics et leurs établissements issus du répertoire Sirene s'inscrit dans le prolongement de ses missions de service public ; que d'autre part, la fixation unilatérale, par arrêté ministériel, du prix d'une prestation de services qui ne peut faire l'objet d'aucune négociation et peut être modifié unilatéralement à tout moment, y compris en cours de contrat, révèle par elle-même l'exercice d'une prérogative de puissance publique ; que cette constatation est confortée par l'examen des conditions générales de commercialisation prévues par l'arrêté du 16 août 1998 et qui complètent le dispositif de celui-ci, lesquelles comportent des dispositions qui conduisent à une situation contractuelle marquée par un déséquilibre flagrant en faveur de la partie publique ; qu'il suit de là que le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour se prononcer sur la demande des sociétés Cegedim et Direct Mail

Promotion tendant à faire constater la non conformité de l'arrêté du 11 août 1998 aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce»;

Considérant, en premier lieu, qu'au nombre des pratiques reprochées au port autonome du Havre, établissement public chargé notamment de la gestion du domaine public portuaire, figure un refus d'autoriser l'occupation du domaine public ; qu'il résulte de la jurisprudence rappelée ci-dessus qu'une telle décision ne relève pas de la compétence du Conseil de la concurrence ;

Considérant, en second lieu, que la société Sogema reproche également au port autonome des décisions ayant consisté, soit à lui appliquer des tarifs d'utilisation des outillages publics qu'elle juge trop élevés soit, au contraire, à avoir consenti des tarifs privilégiés à la société CIPHA et aux manutentionnaires retenus par elle ; qu'il résulte de l'instruction, d'une part, et contrairement à ce qui a été allégué en défense, que le contrat de concession ayant autorisé la société CIPHA à occuper le domaine public ne comporte ni dans le corps du contrat ni dans le cahier des charges aucune stipulation relative au montant des redevances que les manutentionnaires doivent verser au port pour l'utilisation des outillages de déchargement ; que, d'autre part, les redevances pour utilisation des outillages de déchargement ne font pas l'objet d'une fixation «*qui ne peut faire l'objet d'aucune négociation*» au sens de la décision 01-D-78 précitée ; qu'au contraire, le niveau de ces redevances varie considérablement d'un opérateur à un autre et résulte bien de négociations ; que ces redevances, par ailleurs, ne sont pas relatives à l'occupation du domaine public mais à l'utilisation d'outillages dans des conditions qui ne diffèrent en rien de celles qui peuvent se rencontrer lorsque deux opérateurs privés nouent des relations contractuelles pour l'utilisation temporaire d'une machine ou d'une installation ; que, dans ces conditions, le Conseil de la concurrence est compétent pour connaître des pratiques tarifaires du port autonome du Havre alléguées dans la saisine ;

3. - Sur la présence d'éléments probants dans la saisine

Considérant qu'à ce stade de l'instruction, il n'est pas exclu qu'il existe un marché pertinent des services portuaires destiné au déchargement du charbon, limité, soit au port du Havre lui-même, soit à la basse vallée de la Seine ; qu'au moins dans le premier cas, il n'est pas exclu que le port autonome du Havre détienne, sur ce marché, une position dominante ;

Considérant que les éléments fournis par la partie saisissante permettent de déduire, en première approximation, que le port autonome du Havre pratique des tarifs différents selon que les manutentionnaires sont ou non liés à des entreprises qui gèrent des sites de stockage de vrac ; que ces éléments sont de nature, au stade actuel de la procédure, à laisser penser qu'il n'est pas exclu que le port autonome ait abusé de sa position dominante éventuelle ;

Considérant, de même, qu'il n'est pas exclu, au vu des informations apportées par la saisissante, qu'une ou plusieurs sociétés opérant sur le port autonome du Havre se soient entendues entre elles ou avec ce dernier en vue de rendre difficile à la société Sogema l'accès à un éventuel marché pertinent de la manutention de vrac sur les terminaux du port ;

4. - Sur la demande de mesures conservatoires

Considérant que la société Sogema expose que le contrat la liant à CAPCOL pour l'utilisation du terminal MC 6 arrive à échéance le 31 décembre 2001 ; que l'impossibilité pour la Sogema de bénéficier de tarifs équivalents à ceux consentis à CIPHA au MTV pourrait amener CAPCOL à ne pas renouveler le contrat qui lie les deux sociétés ; que la Sogema demande au Conseil d'enjoindre au port autonome du Havre, en application de l'article L. 464-1 du code de commerce, de facturer à tout utilisateur de l'outillage public du poste Multivrac le tarif public afin d'assurer l'égalité de traitement des usagers ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, les 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 Sogema, qui exploite elle-même un terminal charbonnier sur le port autonome de Rouen, n'établit pas qu'elle serait menacée dans son existence par les pratiques dénoncées ; que son intervention en tant que manutentionnaire de la société CAPCOL sur le terminal MC 6, qui constitue l'objet principal des négociations en cours entre les deux sociétés en vue du renouvellement de leur contrat, n'est pas rendue plus difficile par les pratiques dénoncées ; que rien au dossier ne permet de penser que l'état actuel du fonctionnement du marché de la manutention sur le terminal MTV ou sur l'ensemble des terminaux charbonniers du port du Havre ou de la Basse Seine serait susceptible de se dégrader gravement et rapidement dans le cas où les mesures conservatoires demandées ne seraient pas prises ;

Considérant qu'ainsi, la Sogema n'établit pas que les pratiques dénoncées portent une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs, ou à ses propres intérêts ; que, dès lors, la demande de prononcé de mesures conservatoires doit être rejetée ;

Décide

Article 1 - La saisine F 1288 est déclarée irrecevable en tant qu'elle vise le refus opposé par le port autonome du Havre d'autoriser la société Sogema à occuper une parcelle du domaine public portuaire.

Article 2 - La demande de mesures conservatoires M 292 est rejetée.

Délibérée sur le rapport oral de M. Taoumi, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, en remplacement de M^{me} Hagelsteen, empêchée, M. Nasse, vice-président et M^{mes} Boutard-Labarde et Flüry-Hérard, membres.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

Le vice-président, présidant la séance

Frédéric Jenny

02-D-16

Décision n° 02-D-16 du 5 mars 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport aérien de passagers par hélicoptères sur l'hélistation de Cannes Palm Beach

Le Conseil de la concurrence (section III),

Vu la lettre enregistrée le 10 avril 2000, sous le numéro F 1226, par laquelle la société Nice hélicoptères a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Héli-inter Riviera en tant qu'exploitant de l'hélistation de Cannes Palm Beach ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu le code de l'aviation civile ;

Vu les observations présentées par la société Nice hélicoptères ainsi que le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et la société Nice hélicoptères entendus, lors de la séance du 27 novembre 2001 ;

Après en avoir délibéré, adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

112

I. - Constatations

■ A. - Les conditions d'exploitation de l'hélistation de Cannes Palm Beach

Un arrêté préfectoral du 26 juillet 1994 a autorisé la société Héli-inter, aux droits de laquelle s'est substituée la société Héli-inter Riviera, à créer une hélistation, destinée exclusivement au transport à la demande de passagers, sur une parcelle du domaine public maritime située à la pointe de la Croisette de Cannes.

Cet arrêté définit en particulier les obligations du gestionnaire. Celui-ci doit d'abord mettre en place tous les moyens techniques de balisage et signalisation nécessaires à la sécurité des vols et veiller à la bonne exécution des opérations d'embarquement et de débarquement. En tant que responsable de l'exploitation des terrains, ouvrages, installations et matériels de la

structure, il doit la maintenir en bon état d'entretien et assurer les prestations nécessaires à son fonctionnement, y compris en souscrivant un contrat d'assurance couvrant les risques de cette exploitation.

Un arrêté préfectoral du 27 avril 1997 a délivré à la société Héli-inter une autorisation d'occupation temporaire du domaine public maritime de 1 820 m² moyennant le paiement d'une redevance annuelle révisable. Cette occupation, autorisée pour une durée de 6 ans, a pris fin le 31 décembre 2000.

En contrepartie des services décrits ci-dessus, l'exploitant peut fixer des redevances d'atterrissage. L'article R. 224-3 du code de l'aviation civile précise à cet égard, d'une part, que ces redevances ne deviennent applicables que dix jours après qu'elles ont été communiquées aux utilisateurs, d'autre part, qu'elles doivent, avant leur mise en application, être communiquées au ministre chargé de l'aviation civile.

L'article R. 224-4 du même code dispose par ailleurs : *«Les redevances sont dues par le seul fait de l'usage des ouvrages, installations, bâtiments et outillages qu'elles rémunèrent.»*

En cas de non-paiement des redevances dues par l'exploitant de l'aéronef, l'exploitant de l'aérodrome est admis à requérir de l'autorité responsable de la circulation aérienne sur l'aérodrome que l'aéronef y soit retenu jusqu'à consignation des sommes en litige».

■ B. - Les entreprises en cause

Créée en octobre 1998, la société Héli-inter Riviera, qui est une filiale du groupe Héli-inter, exerce principalement son activité sur la Côte d'Azur. Elle transporte par hélicoptères 25 000 passagers par an sur la ligne régulière Nice-Monaco. Sur cette ligne, elle partage avec la société monégasque Héli-air Monaco les droits de trafic attribués à la suite d'une négociation bilatérale entre la France et la Principauté. Elle transporte également, à partir de l'aéroport international de Nice-Côte d'Azur, des passagers à la demande sur Cannes, Saint Tropez et d'autres destinations voisines, notamment les stations de ski françaises et italiennes ainsi que les lieux de villégiature de la côte d'Azur.

La société Nice hélicoptères effectue, pour sa part, du transport de passagers à la demande et du travail aérien par hélicoptère.

Après avoir rencontré des difficultés à obtenir, de la part des services de l'aviation civile, l'autorisation de transport aérien sur la ligne Nice-Cannes Palm Beach, cette société a pu développer son activité de transporteur aérien par hélicoptère sur cette ligne à partir du mois d'octobre 1998.

Les sociétés Héli-inter Riviera et Nice hélicoptères ont transporté sur la ligne Nice-Cannes 7 918 passagers en 1998, 9 633 en 1999 et 14 993 en 2000, soit respectivement 74 %, 78 % et 95 % du nombre total de passagers ayant emprunté cette ligne.

En pourcentage du nombre total de passagers embarqués ou débarqués sur l'hélistation de Cannes Palm Beach, leur part de marché a ainsi évolué :

Sociétés	1998	1999	2000
Héli-inter Riviera	74,0	62	66
Nice hélicoptères	0,3	16	29
Autres sociétés	24,7	22	5

■ C. - Les comportements relevés

1. - L'installation du bungalow de la société Nice hélicoptères

Au cours de son audition, le jeudi 11 mai 2000, Mme Benchimol, présidente du conseil d'administration de la société Nice hélicoptères, a fait état des difficultés intervenues avec la société Héli-inter Riviera au mois de septembre 1998, date à laquelle la société a souhaité ouvrir la ligne Nice-Cannes Palm Beach : *«Lorsque nous avons voulu nous implanter physiquement sur l'hélistation, en demandant la possibilité d'implanter un petit bungalow nécessaire à l'accueil des clients, aux opérations de billetterie et à l'organisation du trafic hélicoptères, nous nous sommes heurtés à l'inertie de la société Héli-inter qui nous a dit qu'il lui était impossible d'implanter un autre bungalow».*

Dans une lettre adressée, le 30 août 1999, à la société Nice hélicoptères, M. d'Albronn, président du conseil d'administration de la société Héli-inter Riviera a écrit : *«J'ai accédé au début de l'année à votre demande d'implantation d'un bungalow sur l'hélistation du Palm Beach. Je vous ai fait à cette occasion une proposition de location de terrain correspondant à des conditions particulièrement avantageuses et j'ai tenu compte de votre projet de faire des liaisons régulièrement programmées entre Nice et Cannes, pour vous offrir un forfait mensuel d'atterrissage particulièrement bas».*

L'installation du bungalow a été effectuée par la société Nice hélicoptères au début de l'année 1999. Le 24 mars 1999, une injonction de la direction départementale de l'équipement subdivision maritime ouest a été adressée à la société Héli-inter Riviera d'avoir à enlever ce bungalow, au motif que cette occupation était contraire à l'article 9 de l'arrêté préfectoral du 22 avril 1997 portant autorisation temporaire du domaine public maritime, lequel dispose : *«La présente autorisation est concédée à titre essentiellement personnel».*

Dans une lettre du 2 avril 1999, la société Héli-inter Riviera a transmis cet avertissement à la société Nice hélicoptères en indiquant : *«Je suis donc obligé de vous demander de procéder à l'enlèvement de votre module jusqu'au moment où une solution pourrait être trouvée».*

Cette injonction, cependant, n'a pas eu de suite, la société Héli-inter Riviera ayant demandé à la direction départementale de l'équipement, par lettre du 27 avril 1999, l'autorisation d'implanter le bungalow de la société Nice hélicoptères qui a pu, sans interruption, continuer à utiliser cette installation.

2. - Les périodes d'ouverture de l'hélistation

Au cours de l'audition précédemment citée, la dirigeante de la société Nice hélicoptères a déclaré : *«Malgré ces difficultés, nous avons tenté de commencer l'exploitation de cette ligne, mais les conditions d'utilisation ne nous le permettaient pas, car le gestionnaire a décidé de périodes de fermeture, qui se sont étendues d'octobre 1998 à janvier 1999. Dans cette période, comme l'atteste le document n° 1 que je vous dépose, ces fermetures ont été très nombreuses. Au surplus, dans les périodes d'ouverture, un préavis avant vol nous était imposé alors que, s'agissant d'une ligne régulière, le gestionnaire avait le programme des vols de Nice hélicoptères».*

Un document versé au dossier montre qu'entre le 16 novembre 1999 et le 10 janvier 2000, le 16 et le 22 janvier, le 30 janvier et le 7 février, le 15 et le 21 février, le 1^{er} et le 9 mars, le 16 et le 31 mars 2000, la société Héli-inter Riviera a imposé à Nice hélicoptères un préavis de vol de quarante-huit heures minimum, alors qu'en dehors de ces dates, le préavis de vol obligatoire n'était que de deux heures.

Saisi de ces difficultés, les services de l'aviation civile du district aéronautique Côte d'Azur ont précisé, dans une lettre du 3 novembre 1999 : *«La plate-forme doit rester ouverte et accessible à tous les usagers avec un préavis raisonnable compte tenu du caractère spécifique des vols commerciaux à la demande. Pour répondre à ces obligations, l'exploitation de l'hélistation peut être sous-traitée. Un accord pourrait être passé entre les deux sociétés présentes».*

Les nouvelles conditions d'utilisation de l'hélistation fixées par Héli-inter Riviera à partir du 15 juillet 1999 ont établi le préavis de vol obligatoire à une demi-heure avant l'heure prévue d'atterrissage et ont laissé l'hélistation ouverte en permanence jusqu'à la fin de l'année.

Dans un courrier adressé à la direction de l'aviation civile (DGAC), le 17 septembre 1999, la présidente du conseil d'administration de la société Nice hélicoptères a indiqué que cette société n'avait pas transporté de passagers en janvier 1999 et qu'elle avait assuré un trafic de 11 passagers, en février, puis de 25 passagers, en mars, de la même année.

3. - L'installation d'un nouveau grillage condamnant l'accès autonome de la société Nice hélicoptères à l'hélistation

Évoquant les difficultés rencontrées avec le gestionnaire, Mme Benchimol, présidente du conseil d'administration de la société Nice hélicoptères, a déclaré : *«La difficulté vient du fait que lorsque la société gestionnaire de l'hélistation a changé le grillage de cette installation, elle a supprimé le portail qui conduisait les clients directement devant le bungalow de Nice hélicoptères les obligeant à passer obligatoirement devant le bungalow du concurrent avant d'accéder aux bureaux de Nice hélicoptères. Héli-inter Riviera a volontairement compliqué l'accès de notre clientèle aux services que lui propose notre société en rendant cet accès plus difficile et plus long qu'auparavant, alors qu'une solution équitable aurait consisté à placer le portail entre les deux bungalows».*

M. d'Albronn, président du conseil d'administration d'Héli-inter Riviera, lors de son audition du 13 décembre 2000, a précisé pour sa part : *«Concernant l'entrée dans l'hélistation quand la société Héli-inter Riviera en a repris la gestion, il existait un grillage et une seule entrée ce qui était préférable pour la sécurité de l'hélistation. Nice hélicoptères se plaint que cette disposition l'oblige à passer devant notre bungalow et a créé d'autorité lorsque notre société a refait le grillage entourant l'hélistation, une ouverture en face de son propre bungalow, en cisailant le grillage, laissant en permanence ouverte l'hélistation»*. Il a, en outre, indiqué que le portail d'accès direct de Nice hélicoptères a été supprimé pour des raisons de sécurité, lors de la pose du nouveau grillage en mai 2000.

4. - La politique de la société Héli-inter Riviera en matière de redevance d'atterrissage

Cette politique est dénoncée par la société Nice hélicoptères dans les termes suivants : *«(...) Cependant les difficultés ne se sont pas dissipées. Elles ont porté sur des problèmes de tarification et particulièrement sur le prix de la taxe d'atterrissage qui nous était facturée à 210 F TTC sur chaque posée alors que le prix du billet est de 400 F TTC. Quand nos projections commerciales nous ont fait estimer que nous aurions une douzaine de vols par jour, nous avons demandé un tarif préférentiel sur cette taxe dans la mesure où nos vols devenaient réguliers. Pour toute réponse, nous avons reçu d'Héli-inter les conditions d'utilisation et de tarification de l'hélistation telles qu'elles figurent dans la pièce (...) que je vous remets (...).*

Cette taxe d'atterrissage nous paraissait d'autant plus disproportionnée qu'elle ne correspondait à aucun service offert sur l'hélistation compte tenu notamment de la vétusté des installations. Souhaitant un minimum de conditions d'accueil et de sécurité dans l'hélistation, nous avons proposé le partage des frais d'amélioration. Héli-inter a répondu favorablement à notre demande par une lettre du 11 juin 1999 (...).

En 1999, quand on a pu commencer l'exploitation avec le bungalow installé aux alentours du mois de février, il s'est passé plusieurs mois avec des factures de taxes d'atterrissage très faibles correspondant à un nombre de passagers très peu élevé pour cette période, comme l'attestent les pièces n° 5 et 6. Ces pièces attestent aussi que l'activité a pris un certain essor à partir du mois de mai 99. A la même période, nous avons reçu les nouvelles conditions d'Héli-inter Riviera doublant la taxe d'atterrissage sans aucune justification ni services supplémentaires apportés (...).».

Pour sa part, la société Héli-inter Riviera a indiqué qu'elle avait essayé de conclure avec Nice hélicoptères un accord commercial portant sur le développement des relations *«interline»* permettant, dans des cas déterminés, de faire transporter les clients d'une société par les appareils de l'autre, ainsi que sur une forfaitisation de la taxe d'atterrissage. Cette négociation n'a pas abouti en raison, d'une part, du refus de la société Nice hélicoptères de payer l'arriéré de ses taxes d'atterrissage, d'autre part, de la difficulté de répartir entre les deux sociétés les coûts de personnel dont la permanence est nécessaire à l'exploitation de la plate-forme.

Le président de son conseil d'administration, M. d'Albronn, a déclaré à cet égard : *«Les taxes d'atterrissage ont été fixées en tenant compte des tarifs pratiqués sur des hélistations similaires et voisines. Elles ont été notifiées à la direction générale de l'aviation civile et n'ont jamais été contestées par le moindre usager jusqu'en 1999, y compris par Nice hélicoptères.*

Avec la libération du ciel européen, Nice hélicoptères a pensé nous faire concurrence sur la liaison Nice-Cannes et a commencé son entreprise de déstabilisation. Nous avons pensé à partir de 1999, pouvoir conclure un accord commercial interline avec Nice hélicoptères. A cette époque nous assurons les services handling, ce qui n'est plus le cas aujourd'hui. Notre société n'avait pas d'obligation d'accepter l'installation d'un bungalow d'accueil pour la société Nice hélicoptères. Si elle l'a fait, c'est dans la perspective d'un développement des relations interline, utiles à nos deux sociétés. Notre société leur a proposé, d'autre part, un forfait mensuel correspondant à deux mouvements par jour, c'est-à-dire deux décollages et deux atterrissages. Ces propositions de collaboration avec Nice hélicoptères n'ont pas reçu de réponse, cette société utilisant dans le même temps l'absence de conclusion de cet accord pour refuser tout paiement.

Le reproche sur le montant trop élevé des taxes d'atterrissage ne nous paraît pas fondé, puisque les augmentations envisagées en juillet 1999, ont été finalement abandonnées pour la société Nice hélicoptères. Notre accord avec Nice hélicoptères n'a finalement pas abouti du fait de la difficulté de répartir entre les deux sociétés les coûts du personnel nécessaire à l'exploitation de cette ligne».

Au cours d'une nouvelle audition, le 5 décembre 2000, la représentante de la société Nice hélicoptères a indiqué les raisons pour lesquelles, à son sens, cette redevance d'atterrissage n'était pas justifiée : *«Nous considérons que cette taxe n'est pas justifiée pour plusieurs raisons :*

- *d'abord, la société Héli-inter Riviera continue à ne donner aucun compte sur la gestion de l'hélistation ce qui nous interdit de savoir si cette somme correspond à des charges réelles supportées par le gestionnaire ;*
- *ensuite, parce que nous considérons que la société Héli-inter Riviera ne s'impute pas à elle-même ces taxes d'atterrissage ce qui par conséquent entraîne pour notre société un désavantage concurrentiel ;*
- *enfin parce que cette taxe ne correspond à aucun service réel sur l'hélistation. En effet, la société Héli-inter Riviera n'a jamais installé l'électricité ni des toilettes sur l'hélistation ce qui enlève un élément de confort et d'hygiène essentiel aussi bien pour le personnel que pour les passagers. Je souligne aussi que notre société doit s'acquitter auprès d'une entreprise extérieure de la location de notre bungalow pour une somme d'environ 4 000 F par mois».*

L'instruction a révélé que le montant de la redevance d'atterrissage facturé par la société Héli-inter Riviera à la société Nice hélicoptères a été de 210 F jusqu'à la fin de l'année 2000, alors que le montant fixé pour les compagnies utilisant occasionnellement l'hélistation était à la même période de 400 F.

Concernant les charges pesant sur le gestionnaire, celui-ci a produit des tableaux retraçant les comptes d'exploitation de l'hélistation et faisant

apparaître que la gestion de celle-ci est déficitaire, aussi bien dans l'hypothèse du forfait envisagé dans les négociations avec Nice hélicoptères que dans l'hypothèse où est retenu le montant de 210 F par posée, fixé par l'exploitant de la plate-forme.

Enfin, les informations communiquées par le district aéronautique Côte d'Azur de la direction régionale de l'aviation civile font état de redevances d'atterrissage de 300 francs pour les hélistations d'Isola 2000 et de Saint-Tropez, de 450 francs pour celle de Port-Grimaud, alors qu'elles sont respectivement de 50 et 60 francs sur les aéroports de Nice et de Cannes-Mandelieu.

Sur le fondement de ces éléments, le rapporteur a proposé au Conseil de dire qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Sur la procédure

118

Considérant que la société Nice hélicoptères fait valoir qu'il résulte des pièces figurant au rapport que la société Héli-inter Riviera n'a été créée qu'en octobre 1998 et qu'elle n'a donc pu valablement se voir autoriser, par arrêté préfectoral du 26 juillet 1994, à créer l'hélistation, puis, par arrêté du 22 avril 1997 à occuper temporairement le domaine public puisqu'elle n'avait aucune existence légale à ces dates ;

Mais considérant que le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour connaître des questions de droit des sociétés et de droit public posées par ce moyen ;

Considérant que par lettre du 29 octobre 2001, la société Nice hélicoptères a informé le Conseil de la concurrence de ce que la société Héli-inter Riviera faisait l'objet d'une procédure de redressement judiciaire, prononcée par jugement du tribunal de commerce de Cannes du 4 octobre 2001 ; qu'elle a invité le Conseil à appeler en la cause les organes représentatifs de cette procédure ;

Mais considérant que l'article 22-2, 2° du décret du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, précise que les décisions de non-lieu sont notifiées à l'auteur de la saisine, ainsi qu'au ministre chargé de l'économie ; qu'en conséquence, dans le cas, comme en l'espèce, où le rapporteur estime, dans son rapport, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure, seuls le ministre chargé de l'économie et la partie saisissante sont parties à la procédure ; que dès lors, il n'y a pas lieu d'ordonner la mise en cause de la société Héli-inter Riviera ou des organes représentatifs désignés dans de la procédure collective dont elle fait l'objet ;

Sur le fond

Considérant que la partie saisissante expose que le comportement de la société Héli-inter Riviera serait constitutif d'un abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce, dans la mesure où cette société, concessionnaire exclusif de l'hélistation et, en même temps, son concurrent direct sur la ligne reliant Nice à Cannes, a gêné son installation matérielle sur la plate-forme et a cherché à l'évincer du marché en lui imposant un prix injustifié d'accès à cette infrastructure ;

Sur le marché pertinent

Considérant que la société Héli-inter, aux droits de laquelle a succédé sa filiale la société Héli-inter Riviera, lors de sa création en 1998, a été autorisée, par arrêté préfectoral du 26 juillet 1994, à créer et à exploiter une hélistation sur une parcelle du domaine public maritime située sur la pointe de la Croisette à Cannes ; qu'en conséquence, la société Héli-inter Riviera détenait, au moment des faits dénoncés, en tant que titulaire de l'autorisation publique et gestionnaire, le monopole de l'exploitation de l'hélistation ; qu'ainsi, elle se trouvait en position dominante sur le marché des prestations nécessaires pour accéder à cette installation dont l'accès est indispensable aux sociétés qui souhaitent exercer une activité de transport à la demande de passagers par hélicoptère, sur la ligne Nice-Cannes Palm-Beach, avec lesquelles elle se trouve en concurrence ;

Considérant que la société Nice hélicoptères a reçu, au mois de septembre 1998, l'autorisation des services de l'aviation civile d'exploiter, elle aussi, la liaison aérienne Nice-Cannes Palm Beach ; qu'elle se trouvait alors en situation de dépendance vis-à-vis du gestionnaire de la plate-forme, dès lors que l'accès à cette installation est indispensable à l'exercice de son activité de transporteur sur cette ligne, l'utilisation de plate-formes voisines ne pouvant constituer pour elle une solution techniquement et commercialement équivalente ;

Sur les conditions matérielles d'utilisation de l'hélistation

Considérant que la société saisissante dénonce en premier lieu le refus initial du gestionnaire de l'hélistation d'implanter un bungalow nécessaire à l'accueil de ses clients et expose que celui-ci n'a accédé à sa demande qu'à la suite de l'intervention du district aéronautique Côte d'Azur de la direction régionale de l'aviation civile ;

Considérant, cependant, qu'aucun élément de la saisine ou de l'instruction ne démontre que la société Héli-inter Riviera aurait opposé un refus de principe, lorsqu'en octobre 1998, la société Nice hélicoptères a obtenu l'autorisation d'exploiter la ligne Nice-Cannes Palm Beach ; que le bungalow a été finalement installé au mois de janvier 1999 ; que ce délai, qui n'apparaît pas déraisonnable, peut s'expliquer, notamment, par le fait que l'autorisation d'occuper la parcelle du domaine public considérée avait été donnée au gestionnaire, à titre «*essentiellement personnel*» et qu'en outre l'hélistation pouvait apparaître trop exiguë pour recevoir dans de bonnes conditions un autre local d'accueil ; qu'au demeurant, la question de la surface dispo-

nible sur la plate-forme a été évoquée par les sociétés en cause avec les représentants de l'aviation civile, lors d'une réunion du 8 décembre 1998, au cours de laquelle le gestionnaire a été autorisé à récupérer une surface de terrain supplémentaire, occupée jusqu'alors par les véliplanchistes ;

Considérant, au surplus, que lorsqu'en mars 1999 la société Héli-inter-Riviera a reçu une injonction de la direction départementale de l'équipement d'avoir à enlever le bungalow de la société Nice hélicoptères, au motif que l'autorisation d'occupation lui avait été conférée à titre essentiellement personnel, elle a, elle-même, dans les cinq jours, effectué une démarche auprès de cette administration pour obtenir le maintien de l'implantation de sa concurrente ;

Considérant, dans ces conditions, qu'il n'est pas démontré que la société Héli-inter Riviera aurait cherché à retarder de manière abusive l'installation de la société Nice hélicoptères sur l'hélistation ou que le délai écoulé entre la demande d'installation du bungalow et la mise en place de cette structure aurait empêché la société Nice hélicoptères de répondre à des demandes de vols ;

Considérant, en deuxième lieu, s'agissant des préavis de vol, que sur la période écoulée entre le 16 novembre 1998 et le 31 mars 1999, le gestionnaire de l'hélistation a fixé une série de jours pour lesquels un préavis de quarante-huit heures était imposé aux utilisateurs, alors qu'en dehors de ceux-ci, ce préavis de vol n'était que de deux heures ; que la société Nice hélicoptères estime que ces restrictions n'étaient pas conformes aux préconisations des responsables de l'aviation civile selon lesquelles : *«La plate-forme doit rester ouverte et accessible à tous les usagers avec un préavis raisonnable compte tenu du caractère spécifique des vols commerciaux à la demande»* ;

Considérant que si le devoir du gestionnaire d'une installation ouverte au transport public de passagers est d'en garantir une possibilité permanente d'utilisation, aucun élément du dossier ne démontre que cette obligation n'a pas été respectée en l'espèce ; que, compte tenu du moindre nombre de passagers transportés dans la période en cause, qui correspond à quelques semaines d'hiver et de la nécessité, lorsqu'un vol est annoncé, de disposer au minimum de deux personnes sur l'hélistation, la fixation d'un préavis de quarante-huit heures, au demeurant prévu par l'article 5 de l'arrêté du 26 juillet 1994, ne saurait à elle seule caractériser un acte de nature à nuire à son concurrent ;

Considérant, par ailleurs, que, contrairement à ce qu'a indiqué la saisissante, les vols sur la ligne Nice-Canne Palm Beach n'étaient pas des vols publics réguliers exigeant une présence physique permanente de personnel sur la plate-forme, mais des vols à la demande, aux termes mêmes de l'article 1 de l'arrêté préfectoral du 26 juillet 1994 selon lequel : *«La société Héli-inter est autorisée à créer sur le territoire de la communauté de Cannes (section By du plan cadastral) une hélistation à usage restreint de catégorie EB, exclusivement destinée au transport public à la demande de passagers»* ; que, de ce fait, elle devait connaître à l'avance le nombre et l'heure des vols ainsi que le nombres de passagers pour lesquels elle serait sollicitée ; qu'il n'est, en outre, pas démontré, ni même allégué que le préavis imposé aurait eu pour effet de l'empêcher de répondre à des demandes de vols ; qu'au surplus, dès

1999, année à partir de laquelle la société Nice hélicoptères a connu un accroissement du nombre de ses vols, l'exploitant n'a plus exigé qu'un préavis maximum de deux heures, y compris durant les mois où le trafic était plus faible ;

Considérant, en troisième lieu, qu'il est reproché à la société Héli-inter Riviera d'avoir, lorsqu'elle a posé un nouveau grillage autour de la plate-forme, en mai 2000, supprimé le portail qui conduisait directement au bungalow de la société Nice hélicoptères, ce qui aurait eu pour effet d'obliger ses clients à passer devant le bungalow de la société Héli-inter Riviera et de leur rendre plus long et difficile l'accès à sa propre structure ; que l'exploitant de l'hélistation justifie cette décision par le fait que cette société s'était créée sans autorisation, une entrée directe devant son bungalow en cisillant l'ancienne clôture ;

Considérant que l'arrêté préfectoral d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public décrit la plate-forme de la façon suivante : « *Le terre-plein est clôturé par un grillage plastifié maille carrée de couleur verte de 1,50 m de hauteur ayant un premier côté de 80 mètres environ et un deuxième côté de 20 mètres environ débordant chacun sur la mer. Des panneaux mentionnant l'interdiction absolue de pénétrer sur l'hélistation sont apposés à l'entrée de l'aire clôturée (portail métallique à double battant) et à chaque extrémité* » ; qu'il apparaît à la lecture de cet arrêté, qu'à l'origine, l'hélistation ne comportait qu'un seul portail d'accès ; qu'en conséquence, le gestionnaire ne pouvait, sans risquer d'engager sa responsabilité, autoriser, de son chef, l'ouverture d'une autre entrée dans un espace qui obéit à des contraintes rigoureuses de sécurité ;

Considérant, en outre, que des photographies prises dans le cadre de l'enquête permettent de constater que le portail d'entrée existant à l'origine ne donnait pas directement sur le bungalow d'Héli-inter Riviera ; que, par ailleurs, compte tenu de la faible hauteur du grillage, les clients pénétrant dans l'hélistation ne pouvaient pas ne pas voir le bungalow de Nice hélicoptères situé à quelques mètres seulement de celui de l'exploitant ; qu'en toute hypothèse, aucun élément de l'enquête ne montre que cette dernière société aurait perdu des clients de ce fait ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'aucun élément du dossier ne permet de considérer que, dans ses décisions relatives à la gestion de l'hélistation, la société Héli-inter Riviera aurait utilisé la position que lui confère sa qualité de gestionnaire de l'hélistation pour empêcher ou entraver l'accès au marché de sa concurrente la société Nice hélicoptères ;

Sur la redevance d'atterrissage

Considérant que lorsque l'exécutant monopolistique d'une infrastructure ou d'un réseau est en même temps le concurrent d'une entreprise exigeant le recours à cette facilité, cet exploitant peut restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval du service en abusant de sa position dominante ou de la situation de dépendance dans laquelle se trouvent ses concurrents à son égard en établissant un prix d'accès injustifié à cet équipement ;

Considérant que, dans sa décision n° 96-D-51 relative à des pratiques de la société Héli-inter assistance, le Conseil de la concurrence a précisé que, constituait une pratique ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence : *«Le fait pour l'exploitant d'une structure essentielle de refuser de façon injustifiée l'accès à cette dernière à ses concurrents ou de ne leur permettre cet accès qu'à un prix abusif, non proportionné à la nature et à l'importance des services demandés, non orienté vers les coûts de ces services et non transparent, leur interdisant ainsi de faire des offres ou de réaliser des marchés dans des conditions compétitives avec les siennes»* ;

Considérant que, lorsqu'elle a commencé l'exploitation de la ligne Nice-Cannes Palm Beach, en 1998, la société Nice hélicoptères a payé la redevance d'atterrissage fixée par la société Héli-inter Riviera à 210 francs ; qu'elle a manifesté le souhait d'obtenir un tarif préférentiel dans la perspective d'un développement de ses vols ; que des discussions ont alors été engagées, entre elle et la société gestionnaire, sur les conditions générales d'utilisation de l'hélistation ;

Considérant qu'à partir du mois de février 1999, la société Nice hélicoptères, faute de conclusion d'un accord et estimant la redevance trop élevée et injustifiée, a décidé de ne plus la verser à la société Héli-inter Riviera mais de la consigner auprès de la caisse des avocats du barreau de Nice ; que cette décision a conduit la société Héli-inter Riviera à proposer à la société Nice hélicoptères, par lettre du 10 mars 1999, un forfait mensuel de 12 000 francs assorti de la conclusion d'un accord de réciprocité entre les deux compagnies permettant de faire assurer, en cas de nécessité, le transport des clients d'une société par les appareils de l'autre ; que par lettre du 11 juin 1999, la société gestionnaire a formulé une nouvelle proposition consistant à ne plus réclamer de taxe d'atterrissage à la société Héli-inter, mais à partager avec elle la taxe domaniale, ainsi que les travaux d'aménagement déjà réalisés et futurs ; qu'aucune de ces propositions n'a abouti à un accord ;

Considérant que la société Héli-inter Riviera a produit, au cours de l'instruction, des comptes d'exploitation qui présentent les recettes et les dépenses de la plate-forme pour les années 1997, 1998, 1999 et 2000 ; que ces documents permettent de constater que les recettes obtenues en appliquant aux deux opérateurs, Héli-inter Riviera et Nice Hélicoptère, soit le montant de redevance forfaitaire, soit le montant de 210 francs par posée fixé à l'origine, sont, en toute hypothèse, insuffisantes à couvrir les dépenses inhérentes au fonctionnement permanent de la structure ;

Considérant que la société saisissante conteste la valeur probante de ces comptes et fait valoir qu'il s'agit de documents purement internes, dépourvus de toute certification, qui ne permettent nullement de connaître les coûts réels de l'exploitation ;

Considérant que les documents produits, certes à caractère interne et non certifiés, peuvent toutefois être retenus à titre d'indices, dans la mesure où il n'est, à l'inverse, démontré par aucun élément du dossier que les montants figurant sur ces documents ne correspondraient pas à la réalité des charges engendrées par la gestion de l'hélistation ;

Considérant, par ailleurs, que la redevance fixée par la société Héli-inter Riviera est proche de celle exigée par les gestionnaires d'hélistations comparables, comme le sont celles de Port Grimaud ou Saint-Tropez ; que si la société Nice hélicoptères fait valoir que les redevances exigées par les aéroports de Nice et de Cannes-Mandelieu sont respectivement de 50 et de 60 francs, cette comparaison n'est pas pertinente, dès lors que ces aéroports sont des structures beaucoup plus importantes dont les coûts d'exploitation et les recettes ne peuvent être identiques à ceux d'une hélistation comme celle gérée par la société Héli-inter Riviera ; que de surcroît, la direction de l'aviation civile, à laquelle le montant de la redevance a été notifié, ne l'a jamais remis en cause et qu'enfin, il n'est ni allégué, ni démontré, qu'il en aurait été fait une application discriminatoire ;

Considérant que la société Nice-Hélicoptère, qui a débuté l'exploitation de son activité sur l'hélistation de Cannes Palm-Beach à la fin de l'année 1998, transportait, en 2000, 29 % du nombre total des passagers embarqués ou débarqués sur cette hélistation ; que la société Héli-inter Riviera se trouve, pour sa part, à l'heure actuelle en redressement judiciaire et n'a pas demandé, à son échéance, le renouvellement de l'autorisation d'exploiter l'hélistation qui lui avait été accordée ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'il n'est pas démontré que cette redevance aurait été excessive, et aurait empêché la société Nice hélicoptères de faire des offres, ou de réaliser des marchés, dans des conditions compétitives avec celles d'Héli-inter Riviera ; que dans ces conditions, il n'est pas établi que la société Héli-inter Riviera aurait abusé de sa position dominante en violation de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Avignon, par Mme Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente, M^{me} Mouillard, MM. Bidaud et Charrière-Bournazel, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-17

Décision n° 02-D-17 du 12 mars 2002 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés concernant la rénovation du centre hospitalier de Narbonne

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 17 décembre 1997 sous le numéro F 1001, 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 d'un marché public de rénovation de l'hôpital de l'Hôtel-Dieu à Narbonne ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986, modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu la lettre du 13 juillet 2000 par laquelle la présidente du Conseil de la concurrence a notifié aux parties et au commissaire du gouvernement sa décision de porter l'affaire devant la commission permanente en application de l'article L. 463-3 du code de commerce ;

Vu les observations présentées par les sociétés SAES, SM et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les sociétés SAES et SM entendus lors de la séance du 15 janvier 2002 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

124

I. - Constatations

■ Le marché concerné

Le 11 avril 1996, l'Hôtel-Dieu de Narbonne, poursuivant son programme de rénovation engagé quelques années plus tôt, a lancé un appel d'offres en vue de la rénovation des bâtiments abritant le plateau technique et les services de chirurgie. Onze entreprises ont soumis une offre, dont la société SAES, agissant seule, et la société SM, en groupement avec deux autres entreprises locales, les sociétés Camel et Combres-Tesquier.

Après réception des offres, l'établissement public a demandé aux entreprises de procéder à quelques rectifications des propositions de prix présentées, pour tenir compte de la clarification apportée à la suite des contra-

dictions qu'il avait relevées entre le cahier des clauses administratives particulières et le plan général de sécurité. En méconnaissance des dispositions du code des marchés publics, qui prescrit la confidentialité en matière de transmission des offres, l'hôpital a demandé aux entreprises délégataires de transmettre leurs propositions amendées par télécopie. Le marché a été attribué le 4 juin 1996 par la commission d'appel d'offres à SAES, qui présentait l'offre la moins-disante.

Saisi par la société SM d'une demande d'annulation de la procédure de passation du marché, le juge du référé précontractuel du tribunal administratif de Montpellier, statuant en application des dispositions de l'article L. 22 du code des tribunaux administratifs et des cours administratives d'appel alors en vigueur, a annulé la procédure de passation par une ordonnance rendue le 31 juillet 1996.

Le 18 novembre 1996, conformément aux prescriptions de l'ordonnance, l'Hôtel-Dieu a lancé un second appel d'offres, intégrant d'emblée les conséquences de la clarification du cahier des clauses administratives particulières. Cinq offres ont été remises, dont celle du groupement constitué par les sociétés SM et SAES, qui a obtenu le marché, en faisant la proposition la moins-disante.

Le montant de l'offre du groupement constitué par les sociétés SM et SAES, qui n'ont pas postulé par ailleurs individuellement au marché, s'est révélé supérieur de 16 % à l'offre présentée par la seule société SAES, lors de la première phase.

Lors du premier appel d'offres, en effet, après intégration des modifications demandées par le maître de l'ouvrage, la société SAES avait présenté l'offre la moins-disante, qui s'élevait à 15 440 000 F HT. De son côté, le premier groupement piloté par la société SM avait fait une offre qui s'élevait à 19 297 517 F HT, proche de l'estimation administrative, fixée à 20 500 000 F HT.

Lors du second appel d'offres, les propositions de prix recueillies le 18 novembre 1996 se présentaient de la façon suivante :

Entreprises	Offre HT (en francs)	Ecart par rapport à l'offre modifiée
SM-SAES	17 904 383	- 1 393 134 (SM) + 2 464 383 (SAES)
Occitane-Giraud	17 950 000	+ 514 822
Travaux du Midi	18 501 305	- 268 995
Escourrou	19 398 674	- 334 332
Dumez	20 565 731	- 181 465

■ Les pratiques relevées

L'enquête menée par l'administration en décembre 1996 a fait apparaître que l'entreprise SAES avait déjà cherché à se rapprocher de l'entreprise SM, avant le premier appel d'offres. Dans une déclaration faite le 12 décembre 1996 aux

enquêteurs, M. Ther, chef d'agence de la société SAES, a déclaré : *«Pour le marché initial, des contacts avaient été pris avec la société SM car elle présentait pour SAES l'avantage d'être une entreprise locale»*. M. Maratuech, président du conseil d'administration de la société SM, dans une déclaration faite le même jour aux enquêteurs, confirme : *«Avant le premier appel d'offres, j'avais été approché par un responsable de l'agence de Toulouse de la SAES qui avait certainement pensé qu'une alliance avec une entreprise locale pouvait être un élément favorable pour obtenir le marché»*. Ces contacts n'avaient pas abouti car la société SM s'était déjà engagée à postuler au marché en groupement avec les entreprises Combres-Tesquier et Camel.

Après avoir obtenu l'annulation de la première procédure, la société SM s'est immédiatement rapprochée de la SAES, attributaire du marché lors du premier appel d'offres, afin de constituer un groupement. Dans sa déclaration précitée, M. Ther précise : *«Dès que la seconde phase a été mise en place par le maître d'ouvrage, des contacts ont aussitôt été pris par M. Maratuech»*. M. Maratuech, pour sa part, justifie sa démarche en indiquant : *«Nous nous sommes associés au motif suivant : la notoriété et l'expérience des gros chantiers d'une entreprise de taille nationale m'a initialement fait penser que mon étude de prix n'était pas correctement montée. J'ai pensé que le savoir-faire de cette entreprise pourrait être de nature à améliorer mon étude de prix afin de rechercher toujours plus de compétitivité»*.

M. Maratuech ajoute toutefois : *«Cette alliance me permet de maîtriser mon principal concurrent»*. Par ailleurs, une hausse significative du prix de l'offre finale par rapport à l'offre moins-disante du premier appel d'offre a été constatée.

La constitution du groupement, sur le plan juridique, s'est effectuée en deux temps : une convention préalable à l'ouverture des plis du second appel d'offres a instauré un *«groupement momentané d'entreprises solidaires»*. Une société en participation a été ensuite constituée entre les sociétés SM et SAES ; son acte constitutif énonce que la répartition des bénéfices ou des pertes entre les associés se fera au prorata des parts, soit 50 % pour chacun des associés.

Dans sa déclaration précitée, M. Ther explique les modalités d'établissement du prix proposé par le groupement : *«Après confrontation des études de chacune des entreprises au niveau des approches techniques, nous sommes convenus d'un prix de soumission de 17 904 383 F HT, étant souligné que la société SM souhaitait une offre de prix plus élevée et nous un prix légèrement inférieur»*. Il indique également que le prix, *«qui se situe volontairement en-deçà de 18 000 000 F HT (...) ne présentait plus un niveau bas comme ce fut le cas lors de la première soumission de la SAES, mais courait le risque de n'être plus compétitif»*.

■ Le grief notifié

Au vu des éléments recueillis, un grief a été notifié aux entreprises SAES et SM pour avoir mis en œuvre une entente illicite dans le cadre de leur réponse à l'appel d'offres pour la rénovation de l'Hôtel-Dieu de Narbonne, en méconnaissance des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 420-1 du code de commerce.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur les moyens de procédure ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-6 du code de commerce : *«Lorsqu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, 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»* ;

Considérant que les éléments figurant au dossier sont insuffisants pour établir que les entreprises SAES et SM ont mis en œuvre une entente ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la rénovation de l'Hôtel-Dieu de Narbonne ;

Considérant en effet, en premier lieu, qu'il est loisible à des entreprises de se grouper pour répondre à un appel d'offres, un tel groupement pouvant cependant constituer, dans certaines circonstances, une pratique anti-concurrentielle contraire aux dispositions du livre IV du code de commerce ; que tel est le cas, lorsque ce groupement est de nature à éliminer, dans les faits, l'essentiel de la concurrence entre les entreprises appelées à soumissionner ou, lorsque ce groupement est constitué à l'insu du maître de l'ouvrage et que les entreprises qui se sont entendues, ou ont échangé des informations sur le montant de leur soumission, présentent des offres séparées comme si leurs stratégies étaient indépendantes ;

Considérant qu'au cas d'espèce, il est établi que les carnets de commandes des entreprises s'étaient remplis entre le mois d'avril 1996, durant lequel a été lancé le premier appel d'offres pour la rénovation de l'Hôtel-Dieu de Narbonne et le mois de novembre 1996, époque du lancement d'un nouvel appel d'offres faisant suite à l'annulation par le tribunal administratif de la précédente procédure de passation du marché ; que l'augmentation du nombre des commandes pouvait conduire les entreprises à souhaiter se grouper, afin de partager leurs moyens si elles étaient attributaires du marché ; qu'en outre, compte tenu de ce que la société SM avait été à l'origine de la demande d'annulation du marché précédent, de ce qu'elle était au surplus, une entreprise locale et avait déjà eu l'occasion de travailler sur le site de l'hôpital, il pouvait apparaître judicieux à la société SAES de se grouper avec cette entreprise pour accroître ses chances de succès ; que par ailleurs, il pouvait sembler être avantageux pour la société SM, qui cherchait un partenaire de plus grande taille ayant une expérience des grands chantiers, de se grouper avec la société SAES ;

Considérant qu'il n'est pas davantage contesté que l'offre initiale de la SAES, d'un montant de 15 440 000 F HT, était particulièrement basse ; que, de plus, entre la soumission, lors du premier appel d'offres et la soumission, lors du second appel d'offres, la nature des travaux à entreprendre avait, pour partie,

été modifiée ; qu'enfin, compte tenu du niveau des commandes à l'automne 1996, les entreprises SAES et SM, qui avaient décidé de répondre en groupement, pouvaient légitimement choisir de faire une offre d'un niveau supérieur à celui que la société SAES avait initialement proposé, à un moment où elle était confrontée à une pénurie de commandes ; qu'en choisissant de proposer un prix qui leur semblait rémunérateur les entreprises du groupement, qui étaient en concurrence avec, au moins, six autres entreprises ou groupements, prenaient, certes, le risque de ne pas être retenues, risque sans conséquences très importantes pour elles au regard de leurs carnets de commandes, mais avaient, en revanche, la certitude de ne pas faire de pertes si elles emportaient le marché ; qu'ainsi, il n'est pas établi que le montant proposé, qui apparaît d'ailleurs, *a posteriori*, du même ordre de grandeur que le coût effectif supporté par les entreprises attributaires, ne puisse avoir d'autre explication que la mise en œuvre concertée d'une pratique ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence sur le marché ;

Considérant, par ailleurs, que si le groupement en cause a été déclaré attributaire du marché en raison du fait, d'une part, que certaines entreprises, qui avaient soumissionné lors du premier appel d'offres, ont renoncé à se présenter au second, soit que leur carnet de commandes se soit rempli entre temps (augmentation de 50 % du volume de commandes par rapport à la période du lancement du premier appel d'offres dans le cas de la société Fondeville), soit, qu'elles aient estimé que le niveau des prix proposé par la SAES lors du premier appel d'offres était tellement inférieur à celui qu'elles étaient en mesure de proposer qu'elles souhaitaient ne pas se discréditer (cas de la Méridionale) et, d'autre part, que d'autres entreprises ont proposé des prix supérieurs au groupement SAES/SM, aucun élément du dossier ne permet, en revanche, d'établir que certaines des entreprises concurrentes auraient déposé, lors du second appel d'offres, des offres de couverture, ou que le groupement aurait eu la certitude, fondée sur des échanges d'information, d'apparaître comme le moins-disant ;

Considérant, enfin, que le maître d'ouvrage n'a pu être trompé sur la réalité de la concurrence, dès lors que les entreprises SAES et SM ont fait connaître leur décision de répondre en groupement, comme le leur permettait, d'ailleurs, le règlement de l'appel d'offres ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas établi que le groupement entre les entreprises SAES et SM, pour répondre au second appel d'offres concernant la rénovation de l'Hôtel-Dieu de Narbonne, ait eu pour objet, ou pour effet, de limiter la concurrence sur le marché et constitue une pratique prohibée par les dispositions du livre IV du code de commerce ;

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de M. Lénica, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, M^{me} Pasturel, vice-présidente et M. Nasse, vice-président.

Le secrétaire de séance

Thierry Poncelet

Le vice-président, présidant la séance

Frédéric Jenny

02-D-18

Décision n° 02-D-18 du 13 mars 2002 relative aux pratiques de l'État et de l'Association pour les fouilles archéologiques nationales lors de la passation du marché des fouilles archéologiques préventives du chantier de modification de la route départementale Le Canet Perpignan

Le Conseil de la concurrence (Commission permanente),

Vu la lettre du 17 mars 1998, enregistrée sous le n° F 1030, par laquelle le président du conseil général des Pyrénées-Orientales a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques constatées lors de la dévolution du marché des fouilles archéologiques préventives du chantier de modification de la route départementale Le Canet Perpignan ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

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 au cours de la séance du 23 janvier 2002 ;

Les représentants du ministère de la culture entendus sur le fondement de l'article L. 463-7, 2^e alinéa, du code de commerce ;

Adopte, après avoir examiné les éléments relevés au cours de l'instruction (I), la présente décision fondée sur les motifs exposés dans les considérants qui suivent (II) :

Décisions / 02-D-18

129

I. - Les constatations

■ A. - Le secteur des fouilles archéologiques préventives

1. - Le contexte juridique

Le régime légal des fouilles archéologiques préventives

Selon les dispositions de la convention européenne du patrimoine archéologique signée à Malte le 16 janvier 1992, sont considérés, comme éléments du patrimoine archéologique, tous les vestiges, biens et autres traces de l'existence de l'humanité dans le passé.

Compte tenu de cette définition extensive, l'archéologie, longtemps limitée à l'étude de la préhistoire, de l'antiquité et des périodes médiévales, est désormais de plus en plus associée à l'étude des temps modernes et son champ d'intervention s'est considérablement accru, entraînant par-là même la multiplication des chantiers de fouilles. Par ailleurs, la réalisation de grandes opérations d'infrastructures urbaines ou de génie civil a parfois eu pour conséquence la destruction d'éléments du patrimoine archéologique, ce risque s'accroissant parallèlement à l'adoption d'une définition plus large en matière de patrimoine.

Il est donc apparu nécessaire de mettre en œuvre un mécanisme de protection afin que la réalisation des grands travaux d'infrastructures ne puisse se faire sans que l'inventaire archéologique des zones soumises à travaux soit préalablement assuré. La levée de cette «*hypothèque archéologique*» impliquait que les aménageurs laissent procéder ou procèdent à des fouilles dites préventives, encore appelées fouilles de sauvetage, avant toute réalisation des travaux proprement dits.

Ces fouilles, qui impliquent trois catégories d'opérations (*étude et prospection, travaux de fouilles, mise en forme des données et diffusion des résultats*), sont entreprises lorsque des travaux d'aménagement sont susceptibles de détruire ou d'endommager irrémédiablement un site contenant des vestiges archéologiques. Elles se déroulent dans un laps de temps convenu, à la suite duquel, et sauf découverte exceptionnelle entraînant le classement du site, les travaux d'aménagement pourront être réalisés.

La loi du 27 septembre 1941, validée en 1944 et applicable jusqu'en 2001, prévoyait que les fouilles archéologiques pouvaient être conduites par l'État ou par des particuliers surveillés par l'État, tout en imposant à l'opérateur des fouilles, quel qu'il soit, d'avoir obtenu au préalable une autorisation spécifique délivrée par l'autorité compétente. Les infractions à ces dispositions étaient réprimées par l'article 257-1 du code pénal, lequel prévoit toujours des peines d'amende et d'emprisonnement en cas de destruction de vestiges archéologiques découverts fortuitement.

Le décret n° 94-422 du 27 mai 1994 avait précisé que les autorisations de fouilles étaient délivrées par le préfet de région après consultation de la commission interrégionale de la recherche archéologique (CIRA) territorialement compétente, chaque commission étant composée de huit membres dont un désigné par le ministre de la culture et sept désignés par le préfet de région sur proposition du directeur régional des affaires culturelles, en raison de leur compétence en matière de recherche archéologique. Les fouilles étaient effectuées sous la responsabilité du demandeur de l'autorisation et sous la surveillance de l'administration.

La loi n° 2001-44 du 17 janvier 2001 relative à l'archéologie préventive, intervenue postérieurement aux faits constatés dans la présente affaire et qui n'a pas d'effet rétroactif, a modifié cette organisation en confiant le monopole des fouilles archéologiques préventives à un établissement public administratif, l'Institut national de recherches archéologiques préventives, auquel sont dévolus les biens, droits et obligations de l'association pour les fouilles archéologiques nationales (AFAN) dont il sera traité ci-dessous.

Les obligations des aménageurs

La loi n° 76-629 du 10 juillet 1976, relative à la protection de la nature, a rendu obligatoires les études d'impact lorsqu'un projet affecte l'environnement. Le contenu de ces études a été fixé par le décret n° 77-1141 du 12 octobre 1977, pris pour l'application de l'article 2 de la loi et modifié par le décret n° 93-245 du 25 février 1993 relatif aux études d'impact, lequel a élargi au patrimoine culturel et archéologique la notion d'environnement, l'obligation de mener une étude d'impact étant ainsi étendue en cas de projet d'aménagement susceptible d'avoir un effet sur la préservation du patrimoine.

Le décret, sous certaines réserves, précise que : «*Les études préalables à la réalisation d'aménagements ou d'ouvrages prescrits par le présent décret sont faites par le pétitionnaire ou le maître d'ouvrage*» et que, pour ce qui concerne les mesures destinées à supprimer, réduire ou compenser les conséquences du projet, l'étude doit indiquer «*l'estimation des dépenses correspondantes*».

Dans une circulaire n° A5.1.2 du 1^{er} juin 1993, adressée aux préfets de région et aux directeurs régionaux des affaires culturelles, le ministre de l'éducation et de la culture, commentant l'intervention du décret du 25 février 1993 susvisé, précisait que l'étude d'impact était à la charge de l'aménageur, y compris en ce qui concerne son volet «*archéologie*». L'aménageur devait donc, selon cette circulaire, prendre à sa charge, au titre de l'obligation d'élaboration d'une étude d'impact, le coût de l'analyse de l'état initial du site (*opération de diagnostic*), puis le coût des fouilles destinées à compenser les conséquences dommageables du projet sur l'environnement archéologique (*fouilles préventives*).

C'est dans ces conditions que les aménageurs ont été invités à prendre à leur charge les dépenses liées à l'exécution des fouilles archéologiques préventives.

La soumission des fouilles archéologiques préventives au droit de la concurrence

Dans un avis n° 98-A-07 du 19 mai 1998, publié au bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes en date du 29 janvier 1999, le Conseil de la concurrence a indiqué que l'exécution des fouilles archéologiques préventives est une activité économique relevant de l'article 53 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 420 du code de commerce.

2. - Le contexte économique

Trois catégories d'acteurs peuvent être identifiés : l'État, les opérateurs et les aménageurs.

Les services de l'État, à savoir la sous-direction de l'archéologie du ministère de la culture, ainsi que les services déconcentrés de ce ministère (direction régionale des affaires culturelles, dite DRAC) ont pour missions de veiller à l'application de la législation et de la réglementation sur les fouilles et découvertes archéologiques, d'organiser la recherche archéologique et de définir ses objectifs. L'État intervient également comme opérateur, soit lorsqu'il exécute

directement une fouille ou un sondage, soit lorsqu'il subventionne les travaux de fouilles préventives, soit lorsqu'il réalise la carte archéologique de la France.

Parmi les opérateurs, l'Association pour les fouilles archéologiques nationales (AFAN), créée en 1973, à l'initiative du ministère de la culture et du ministère des finances est un intervenant majeur. Cette association avait initialement pour mission de gérer les crédits provenant des participations demandées aux aménageurs pour réaliser les opérations de fouilles archéologiques préventives.

L'AFAN est cependant devenue un opérateur direct de fouilles préventives puisqu'elle assure, de fait, en France la quasi-totalité de ce type d'opérations : elle a ainsi mené à bien, en 1998, 1 524 opérations représentant un montant de 296 716 000 francs, en employant 1 110 personnes. En 2000, l'association a perçu 407 millions de francs dont 63 % en provenance du secteur public, 3 % des sociétés d'autoroute et 34 % du secteur privé.

L'avis du 19 mai 1998, déjà cité, avait relevé que l'association était en situation de quasi-monopole sur le secteur des fouilles archéologiques préventives. Le Conseil avait également précisé que l'AFAN devait être regardée, lorsqu'elle exerce cette activité, comme une entreprise au sens de l'article 90, paragraphe 1, du traité de Rome.

Il existe néanmoins plusieurs autres intervenants en matière de fouilles archéologiques, dont le rôle est resté très limité à ce jour. Il s'agit du CNRS, des unités de recherche de certaines universités ou de certains musées agissant plus particulièrement dans le secteur des fouilles programmées, des services spécialisés des collectivités locales (*24 services départementaux et 77 services municipaux en 1998*), d'autres associations archéologiques, regroupant des bénévoles autour d'archéologues professionnels, situées dans la plupart des départements et des grandes villes et enfin de professionnels regroupés dans des entreprises commerciales, qu'ils soient français telle la société HADES «*bureau de reconnaissance et d'investigations archéologiques*», créée en 1994, ou étrangers (britanniques ou espagnols essentiellement).

Les aménageurs peuvent être soit des collectivités publiques, soit des entreprises publiques, soit des entreprises privées. Ils exécutent des travaux dont la réalisation peut mettre en danger le patrimoine archéologique et doivent donc, sauf à engager leur éventuelle responsabilité pénale, prendre, avant d'entreprendre la phase de réalisation des travaux envisagés, toutes mesures de nature à préserver ce patrimoine. Ils ont ainsi été conduits, dans les faits, à financer la réalisation de fouilles archéologiques préventives sur les sites concernés par les travaux, se rangeant ainsi au raisonnement des services du ministère de la culture selon lequel ce type d'opération fait partie des obligations nées de la loi de 1977 en matière d'étude d'impact.

En pratique, et selon le schéma rappelé par le ministre de la culture dans sa circulaire n° 1 624 du 16 mai 1995, l'aménageur signe avec l'État (*ministère de la culture*) une convention prévoyant, d'une part, qu'il prend à sa charge les opérations de sondage et de fouilles préventives et d'autre part, qu'il choisit de confier la réalisation de ces travaux à un opérateur qui, le plus souvent, est l'AFAN.

Dans le présent dossier, l'aménageur est le département des Pyrénées-Orientales en sa qualité de maître d'ouvrage des travaux de réaménagement routier de la route départementale n° 617 Perpignan / Le Canet.

■ B. - Le marché de référence

1. - L'origine du marché

La liaison routière Perpignan / Canet-en-Roussillon, très fréquentée, étant devenue une des plus meurtrières du département des Pyrénées-Orientales, le conseil général a décidé de la réaménager en créant une liaison rapide à quatre voies avec séparation centrale.

L'étude préliminaire liée à la déclaration d'utilité publique des travaux a révélé la présence de vestiges archéologiques datant du Moyen-Âge sur le site de «*Vilarnau - Mas Miraflor*». Une première opération de sondages, menée par des archéologues salariés de l'AFAN, du 16 octobre au 16 novembre 1995, laissait supposer l'existence, sur ce site susceptible d'être détruit à la suite des travaux routiers, d'une motte castrale caractéristique de l'architecture féodale du X^e et du XI^e siècle, vestige d'un intérêt archéologique et historique certain.

Un rapport de diagnostic archéologique a été transmis au président du conseil général des Pyrénées-Orientales, le 23 février 1996, par le directeur régional des affaires culturelles, ce dernier informant, par la même occasion, le département de la nécessité de procéder à des fouilles archéologiques préventives conformément à l'avis de la CIRA et lui «*(...) confirm(ant)... la nécessité à réaliser cette étude, qui sera confiée à l'association pour les fouilles archéologiques nationales*». A cette lettre, était joint «*afin de mettre en œuvre les travaux... le devis prévisionnel de l'opération, rédigé selon mes prescriptions, accompagné de la convention*». Le projet de convention, joint au rapport et à la lettre de la DRAC, prévoyait des travaux d'une durée de 3 mois et demi pour un budget prévisionnel de 450 528,50 FF détaillé dans le devis annexé au projet. Le département des Pyrénées-Orientales devait donc, avant de poursuivre les travaux, lever «*l'hypothèque archéologique*» en faisant procéder à des fouilles archéologiques préventives sur le site de «*Vilarnau - Mas Miraflor*».

2. - L'historique du marché

Répondant, le 11 avril 1996, à la lettre précitée du directeur régional des affaires culturelles, le président du conseil général des Pyrénées-Orientales estimait que les conditions financières figurant dans les documents transmis étaient exagérées et s'étonnait du «*manque évident de concertation dans l'instruction de ce projet de convention d'étude*». Il demandait qu'une réunion de travail soit organisée afin de pouvoir discuter des conditions d'exécution des fouilles archéologiques préventives du «*Mas Miraflor*», notamment du détail des quantités prévisionnelles et du contenu des prix unitaires et des modalités de diminution de la rémunération en cas de fouilles présentant un intérêt plus limité que prévu.

Le directeur régional des affaires culturelles répliquait, le 7 juin 1996, en indiquant que le coût des fouilles préventives était déterminé par l'AFAN selon des barèmes nationaux et était fonction des caractéristiques du cahier des charges défini par le conservateur régional de l'archéologie et approuvé par la CIRA. Il précisait que M. Alessandri, salarié de l'AFAN, serait disponible pour assurer la direction des fouilles aux environs du 15 juillet.

Par lettre adressée le 26 juillet 1996 au ministre de la culture, le président du conseil général des Pyrénées-Orientales s'étonnait de ce que le financement des fouilles archéologiques, réalisées en application de la loi du 27 septembre 1941, soit intégralement à la charge du département et de ce que l'attribution de ces travaux ne fasse pas l'objet d'un marché passé dans les conditions prévues par le code des marchés publics. Il précisait, en outre, que certaines clauses de la convention de travaux, qui lui avait été adressée, ne seraient pas acceptées par le payeur départemental comme étant contraires à différentes dispositions législatives ou aux règles de la comptabilité publique.

Après réception d'une réponse d'attente du ministre, le département des Pyrénées-Orientales décidait de ne pas signer la convention qui lui était proposée par les services de la DRAC et de soumettre le marché des fouilles préventives du «*Mas Mirafior*» à un appel d'offres, conformément aux dispositions du code des marchés publics. Cet appel d'offres, lancé le 7 octobre 1996, pour un marché composé d'un lot unique d'un montant de 450 000 FF, était déclaré infructueux le 11 décembre 1996, faute de candidatures et le département décidait de recourir à la procédure de marché négocié avec consultation préalable.

Un avis d'appel public à la concurrence était publié le 14 avril 1997. Quatre offres étaient reçues et ouvertes le 27 juin 1997, dont trois émanant d'associations espagnoles d'archéologie et une de l'AFAN, cette dernière présentant une offre pour un montant de 552 899,49 FF TTC.

Compte tenu de la réglementation existante, qui exige que le responsable de l'opération archéologique soit autorisé par un arrêté du préfet de région, pris après consultation de la CIRA, à réaliser les fouilles sur le site concerné, l'ensemble des offres était transmis, le 1^{er} juillet 1997, par le département des Pyrénées-Orientales, à la direction régionale des affaires culturelles afin que la commission se prononce sur la qualification scientifique des responsables d'équipes de fouilles. A la suite d'une demande de renseignements complémentaires à laquelle deux des candidats ne répondaient pas, seules restaient en compétition l'AFAN et l'association ARQUEOCIENCIA de Barcelone dont l'offre s'établissait à 391 202,28 FF TTC.

Lors de sa réunion des 1^{er} et 2 octobre 1997, la commission interrégionale de la recherche archéologique du sud-est, après avoir «*accepté le principe de la mise en concurrence d'équipes scientifiques*», proposait de retenir M. Alessandri, salarié de l'AFAN, comme responsable de l'opération, «*au vu de sa réponse et de sa compétence reconnue*», sans aucunement se prononcer sur les qualités scientifiques du responsable d'opération proposé par l'association ARQUEOCIENCIA. Cet avis était communiqué par le préfet de

la région Languedoc-Roussillon au président du conseil général des Pyrénées-Orientales par lettre du 5 novembre 1997.

Par une décision du 3 décembre 1997, notifiée le même jour au président du conseil général des Pyrénées-Orientales, le préfet de la région Languedoc-Roussillon délivrait alors à M. Alessandri, archéologue salarié de l'AFAN, une autorisation de fouilles sur le site du «*Mas Miraflor / Vilarnau d'Aval*».

Prenant acte de l'avis de la CIRA et anticipant la décision du préfet de région, le département des Pyrénées-Orientales constatait, le 20 octobre 1997, qu'il ne pouvait confier l'opération de fouilles archéologiques préventives qu'à l'équipe de l'AFAN dirigée par M. Alessandri. Le montant de l'opération était alors réévalué de 450 000 FF à 555 000 FF TTC pour tenir compte de la proposition de l'AFAN et l'acte d'engagement du marché négocié était signé le 4 novembre 1997 pour un montant de 552 899,49 FF TTC. Le marché avait pour objet d'assurer la fouille des espaces mis à jour, l'exploration ponctuelle du fossé délimitant le site et la rédaction d'un rapport de synthèse. Il prévoyait que l'opérateur prenait à sa charge la mise en place des installations de chantier, le piquetage ou le bornage des emprises archéologiques, la mise à disposition d'une pelle mécanique et de 2 camions, la réalisation des terrassements de décapage préalable, le comblement des aires de fouilles, la mise en place des systèmes de sécurité des archéologues.

Les travaux ont été réalisés du 8 décembre 1997 au 12 février 1998. Le document final de synthèse a été transmis au président du conseil général des Pyrénées-Orientales, le 16 avril 1998.

■ C. - La notification de griefs

Au vu des éléments recueillis au cours de l'instruction, les griefs suivants ont été notifiés à l'État et à l'AFAN, sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce :

- Le refus d'accepter la procédure de mise en concurrence prévue par le code des marchés publics pour l'attribution du type de marché considéré ;
- L'utilisation, par l'État (*ministère de la culture*), de ses prérogatives de puissance publique pour imposer au département des Pyrénées-Orientales le recours à l'AFAN dans la conduite des travaux de fouilles archéologiques préventives au détriment de la liberté de choix de celui-ci ;
- Le refus de discussion avec le département des Pyrénées-Orientales des prestations proposées par l'État (*ministère de la culture*) et/ou l'AFAN dans le cadre du marché des fouilles archéologiques préventives et l'impossibilité pour ce dernier de pouvoir apprécier le bien-fondé des prestations qui lui ont été imposées ;
- Les pressions exercées par l'AFAN sur d'éventuels concurrents ;
- L'avantage procuré à l'État (*ministère de la culture*) et/ou à l'AFAN par la connaissance des sites prospectés au titre des fouilles de sondage et de l'inventaire dressé pour l'établissement de la carte archéologique de France.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil de la concurrence :

1. - Sur la situation juridique de l'Association pour les fouilles archéologiques nationales :

Considérant que si, conformément à un principe général de procédure, l'instance en cours devant le Conseil est interrompue lorsqu'un changement survenu dans la situation juridique d'une entreprise mise en cause entraîne la perte par celle-ci de sa capacité à répondre des pratiques anticoncurrentielles faisant l'objet de la poursuite, et si cette interruption se poursuit jusqu'à l'intervention ou la mise en cause de l'entreprise apte, le cas échéant, à répondre des pratiques imputées à l'entreprise dont elle assure la continuité, l'interruption ne se produit pas lorsque l'événement qui en est la cause survient après l'ouverture des débats, laquelle a pour effet de cristalliser la situation procédurale des parties ; qu'en l'espèce, le décret n° 2002-90 du 16 janvier 2002 portant statut de l'Institut national de recherches archéologiques préventives prévoit, à l'article 27, que *«la dévolution des biens, droits et obligations de l'association dénommée «Association pour les fouilles archéologiques nationales» intervient à la date prévue à l'article 35»* ; que la date d'entrée en vigueur du décret est fixée par l'article 35 au *«premier jour du mois suivant sa publication»*, c'est-à-dire au 1^{er} février 2002 ; qu'ainsi, lors de la séance du 23 janvier 2002, la dévolution à l'Institut national de recherches archéologiques préventives des biens, droits et obligations de l'AFAN, prévue à l'article 4 de la loi du 17 janvier 2001, n'était pas encore effective ; qu'il s'ensuit que l'instance n'a pas subi d'interruption à l'égard de l'AFAN et que celle-ci figure valablement en tant que partie à la procédure ;

2. - Sur la détermination de l'auteur des pratiques faisant l'objet des griefs :

Considérant qu'aux termes de l'article L. 410-1 du code de commerce : *«Les règles définies au présent livre s'appliquent 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 délégations de service public.»* ;

Considérant que l'Association française pour les fouilles archéologiques nationales (AFAN), créée en 1973 à l'initiative du ministère de la culture et du ministère de l'économie et des finances, ne pourrait être considérée comme un opérateur économique que dans la mesure où il apparaîtrait qu'elle a agi de manière autonome dans le secteur des fouilles archéologiques préventives ; que l'instruction a permis d'établir que cette autonomie est inexistante et que l'association n'est, en réalité, qu'une émanation des services de l'État (ministère de la culture) agissant comme opérateur économique dans le secteur en cause ;

Considérant que les statuts de l'AFAN prévoient, en effet, que celle-ci contribue, sous le contrôle de l'État, à la réalisation des objectifs du service public de l'archéologie et de la politique archéologique nationale ; que son budget est soumis à l'approbation des ministres chargés de la culture et du budget et n'est exécutable qu'après approbation par ces derniers ; que l'association est soumise, comme tout service administratif, au contrôle financier de l'État ; que sa comptabilité est tenue conformément au plan comptable général et que les conditions dans lesquelles s'effectuent ses opérations financières sont fixées par un règlement financier et comptable approuvé par les ministres de la culture et du budget ; qu'elle est administrée par un conseil d'administration composé de 14 membres dont 7 sont désignés par le ministre de la culture et un par le ministre du budget ; qu'elle rend compte, chaque année, de son activité au ministre chargé de la culture et soumet à son approbation le programme prévu pour l'année suivante ; qu'enfin, l'article 23 des statuts prévoit qu'un commissaire du gouvernement est désigné par le ministre de la culture et qu'il peut exercer un droit de veto suspensif d'un mois à l'encontre des délibérations du conseil d'administration, ces délibérations pouvant alors être annulées en tout ou en partie par le ministre de la culture ;

Considérant, en outre, qu'il ressort de la convention-cadre conclue entre l'État et l'AFAN, le 1^{er} juillet 1992, que l'AFAN ne peut intervenir que sur les opérations autorisées ou décidées par l'État et dont il a nominativement désigné le responsable, sans pouvoir mener d'opérations de sa propre initiative, aucune exception n'étant prévue en ce qui concerne des chantiers de fouilles situés hors du territoire national ; que, de même, les opérations archéologiques auxquelles participe l'association sont placées sous le contrôle scientifique des services de l'État dont l'avis est demandé lors du recrutement des agents qui concourent à leur réalisation ;

Considérant, enfin, que l'État, qui a confié à l'AFAN la mission de réaliser la carte archéologique de la France, assure le fonctionnement de l'association en lui accordant des subventions de fonctionnement et en mettant des personnels à sa disposition ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'AFAN ne dispose d'aucune indépendance de décision vis-à-vis des services de l'État en ce qui concerne l'initiative et la conduite des fouilles archéologiques préventives, la définition des prestations proposées aux clients, la fixation de ses prix et tarifs et même la gestion de son personnel ; que, sous le couvert de cette association-relais, qualifiée par elle-même et par les services de l'État de «*démembrement de l'administration*», l'État est intervenu directement comme opérateur économique sur le secteur des fouilles archéologiques préventives et a donc assuré, après en avoir mis au point le contenu et le prix, les prestations du marché des fouilles archéologiques préventives du «*Mas Miraflor*» ; qu'il y a lieu, en conséquence, de considérer que les pratiques relevées au cours de l'instruction doivent être imputées directement à l'État, représenté par le ministre de la culture ;

3. - Sur le refus de l'État de se soumettre à la procédure de mise en concurrence prévue par le code des marchés publics et sur l'utilisation par l'État de ses prérogatives de puissance publique pour imposer au département des Pyrénées-Orientales le recours à l'AFAN dans la conduite des travaux de fouilles archéologiques préventives, au détriment de la liberté de choix du maître d'ouvrage (1^{er} et 2^e griefs) :

Sur la compétence du Conseil de la concurrence :

Considérant que, dans son arrêt du 18 octobre 1999 (préfet de la région d'Île-de-France, préfet de Paris c/cour d'appel de Paris, Aéroports de Paris et Air France c/TAT European Airlines), le Tribunal des conflits a jugé 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 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 encourue par ces personnes publiques ;

Considérant que les deux premiers griefs qui ont été notifiés en ce qui concerne, d'une part, le refus de se soumettre aux dispositions du code des marchés publics et, d'autre part, l'exercice de pressions par l'administration pour imposer l'AFAN comme prestataire au département des Pyrénées-Orientales, au détriment de la liberté de choix de celui-ci, reposent sur des pratiques administratives caractérisées par la mise en œuvre, par l'État, de prérogatives de puissance publique ;

Considérant, en effet, en premier lieu, que les positions successives, prises par le directeur régional des affaires culturelles à l'égard du conseil général des Pyrénées-Orientales rappelées ci-dessus et tendant à ne pas soumettre au code des marchés publics, et notamment à une procédure de mise en concurrence, la réalisation des travaux de fouilles archéologiques préventives et à lui imposer comme prestataire l'AFAN, ne constituent que la mise en œuvre à l'échelon local par les services de l'État de circulaires adressées aux préfets de région et aux directeurs régionaux des affaires culturelles par le ministre de la culture, notamment une circulaire n° 1624 du 16 mai 1995 et une circulaire n° 58196 du 11 mars 1997 ; que le premier de ces documents (cotes 97 et suivantes des annexes du rapport), qui contient des *«instructions relatives à la mise en place, au suivi et à la clôture des opérations gérées par l'association pour les fouilles archéologiques nationales (AFAN)»*, précise qu'après avis, le cas échéant, de la CIRA sur le projet de fouilles concerné, le cahier des charges établi par le service régional de l'archéologie *«est adressé à l'antenne de l'AFAN pour établissement du devis»* et que la composition de l'équipe est ensuite proposée au chef d'antenne de l'AFAN

par le responsable, s'il est désigné et, dans le cas contraire, au conservateur régional de l'archéologie par le chef d'antenne AFAN ; que la circulaire du 11 mars 1997, relative au renouvellement de la convention État/AFAN (cotes 24 et suivantes des annexes du rapport) relève que *«face aux contraintes de tous ordres (...) que doivent respecter les opérations d'archéologie préventive, le recours à des équipes véritablement professionnalisées s'impose. A cet égard, l'AFAN apparaît dans bien des cas comme le seul opérateur véritablement en mesure de mobiliser les moyens humains et matériels que le respect de ces contraintes exige. L'AFAN est donc le partenaire privilégié de l'État. Je vous demande donc de veiller à ce que l'AFAN soit en mesure d'assurer ces missions d'intérêt général. Il en va de la cohérence de la gestion nationale des chantiers de fouilles de sauvetage»* ; que les circulaires en cause, par lesquelles le ministre de la culture, en sa qualité d'autorité hiérarchique, prescrit aux préfets et aux directeurs régionaux des affaires culturelles la ligne de conduite à tenir en ce qui concerne le choix et le rôle de l'AFAN dans la réalisation des opérations de fouilles préventives, sans se référer aux procédures prévues par le code des marchés publics, présentent, compte tenu des termes qu'elle emploient, un caractère impératif ; qu'ainsi, indépendamment de leur caractère légal ou non, elles ont un caractère réglementaire et non interprétatif (CE 12 novembre 1986 Winterstein, Rec. 338, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative p. 502) ;

Considérant, en second lieu, que le deuxième grief met en cause le comportement de la commission interrégionale de la recherche archéologique du sud-est ; que les CIRA ont reçu des textes qui les ont instituées le pouvoir de rendre un avis sur la qualité scientifique des responsables des fouilles ; que cet avis est indissociable de la décision prise par le préfet en ce qui concerne l'autorisation des fouilles et la désignation du responsable scientifique prévu par le décret n° 94-422 du 27 mai 1994 ;

Considérant, ainsi, que les pratiques faisant l'objet du premier et du deuxième grief reposent sur des décisions par lesquelles l'État a assuré la mission de service public qui lui incombe au moyen de prérogatives de puissance publique et que l'appréciation de leur légalité au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce échappe à la compétence du Conseil de la concurrence ; que la saisine doit, en conséquence, être déclarée irrecevable de ces deux chefs, en application de l'article L. 462-8 du code de commerce ;

4. - Sur le caractère abusif des clauses du marché proposé par l'État au département des Pyrénées-Orientales, et l'impossibilité de les renégocier (3^e grief) :

Considérant que dans une décision n° 00-D-27 du 13 juin 2000 Union fédérale des consommateurs du Val d'Oise, le Conseil a retenu que si, en règle générale, les abus de position dominante qu'il réprime consistent, pour l'entreprise considérée, à empêcher des concurrents de pénétrer sur un marché ou à gêner l'activité de ceux qui s'y trouvent, il peut, dans certaines circonstances, également s'assurer, sur la base de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 420-2 du code de commerce, que l'entreprise en position dominante n'exploite pas abusivement

cette dernière au détriment direct du consommateur ; qu'il en irait, notamment, ainsi si l'entreprise en position dominante imposait à son client de lui acheter un volume de prestations injustifié que ce dernier ne serait pas en mesure de discuter ou bien fixait son prix à un niveau manifestement excessif ;

Considérant, encore, que, selon la jurisprudence de la CJCE, une pratique de prix abusifs à l'égard de particuliers ou de professionnels, dans le cadre d'un monopole, peut être établie, s'il existe une disproportion manifeste entre ce prix et la valeur du service correspondant (CJCE General Motors 13 novembre 1975 et CJCE 11 novembre 1986 British Leyland), ou si une telle anomalie manifeste apparaît à la suite d'une comparaison effectuée sur une base homogène dans le cadre d'une analyse des composants du prix pratiqué (CJCE 14 février 1978 UBC et CJCE 13 juillet 1989 Tournier) ; qu'une telle pratique n'existera pas si la disproportion constatée comporte une justification (CJCE 8 juin 1971 Deutsche Grammophon et CJCE 13 juillet 1989 Tournier, précité) ;

Considérant que, lors de son audition du 4 mai 1999 (cote 78), M. Guyonnet, directeur du service des routes du département des Pyrénées-Orientales, a affirmé que le département avait été dans l'impossibilité de renégocier les différents postes du marché qui lui était proposé, montant du devis, durée de l'intervention, contrôle des prestations, contenu de certaines clauses du contrat de travaux et que le département des Pyrénées-Orientales, qui avait initialement envisagé de faire procéder à des travaux d'un montant de 450 000 FF, a dû réévaluer le coût de ceux-ci afin de se mettre en conformité avec les propositions de l'AFAN d'un montant de 552 899,49 FF TTC ; que le département n'aurait pas non plus été en mesure d'apprécier si certaines dépenses mises à sa charge au titre du devis de l'AFAN lui étaient véritablement imputables ;

Considérant qu'ainsi qu'il a été indiqué plus haut, le directeur régional des affaires culturelles du Languedoc-Roussillon a, le 23 février 1996, transmis au président du conseil général des Pyrénées-Orientales un projet de convention devant comporter la signature de l'État (ministère de la culture), de l'AFAN et du département des Pyrénées-Orientales, prévoyant des travaux d'une durée de 3 mois et demi pour un budget prévisionnel de 450 528,50 FF, détaillé en annexe dans un devis ; que l'AFAN et, par voie de conséquence, l'État, a fait application, à cette occasion, d'un barème spécifique établi à l'échelon national, actualisé et révisé sur la base des indices de l'ingénierie et impliquant que les devis soient établis par référence à un cahier des charges défini par le conservateur régional de l'archéologie ; que l'existence de ce barème ressort du courrier adressé, le 7 juin 1996, au président du conseil général des Pyrénées-Orientales par le directeur régional des affaires culturelles (cote 39) ; que le président de l'AFAN a également confirmé, lors de son audition du 15 juin 1999 (cote 84), que les barèmes proposés aux aménageurs sont arrêtés par le comité financier de l'AFAN sur proposition de la direction et établis de façon à pouvoir traiter de manière homogène les opérations d'archéologie préventive sur l'ensemble du territoire tout en permettant d'atteindre l'équilibre de gestion ;

Considérant que les propositions ainsi formulées peuvent être comparées à celles émanant du marché puisque le conseil général des Pyrénées-

Orientales a organisé un premier appel d'offres, déclaré infructueux le 11 décembre 1996, puis un marché négocié avec consultation préalable, auquel quatre entreprises ont répondu, le 27 juin 1997 ; que parmi ces quatre entreprises, l'AFAN a présenté une offre pour un montant de 552 899,49 FF et l'association ARQUEOCIENCIA, patronnée par l'université de Barcelone, une offre de 391 202,28 FF ; que la commission interrégionale de la recherche archéologique du sud-est, chargée lors de sa réunion des 1^{er} et 2 octobre 1997 de fournir un avis sur les qualités scientifiques des responsables des équipes s'étant proposées pour exécuter le marché, a fourni un avis positif sur le responsable du projet de l'AFAN mais s'est abstenue de donner son avis sur le responsable du projet de l'ARQUEOCIENCIA ; que, cet avis étant nécessaire à la délivrance par le Préfet de l'autorisation de fouilles, l'abstention de la commission excluait de facto l'ARQUEOCIENCIA de l'exécution du marché ; que, faute de cet avis, il n'est pas possible de savoir si l'écart de plus de 40 % qui sépare le prix proposé par l'AFAN de celui de sa concurrente espagnole traduit le caractère anormalement élevé de ce prix, l'inadéquation des prestations ou bien s'explique par l'insuffisance scientifique du projet de l'ARQUEOCIENCIA ; que le caractère abusif du projet de l'AFAN n'est donc pas démontré ;

Considérant, au surplus, qu'il ressort de la lettre en date du 7 juin 1996, adressée au président du conseil général des Pyrénées-Orientales par le directeur régional des affaires culturelles, déjà citée, que ce dernier a précisé, en ce qui concerne les conditions d'intervention de l'AFAN, que : *«Le projet de convention qui vous a été transmis est fondé sur le modèle type des documents établis pour la mise en oeuvre de ce type de travaux, étant entendu qu'il s'agit d'une trame sur laquelle vous êtes invités à introduire les modifications qui vous conviendraient»* ; qu'il résulte de la lettre adressée le 26 juillet 1996, par le président du conseil général des Pyrénées-Orientales, au ministre de la culture (cote 41) qu'une réunion a effectivement eu lieu, le 18 juillet 1996, entre les services du département, ceux de la direction régionale des affaires culturelles et un représentant de l'AFAN mais que cette réunion *«n'a pas permis d'avancer vers une solution acceptable»* ;

Considérant qu'ainsi, le 3^e grief, tiré d'un abus d'exploitation de la position dominante de l'AFAN, n'est pas établi ;

5. - Sur les pressions imputées à l'AFAN sur d'éventuels concurrents (4^e grief) :

Considérant qu'il ne ressort d'aucun élément du dossier que l'État ou l'AFAN ait exercé des pressions sur les entreprises susceptibles de concourir pour l'attribution du marché des fouilles de sauvetage du site du *«Mas Mirafior»* ; qu'il n'est pas établi, en particulier, que l'AFAN serait intervenue pour demander à certains archéologues de retirer leur candidature, les initiatives dénoncées paraissant, en réalité, émaner d'une société d'archéologie médiévale ayant son siège à l'université de Caen (cote 60) ainsi que du syndicat général des personnels du service public de l'archéologie (cote 62) ;

que, de même, il n'est pas démontré que l'AFAN soit l'organisatrice des manifestations qui ont eu lieu devant l'Hôtel du département des Pyrénées-Orientales lors du vote de la délibération ouvrant à la concurrence l'attribution du marché en cause ;

6. - Sur l'avantage procuré à l'AFAN par la connaissance de la carte archéologique de la France et par la réalisation des fouilles de sondage (5^e grief) :

Considérant que, s'il est exact que l'État a bénéficié, par l'intermédiaire de l'AFAN, des données recueillies par cette dernière dans le cadre de l'établissement de sa mission d'élaboration de la carte archéologique de France, il n'est pas établi par l'instruction que cette connaissance lui ait conféré un avantage de nature à lui permettre d'obtenir la dévolution du marché en cause ; que, de même, il n'est pas démontré que la réalisation, par des salariés de l'AFAN, des fouilles de sondage du site ait été de nature à conférer à l'État un avantage dans le cadre de la compétition l'opposant à la société espagnole ARQUEOCIENCIA ; qu'en particulier, il ne ressort pas de la lecture des documents contenus dans les propositions faites initialement au département ou du procès-verbal de la réunion de la commission interrégionale de l'archéologie du Sud-Est consacrée à l'examen du dossier présenté par l'AFAN qu'une éventuelle connaissance du site ait permis à l'État d'emporter le marché en cause ;

Considérant que l'article L. 462-6 du code de commerce dispose que : *«Lorsqu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, 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»* ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il doit être fait application de ce texte en ce qui concerne les troisième, quatrième et cinquième griefs ;

Décide

Article 1 - La saisine est déclarée irrecevable du chef des pratiques faisant l'objet des premier et deuxième griefs.

Article 2 - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure en ce qui concerne les troisième, quatrième et cinquième griefs.

Délibéré sur le rapport oral de M. Lenoir, par M^{me} Pasturel, vice-présidente, présidant la séance, M. Nasse, vice-président et M. Bargue, membre.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La vice-présidente, présidant la séance
Micheline Pasturel

02-D-19

Décision n° 02-D-19 du 14 mars 2002 relative aux pratiques du Syndicat national des utilisateurs de grues et entreprises de levage-montage et manutention (SNUG) dans le secteur de la location de grues mobiles

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 30 juin 1995 sous le numéro F 777, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le Syndicat national des utilisateurs de grues et entreprises de levage-montage et manutention (SNUG) dans le secteur de la location des grues mobiles ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 19 décembre 2001 ;

Considérant que le ministre dénonce, dans sa saisine, un certain nombre de pratiques du Syndicat national des utilisateurs de grues et entreprises de levage-montage et manutention (SNUG) ayant pour objet d'inciter les entreprises du secteur à relever le niveau de leurs prix, et notamment l'élaboration d'un dossier «*prix de revient*» et la multiplication des incitations, auprès des entreprises du secteur, à utiliser ces prix de revient comme références pour la formation des prix de location des grues mobiles ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce dispose que : «*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 que le commissaire du Gouvernement fait valoir qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir pour faire accomplir un acte interruptif de prescription et que le délai prévu à l'article précité a été suspendu à son égard ; que la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 17 juillet 2001, censurant un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 mars 1999 qui avait admis le principe de la suspension de la prescription à l'égard de l'entreprise saisissante, mise dans l'impossibilité d'agir dans la procédure en cours devant le Conseil, ne s'applique pas au cas d'une saisine émanant du ministre car celui-ci, à la différence des entreprises ou autres personnes morales saisissantes, est dépourvu de tout moyen alternatif de protéger l'ordre public économique atteint par les pratiques anticoncurrentielles ;

Mais considérant que, saisie d'un arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu le 12 octobre 1999, qui avait retenu que le délai de prescription s'est trouvé

suspendu à l'égard du ministre dans la mesure où, partie saisissante en application de l'article 11 de l'ordonnance, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a été mis dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif dans la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence, la Cour de cassation, par un arrêt en date du 26 février 2002, a estimé «*qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte visé un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel l'a violé*» et prononcé la cassation de cet arrêt ;

Considérant qu'en l'espèce, depuis le 2 juillet 1998, date de la dernière audition effectuée, un délai de plus de trois ans s'est écoulé sans que le cours de la prescription ait été interrompu par un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés ; qu'en conséquence, la prescription étant ainsi acquise en application de l'article L. 462-7 du code de commerce, il convient de dire n'y avoir lieu à poursuivre la procédure ;

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu à poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Muller, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Nasse, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Anne Frédéric-Moreau

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-20

Décision n° 02-D-20 du 14 mars 2002 relative à des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans le réseau de distribution de la société Fichet-Bauche

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 12 juillet 1995 sous le numéro F 778, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Fichet-Bauche dans son réseau de distribution ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 19 décembre 2001 ;

Considérant que le ministre de l'économie dénonce, dans sa saisine, en date du 12 juillet 1995, le caractère anticoncurrentiel de certaines clauses des contrats d'approvisionnement privilégiés ainsi que des contrats liant la société Fichet-Bauche aux installateurs agréés Fichet et aux Points Forts ;

Considérant qu'un rapport d'enquête complémentaire, adressé au président du Conseil de la concurrence le 1^{er} octobre 1996, constate les améliorations apportées dans la nouvelle organisation et ne signale pas la perpétuation de pratiques anticoncurrentielles ;

Considérant que, par courrier du 10 juillet 1998, la rapporteure a demandé à la société Fichet des informations supplémentaires relatives à la nouvelle organisation de son réseau et que ces informations ont été adressées au Conseil le 28 août 1998 ; qu'aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des pratiques visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce n'a été ultérieurement diligenté ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce dispose : *«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 que le commissaire du Gouvernement fait valoir qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir pour faire accomplir un acte interruptif de prescription et que le délai prévu à l'article précité a été suspendu à son égard ; que la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 17 juillet 2001, censurant un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 mars 1999 qui avait admis le principe de la suspension de la prescription à l'égard de l'entreprise saisissante, mise dans l'impossibilité d'agir dans la procédure en cours devant le Conseil, ne s'applique pas au cas d'une saisine émanant du ministre car celui-ci, à la différence des entreprises ou autres

personnes morales saisissantes, est dépourvu de tout moyen alternatif de protéger l'ordre public économique atteint par les pratiques anticoncurrentielles ;

Mais considérant que, saisie d'un arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu le 12 octobre 1999, qui avait retenu que le délai de prescription s'est trouvé suspendu à l'égard du ministre dans la mesure où, partie saisissante en application de l'article 11 de l'ordonnance, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a été mis dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif dans la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence, la Cour de cassation, par un arrêt en date du 26 février 2002, a estimé *«qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte visé un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel l'a violé»* et prononcé la cassation de cet arrêt ;

Considérant qu'en l'espèce, depuis le 10 juillet 1998, date du dernier acte d'instruction effectué, plus de trois ans se sont écoulés sans que le cours de la prescription ait été interrompu par un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés ; que la prescription étant ainsi acquise, en application de l'article L. 462-7 du code de commerce, il convient de dire n'y avoir lieu à poursuivre la procédure ;

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu à poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Muller, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Nasse, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Anne Frédéric-Moreau

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-21

Décision n° 02-D-21 du 14 mars 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du transport scolaire dans les départements de l'Yonne et de la Nièvre

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre en date du 9 décembre 1997 enregistrée sous le numéro F 997, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées dans le secteur du transport scolaire dans les départements de l'Yonne et de la Nièvre ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 19 décembre 2001 ;

Considérant que le ministre dénonce dans sa saisine, en date du 9 décembre 1997, la diffusion, par des organisations professionnelles de transporteurs, de barèmes de prix et la répartition de lignes de transports scolaires entre leurs adhérents ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce 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»* ;

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier qu'aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des pratiques visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce n'a été diligenté ultérieurement à la saisine du Conseil dans le délai de trois ans prévu à l'article L. 462-7 précité ;

Considérant que le commissaire du Gouvernement fait valoir qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir pour faire accomplir un acte interruptif de prescription et que le délai prévu à l'article précité a été suspendu à son égard ; que la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 17 juillet 2001, censurant un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 mars 1999 qui avait admis le principe de la suspension de la prescription à l'égard de l'entreprise saisissante, mise dans l'impossibilité d'agir dans la procédure en cours devant le Conseil, ne s'applique pas au cas d'une saisine émanant du ministre car celui-ci, à la différence des entreprises ou autres personnes morales saisissantes, est dépourvu de tout moyen alternatif de protéger l'ordre public économique atteint par les pratiques anticoncurrentielles ;

Mais considérant que, saisi d'un arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu le 12 octobre 1999, qui avait retenu que le délai de prescription s'est trouvé suspendu à l'égard du ministre dans la mesure où, partie saisissante en

application de l'article 11 de l'ordonnance, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a été mis dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif dans la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence, la Cour de cassation, par un arrêt en date du 26 février 2002, a estimé *«qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte visé un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel l'a violé»* et prononcé la cassation de cet arrêt ;

Considérant qu'en l'espèce plus de trois ans se sont écoulés depuis le 9 décembre 1997, date de la saisine du conseil par le ministre, sans que le cours de la prescription ait été interrompu par un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés ; que la prescription étant ainsi acquise à la date du 9 décembre 2000, il convient de dire n'y avoir lieu à poursuivre la procédure ;

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Komiha, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Jenny et Nasse, vice-présidents.

La secrétaire de séance,
Anne Frédéric-Moreau

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-22

Décision n° 02-D-22 du 14 mars 2002 relative à des pratiques relevées sur des marchés de travaux de voirie dans le département du Nord

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre en date du 18 décembre 1997 enregistrée sous le numéro F 1002, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées sur des marchés de travaux de voirie dans le département du Nord ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 19 décembre 2001 ;

Considérant que les pratiques dénoncées par le ministre ont consisté, pour la société Colas Nord Picardie et sa filiale locale STAV, à s'abstenir de signaler aux maîtres d'ouvrage, d'une part, les liens existant entre elles, alors qu'elles répondaient séparément à certains appels d'offres, d'autre part, les accords de sous-traitance conclus entre elles à l'occasion de certains marchés ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce 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»* ;

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier qu'aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des pratiques visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce n'a été diligenté ultérieurement à la saisine du Conseil dans le délai de trois ans prévu à l'article L. 462-7 précité ;

Considérant que le commissaire du Gouvernement fait valoir qu'il s'est trouvé dans l'impossibilité d'agir pour faire accomplir un acte interruptif de prescription et que le délai prévu à l'article précité a été suspendu à son égard ; que la motivation de l'arrêt de la Cour de cassation en date du 17 juillet 2001, censurant un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 mars 1999 qui avait admis le principe de la suspension de la prescription à l'égard de l'entreprise saisissante, mise dans l'impossibilité d'agir dans la procédure en cours devant le Conseil, ne s'applique pas au cas d'une saisine émanant du ministre car celui-ci, à la différence des entreprises ou autres personnes morales saisissantes, est dépourvu de tout moyen alternatif de protéger l'ordre public économique atteint par les pratiques anticoncurrentielles ;

Mais considérant que, saisie d'un arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu le 12 octobre 1999, qui avait retenu que le délai de prescription s'est trouvé suspendu à l'égard du ministre dans la mesure où, partie saisissante en application de l'article 11 de l'ordonnance, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a été mis dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif dans la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence, la Cour de cassation, par un arrêt en date du 26 février 2002, a estimé «*qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte visé un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel l'a violé*» et prononcé la cassation de cet arrêt ;

Considérant qu'en l'espèce plus de trois ans se sont écoulés depuis le 18 décembre 1997, date de la saisine du conseil par le ministre, sans que le cours de la prescription ait été interrompu par un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés ; que la prescription étant ainsi acquise à la date du 18 décembre 2000, il convient de dire n'y avoir lieu à poursuivre la procédure ;

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport de M. Komiha, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, MM. Jenny et Nasse, vice-présidents.

150

La secrétaire de séance,
Anne Frédéric-Moreau

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-23

Décision n° 02-D-23 du 27 mars 2002 relative à des pratiques de l'association d'ambulanciers «Urgence 88» à l'occasion de la passation d'un appel d'offres lancé par le Centre hospitalier d'Epinal

Le Conseil de la concurrence (Commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 26 décembre 2000 sous le numéro F 1279 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'association d'ambulanciers «Urgence 88» ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du gouvernement, par l'entreprise Ambulances de la Vôge, et conjointement par l'association «Urgence 88» et les sociétés Ambulances 88, MBM Assistance 88 Ambulances, Ambulances Perrin Vosges, Ambulances 2000, Ambulances Arnould Frères, Ambulances Transmosel, Ambulances Mangel, Seniura Etienne, Clément Perrot Taxis Ambulances VSL, La Déodatienne, SVTA, Choserot Ambulance et les entreprises Ambulances Marie-Agnès Bobeda, Ambulances SOS St Dié, Ambulances SOS Nomexy Martin, Ambulances Pierrard AVS, Ambulances Borel-Barbier, Ambulances Centrales, Ambulances Dubois Jean-Marie VSL ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le Commissaire du gouvernement, le représentant de l'association «Urgence 88», les sociétés Ambulances 88, MBM Assistance 88 Ambulances, Ambulances Perrin Vosges, Ambulances 2000, Ambulances Arnould Frères, Ambulances Transmosel, Ambulances Mangel, Seniura Etienne, Clément Perrot Taxis Ambulances VSL, La Déodatienne, SVTA, Choserot Ambulance et les entreprises Ambulances Marie-Agnès Bobeda, Ambulances SOS St Dié, Ambulances SOS Nomexy Martin, Ambulances Pierrard AVS, Ambulances Borel-Barbier, Ambulances Centrales, Ambulances Dubois Jean-Marie VSL, et le représentant de la société ADTR entendus lors de la séance du 20 décembre 2001 ;

Mme Capelli, directrice du CHG Jean Monnet d'Epinal, auditionnée au titre de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

Décisions / 02-D-23

151

I. - Constatations

■ A. - Le secteur d'activité

Les transports médicalisés d'urgence sont dits, soit primaires lorsqu'ils sont effectués du lieu de la détresse vers un établissement de soins, soit secondaires lorsqu'il s'agit du transport d'un établissement de soins à un autre. Dans le cas des transports primaires, les intervenants peuvent être des sapeurs-pompiers dans le cadre de leurs missions statutaires sur les voies publiques et dans les prompts secours, ou des ambulanciers privés. Les transports secondaires sont essentiellement assurés par des ambulanciers privés. Ces transports sont organisés par les établissements hospitaliers dans le cadre du Service d'aide médicale d'urgence du département (SAMU) et sont gérés par le Service mobile d'urgence et de réanimation (SMUR), qui apporte, hors de l'enceinte hospitalière, des soins aux malades et aux blessés et assure leur transport dans des conditions de réanimation satisfaisantes.

Les transports médicalisés secondaires organisés par le SAMU du département des Vosges se sont élevés en 1998 à 413 sorties pour les établissements publics d'hospitalisation et à 113 sorties pour les cliniques privées, à destination principalement des centres hospitaliers de Brabois Nancy et Dommartin-lès-Toul spécialisés en micro-chirurgie, et de Freyming-Merlebach, spécialisé dans le traitement des grands brûlés.

Avant le 1^{er} avril 1999, les frais afférents à ces transports étaient, dans le département des Vosges, pris en charge de façon irrégulière par la caisse de sécurité sociale d'affiliation du malade, dans les conditions fixées par la convention nationale des transports sanitaires et de son annexe tarifaire adoptée selon le code de la Sécurité Sociale. Cette tarification, précisée par arrêté préfectoral dans chaque département, est fonction de la zone géographique d'exécution des transports et intègre un forfait départemental de prise en charge, un terme kilométrique ainsi qu'un certain nombre de majorations liées à des circonstances particulières (tarif de nuit et week-end, intervention dans le cadre de l'urgence à la demande d'un SAMU ou d'un centre 15).

Le 26 mars 1999, la caisse primaire d'assurance maladie (CPAM) des Vosges a mis fin à l'irrégularité en rappelant aux ambulanciers privés, agissant dans le cadre de transports médicalisés d'urgence réalisés à la demande des SMUR, que le coût de ces derniers ne relevait pas de la prise en charge par l'assurance maladie mais incombait aux établissements hospitaliers assurant le SAMU, demandeurs de la médicalisation de l'ambulance. La CPAM annonçait qu'en conséquence, à compter du 1^{er} avril 1999, les factures ne devaient plus lui être transmises mais devaient être adressées au centre hospitalier général (CHG) d'Epinal.

■ B. - Les pratiques constatées

1. - Les pratiques tarifaires

Dans le cadre de sa mission de suivi des procédures de passation des marchés publics, la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a constaté, postérieurement à la décision de la SPAM du 26 mars 1999, une hausse importante des prix proposés par les entreprises ambulancières du département des Vosges.

Les bases forfaitaires de remboursement par la CPAM étaient fixées comme suit avant le 1^{er} avril 1999 :

- forfait pris en charge 243,20 F
- terme kilométrique 11,85 F
- majoration de nuit + 75 %
- majoration de week-end + 50 %
- majoration centre 15 122,95 F

En 1998, les bases de remboursement étaient respectivement de :

- forfait pris en charge 231,60 F
- terme kilométrique 11,30 F
- majoration centre 15 117,10 F

Le 4 mai 1999, le CHG «*Jean Monnet*» a reçu une facture correspondant à un transport secondaire médicalisé assuré par les ambulances Perrin Vosges Assistance sur la Moselle dont les composantes étaient les suivantes :

Véhicules cat. A

- mise à disposition du véhicule 500,00 F TTC
- kilométrage en charge 11,85 F TTC
- Supplément 15 U 122,95 F TTC

Le 25 juin 1999 à l'intérieur de la ville d'Epinal, le CHG recevait une autre facture de la société Ambulances 2000 d'Epinal pour un transport secondaire médicalisé dont les éléments sont les suivants :

- forfait pris en charge 243,20 F TTC
- terme kilométrique 11,85 F TTC
- attente 500,00 F TTC/heure
- majoration de nuit Selon les termes de la convention départementale
- majoration centre 15 122,95 F TTC

L'essentiel des factures reçues par la suite pour ce type de transport par le CHG d'Epinal sera conçu sur les mêmes bases :

- Un montant de prise en charge de 500,00 F au lieu de 243,20 F ;
- L'imputation de frais d'immobilisation du véhicule (500,00 F au lieu de la gratuité antérieure).

Les opérations simultanées de visites et de saisies réalisées par la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ont révélé le rôle joué par l'association «Urgence 88», et son président M. Clément (société Ambulances 88) dans la mise en place de ces nouveaux tarifs. Cette association, régie par la loi du 1^{er} juillet 1901, avait été créée dans le courant de l'année 1998 et rassemblait, au 11 septembre 1998, 37 ambulanciers privés opérant dans le département des Vosges.

Mme Liéby, trésorière de l'association, a ainsi déclaré : *«C'est M. Clément, président de l'association «Urgence 88», qui a proposé les tarifs communs pour lesquels tous les membres présents à la réunion ont été d'accord»*. M. Roussel (Sarl ADTR), membre de l'association, a précisé : *«... c'est lors de la réunion qui s'est tenue le 8 septembre 1999 à Darnieules que la nouvelle tarification des transports secondaires médicalisés a été adoptée à l'unanimité... Le bureau a proposé... une revalorisation du forfait de mise à disposition du véhicule de catégorie A, la création d'un forfait (1/4 d'heure d'attente), la prise en charge de la distance parcourue à compter du premier kilomètre»*. De même, M. Perrot (S.A. Clément-Perrot), membre de l'association, a déclaré : *«... Une discussion a suivi sur la tarification de l'immobilisation de l'ambulance et sur le prix du kilomètre en charge à partir du premier kilomètre»*.

Dans un compte-rendu manuscrit, M. Perrin, secrétaire de séance de l'association «Urgence 88», relate les discussions entre le président de l'association, M. Clément, et le syndicat départemental des ambulanciers des Vosges (SDVA), représenté par son président Mme Borel Barbier, lors de la réunion consacrée aux transferts secondaires médicalisés. Ce compte-rendu fait état de la décision adoptée par l'assemblée : *«En référence à la circulaire de la CPAM d'Epinal qui vous met dans l'obligation de respecter les textes concernant la prise en charge des transferts secondaires médicalisés et aux vues des difficultés à nous rencontrer afin d'en discuter, l'association «Urgence 88» a étudié un tarif qui, sauf concertation rapide, sera appliqué à partir du 17 04 1999»*.

La suite du compte-rendu manuscrit donne le détail de la tarification envisagée :

Véhicule cat. A

- Mise à disposition du véhicule 500,00 F
- Tarif kilométrique en charge 11,85 F
- Supplément ISU
- Immobilisation du véhicule et équipage / 15 mn 500,00 F
Divisible par 1/4 d'heure.

Un compte-rendu de la réunion de l'association «Urgence 88», en date du 9 août 1999, mentionne un ordre du jour comprenant le premier point suivant :

1- «Transports secondaires médicalisés ;

Résumé discussion avec CH ZUP (Katala) : pas d'accord pour payer, surtout «attente»,

A la suite de cette réunion, une nouvelle tarification a été mise en place qui s'est traduite par un relèvement du forfait de prise en charge (encore qualifié de mise à disposition d'une ambulance), qui est passé de 243,20 F à 500,00 F (majoration de 105,60 %).

La démarche mise en œuvre par «*Urgence 88*» a également conduit les ambulanciers à facturer aux établissements hospitaliers participant au SAMU 88 des charges qui n'étaient pas prises en compte lors des remboursements par la CPAM. C'est ainsi que les factures reçues par le CHG «*Jean Monet*» d'Epinal, en tant qu'établissement organisateur du SAMU 88 après le 1^{er} avril 1999, font systématiquement apparaître :

- la prise en compte de la distance parcourue à compter du premier kilomètre, alors que les factures précédentes intégraient dans un forfait les 5 premiers kilomètres.
- la facturation de la période d'immobilisation de l'ambulance et des personnels, dans un premier temps par tranches de 15 mn, puis par la suite, de 30 mn.

La tarification proposée par le bureau d'«*Urgence 88*» a été adoptée après un vote des adhérents. La nouvelle tarification a donné lieu à l'envoi d'une lettre circulaire par les ambulanciers aux directeurs d'établissements hospitaliers et a été matérialisée par la création d'un modèle de facture, le tout sous l'égide de l'association.

Il ressort par ailleurs du compte-rendu de la réunion du 8 septembre 1999, que l'association a fait signer à ses adhérents une feuille d'engagement pour responsabiliser ses adhérents dans la mise en œuvre effective des décisions adoptées, notamment pour la tarification des transports secondaires médicalisés. Le caractère effectif de la signature des feuilles d'engagement est confirmé par les déclarations de plusieurs ambulanciers et les copies de feuilles d'engagement, complétées et retournées à l'association «*Urgence 88*» qui ont également été communiquées.

Une étude comparative effectuée par le CHG d'Epinal, sur la base des factures reçues entre septembre 1999 et décembre 2000, fait apparaître que 21 ambulances, membres d'«*Urgence 88*», ont effectivement appliqué ces nouveaux tarifs.

De plus, le règlement intérieur de l'association stipule que les entreprises adhérentes devront s'acquitter d'une cotisation mensuelle de 400,00 F par ambulance. En plus de cette cotisation mensuelle par ambulance était exigé un chèque de caution de 9 600 F, en principe non débité. Il était indiqué que cette caution serait restituée à l'entreprise qui cesserait son activité pour cause de retraite ou pour cause de vente, mais dans ce cas la caution pourrait après accord, être assumée par le repreneur. Elle serait perdue par contre, pour les entreprises qui quitteraient volontairement l'association, qui en seraient exclues ou mises en liquidation. Cette menace ressort d'un compte-rendu de réunion rédigé par M. Perrin.

Plusieurs ambulanciers ont déclaré que ce chèque de caution était utilisé comme un moyen de pression pour leur faire respecter les tarifs fixés ;

- M. Roussel :
«*C'est à cette occasion, qu'il nous a été annoncé que les chèques de caution seraient débités sur nos comptes bancaires en cas de certains manquements à la feuille d'engagement que chacun de nous avait signée*».

- M. Balland, SVTA :
«M. Clément... a provoqué une nouvelle réunion des adhérents à Darnieules le 8 septembre 1999, afin de rappeler aux membres «d'Urgence 88» l'application de la tarification depuis avril 1999, le président Clément a également demandé que les adhérents s'engagent et respectent les décisions adoptées lors des réunions. Chaque adhérent a ainsi été destinataire d'une lettre d'engagement vierge à retourner dûment remplie au président. J'ai, en ce qui me concerne, fait retour de cette lettre après y avoir apposé ma signature et le cachet de la société».
- PV de déclaration de Mme Liéby : «Le chèque de caution n'est pas débité...et sert à matérialiser le sérieux de l'engagement de l'adhérent à la discipline de l'association».
- PV de déclaration de M. Perrot : «... L'ensemble de ces chèques sont conservés par le trésorier de l'association et ne seront remis à l'encaissement que si un adhérent quitte l'association ou fait l'objet d'une mesure de radiation».
- PV de déclaration de Mme Dexemple, entreprise Dexemple : «Lors de notre adhésion, nous avons déposé un chèque de caution de 9 600 F... qui n'a pas été encaissé par l'association. L'encaissement ne devient effectif que si l'adhérent ne joue pas le jeu et ne respecte pas les dispositions adoptées lors des réunions».

2. - L'échec de l'appel d'offres lancé par le CHG d'Epinal le 24 septembre 1999

L'imputation sur son budget des dépenses de transports médicalisés d'urgence, y compris les transports secondaires, ayant été rappelée, le CHG «Jean Monnet» d'Epinal a lancé, le 24 septembre 1999, un appel d'offres ouvert relatif à ce type de prestations.

Cet appel d'offres comportait trois lots :

- lot n° 1 : déplacement des moyens médicalisés ;
- lot n° 2 : transports primaires SMUR ;
- lot n° 3 : transports secondaires SMUR.

A la date limite de réception des offres, deux plis avaient été réceptionnés par le CHG d'Epinal, l'un établi par les ambulances «SOS Thaon Lemarquand», l'autre par la société «Ambulance la Spinalienne».

Lors de la réunion de la commission d'appel d'offres qui s'est tenue le 25 novembre 1999 à 14 H 30, il a été constaté que les deux offres étaient irrecevables et la commission d'appel d'offres a déclaré l'appel d'offres infructueux. Les responsables du CHG ont décidé de recourir à la procédure négociée et un avis d'appel public à la concurrence a été publié au BOAMP et au BOCE le 26 novembre 1999. Trois dossiers de consultation ont été retirés dont deux par des entreprises membres «d'Urgence 88». Lors de la réunion relative à l'examen des offres qui s'est tenue le 25 janvier 2000, les responsables du CHG ont constaté qu'une seule proposition, par ailleurs irrecevable, leur était parvenue. A la suite de ce deuxième échec, le CHG a décidé l'attribution des lots 1 (déplacement des moyens médicalisés) et 2

(transports primaires) au service départemental d'incendie et de secours (SDIS) des Vosges.

Cette attribution s'est faite par voie de convention (hors marché public).

Le lot 3 «*transports secondaires*» a fait l'objet d'une consultation négociée.

Les comptes-rendus des réunions tenues par l'association «*Urgence 88*» montrent que la question de l'appel d'offres a été inscrite plusieurs fois à l'ordre du jour.

M. Clément, président de l'association, a également déclaré, le 23 novembre 1999, le lendemain de la date limite de remise des plis :

«S'agissant de l'appel d'offres lancé par le CHG d'Epinal, pour l'organisation du SMUR à compter du 1^{er} janvier 2000, l'association a défini une stratégie commune afin de déterminer la façon de répondre à la consultation. Cette stratégie, débattue en mon absence, a été approuvée à l'unanimité. Je vous laisserai découvrir la teneur de cette stratégie à l'occasion de l'ouverture des plis de cet appel d'offres».

II. - Sur la base des constatations qui précèdent

En ce qui concerne la fixation concertée des prix :

Considérant que l'association «*Urgence 88*» et les ambulanciers, représentés conjointement, soutiennent que le chèque de caution demandé aux adhérents de l'association «*Urgence 88*» n'avait d'autre objet que de témoigner au CHG d'Epinal et au SAMU de ce que les ambulanciers étaient bien en mesure d'assurer le financement d'un poste de régulateur pour une année ; qu'ils font valoir que l'association n'a joué qu'un rôle de conseil afin de fédérer les entreprises de transports sanitaires dans le département des Vosges, d'être un interlocuteur représentatif et de permettre une couverture globale de département en moins de 20 minutes, comme le souhaitait le CHG d'Epinal ;

Mais considérant que, s'il est loisible à une association 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 qu'il n'est pas contesté que les tarifs des ambulanciers pour les transports secondaires médicalisés n'étant plus, à compter du 1^{er} avril 1999, contraints par leur remboursement par la CPAM sur les bases forfaitaires fixées par arrêté préfectoral, les ambulanciers du département des Vosges se sont concertés, au sein de l'association «*Urgence 88*», pour fixer les tarifs qu'ils entendaient désormais facturer au CHG d'Epinal, auquel la prise en charge de ces transports incombait ;

Considérant que ces tarifs, établis de façon concertée, ont effectivement été appliqués après le 1^{er} avril 1999 par 21 sociétés d'ambulances ainsi que l'attestent les factures transmises par le CHG d'Epinal dans le cadre de l'instruction ;

Considérant que les interventions des ambulanciers ne s'inscrivaient pas dans le cadre d'un marché ou d'une convention engageant la totalité d'entre eux ; que chacun d'eux intervenait individuellement à la demande du centre 15 et aurait dû, de ce fait, pratiquer la tarification correspondant à ses propres coûts de revient ;

Considérant que les tarifs ainsi fixés étaient fortement en hausse par rapport aux bases forfaitaires remboursées par la CPAM et introduisaient, de plus, de nouveaux éléments de facturation ;

Considérant qu'il ressort des déclarations de plusieurs adhérents de l'association «*Urgence 88*» qu'ils étaient persuadés que le chèque de caution qu'ils avaient remis lors de leur adhésion ne leur serait pas restitué s'ils ne respectaient pas les tarifs fixés de façon concertée ;

Considérant que la fixation en commun de tarifs pour les transports médicalisés secondaires par les ambulanciers vise à limiter le libre jeu de la concurrence dont aurait pu bénéficier les établissements hospitaliers gestionnaires du SAMU et est constitutive d'une entente anticoncurrentielle prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

158

Sur l'appel d'offres lancé par le CHG d'Epinal :

Considérant que l'association «*Urgence 88*» et les ambulanciers, représentés conjointement, font valoir que l'échec des consultations organisées par le CHG d'Epinal et, leur propre attitude, ne s'expliquent que par les nombreuses irrégularités dont ont été entachées les procédures utilisées par l'établissement hospitalier ;

Mais considérant qu'il ressort des compte-rendus de réunion de l'association «*Urgence 88*» et de la déclaration de son président, M. Clément, que ses membres se sont concertés afin d'adopter une position commune vis-à-vis de l'appel d'offres lancé par le CHG d'Epinal en vue de la passation d'un marché portant sur les transports médicalisés secondaires ; que la position adoptée en commun consistait à ne pas répondre à l'appel d'offres comme l'indique la très faible participation des ambulanciers privés à cet appel d'offres ; qu'une telle concertation a faussé le jeu de la concurrence que le CHG d'Epinal tentait d'instaurer entre les ambulanciers privés et est contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Sur les sanctions :

Considérant que les tarifs établis de façon concertée entre les membres de l'association «*Urgence 88*» ont eu pour conséquence une forte hausse des sommes facturées par 21 sociétés d'ambulance aux établissements prescripteurs de transports médicalisés secondaires, par rapport à la situation qui prévalait avant la concertation, sans que cette hausse puisse être justi-

fiée par de nouveaux éléments concernant les coûts supportés par les entreprises concernées ; que cette hausse peut être évaluée à 566 Frs en moyenne par intervention, soit 256,80 F de supplément sur mise à disposition du véhicule, 250 F de supplément d'attente pour un minimum de 30 mns et 59,25 F de supplément sur le kilométrage ;

Considérant que la concertation entre les adhérents de l'association «*Urgence 88*» a également eu pour conséquence l'échec de la mise en concurrence organisée par le CHG d'Epinal pour la passation de contrats portant sur les transports médicalisés secondaires alors que cette mise en concurrence était de nature à remettre en cause les tarifs établis de façon concertée ;

Considérant que l'association «*Urgence 88*» a joué un rôle actif dans l'animation de l'entente sur les prix entre ses membres et dans le boycott de l'appel d'offres du CHG d'Epinal ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 6 500 F ou 991 € ;

Considérant que, parmi les membres de l'association «*Urgence 88*», seuls 21 d'entre eux ont effectivement appliqué les tarifs établis de façon concertée ;

Considérant que la société ADTR a été mise en liquidation judiciaire le 1^{er} juin 2001 ; qu'il n'y a pas lieu de lui infliger une sanction ;

Considérant que le chiffre d'affaires de l'entreprise Ambulances de la Vôge s'est élevé à 1 181 548 F en 2000 ; qu'il convient, cependant, de tenir compte de ce que la gérante de la société Ambulances de la Vôge s'est rapidement trouvée en conflit avec l'association «*Urgence 88*» et a cessé toute relation avec cette association ; que le montant de la sanction doit, en ce qui la concerne, être fixé à 3 000 F ou 457 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de la société Ambulances 88 s'est élevé à 1 986 657 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 16 000 F ou 2 439 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de la société MBM Assistance 88 Ambulances s'est élevé à 2 267 846 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 18 000 F ou 2 744 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de la société Ambulances Perrin Vosges s'est élevé à 3 302 635 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 27 000 F ou 4 116 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de la société Ambulances 2000 s'est élevé à 4 152 176 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 33 000 F ou 5 031 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de la société Ambulances Arnould Frères s'est élevé à 737 689 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 6 000 F ou 915 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de la société Ambulances Transmosel s'est élevé à 1 301 203 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 10 500 F ou 1 601 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de la société Ambulances Mangel s'est élevé à 4 391 671 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 35 000 F ou 5 336 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de la société Seniura Etienne s'est élevé à 2 770 007 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 22 000 F ou 3 354 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de la société Clément Perrot Taxis Ambulances VSL s'est élevé à 4 664 422 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 37 500 F ou 5 717 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de la société Ambulances La Déodatienne s'est élevé à 2 917 442 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 23 500 F ou 3 583 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de la société SVTA s'est élevé à 4 827 861 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 38 500 F ou 5 869 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de la société Choserot Ambulances s'est élevé à 4 719 959 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 38 000 F ou 5 793 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de l'entreprise Ambulances Marie-Agnès Bobeda s'est élevé à 553 644 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 4 500 F ou 686 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de l'entreprise Ambulances SOS St Dié s'est élevé à 1 269 680 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 10 000 F ou 1 524 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de l'entreprise Ambulances SOS Nomexy Martin s'est élevé à 2 381 032 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 19 000 F ou 2 897 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de l'entreprise Ambulances Pierrard AVS s'est élevé à 3 765 547 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 30 000 F ou 4 573 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de l'entreprise Ambulances Borel-Barbier s'est élevé à 2 451 273 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 19 500 F ou 2 973 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de l'entreprise Ambulances Centrales s'est élevé à 2 739 802 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 22 000 F ou 3 354 € ;

Considérant que le chiffre d'affaires de l'entreprise Ambulances Dubois Jean-Marie VSL s'est élevé à 1 661 696 F en 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 13 500 F ou 2 058 € ;

Décide

Article 1 - Il est établi que l'association «*Urgence 88*», les sociétés Ambulances 88, MBM Assistance 88 Ambulances, Ambulances Perrin Vosges, Ambulances 2000, Ambulances Arnould Frères, Ambulances Transmosel, Ambulances Mangel, Seniura Etienne, Clément Perrot Taxis Ambulances VSL, Ambulances La Déodatienne, SVTA, Choserot Ambulances, ADTR et les entreprises Ambulances de la Vôge, Ambulances Marie-Agnès Boreda, Ambulances SOS St Dié, Ambulances SOS Nomexy Martin, Ambulances Pierrard AVS, Ambulances Borel-Barbier, Ambulances Centrales, Ambulances Dubois Jean-Marie VSL, ont enfreint les dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce.

Article 2 - Il est infligé les sanctions pécuniaires suivantes :

- 991 € à l'association «*Urgence 88*» ;
- 2 439 € à la société Ambulances 88 ;
- 2 744 € à la société MBM Assistance 88 Ambulances ;
- 4 116 € à la société Ambulances Perrin Vosges ;
- 5 031 € à la société Ambulances 2000 ;
- 915 € à la société Ambulances Arnould Frères ;
- 1 601 € à la société Ambulances Transmosel ;
- 5 336 € à la société Ambulances Mangel ;
- 3 354 € à la société Seniura Etienne ;
- 5 717 € à la société Clément Perrot Taxis Ambulances VSL ;
- 3 583 € à la société Ambulances La Déodatienne ;
- 5 869 € à la société SVTA ;
- 5 793 € à la société Choserot Ambulances ;
- 457 € à l'entreprise Ambulances de la Vôge ;
- 686 € à l'entreprise Ambulances Marie-Agnès Boreda ;
- 1 524 € à l'entreprise Ambulances SOS St Dié ;
- 2 897 € à l'entreprise Ambulances SOS Nomexy Martin ;
- 4 573 € à l'entreprise Ambulances Pierrard AVS ;
- 2 973 € à l'entreprise Ambulances Borel-Barbier ;

3 354 € à l'entreprise Ambulances Centrales ;
2 058 € à l'entreprise Ambulances Dubois Jean-Marie VSL.

Délibéré, sur le rapport de M. Touré, par Madame Hagelsteen, présidente,
Mme Pasturel, vice-présidente, M. Nasse, vice-président.

Le secrétaire de séance

Thierry Poncelet

La Présidente

Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-24

Décision n° 02-D-24 du 27 mars 2002 relative à une saisine de la société Cabinet affaires et recouvrement à l'encontre de la société Buroservices

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu les lettres enregistrées le 25 mai 2001 sous le numéro F 1312 et le 25 octobre 2001 sous le numéro M 290, par lesquelles Madame Marret, gérante de la société Cabinet affaires et recouvrement (ci-après CAR), a saisi le Conseil de pratiques discriminatoires qu'elle impute à la société Buroservices et d'une demande de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement ainsi que les représentants de la société CAR entendus au cours de la séance du 29 janvier 2002 ;

Considérant que l'article L. 462-8 du code de commerce dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-419 du 15 mai 2001, prévoit en son premier alinéa que *«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»*, et qu'il énonce en son deuxième alinéa que le Conseil *«peut rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants»* ;

Considérant que la société saisissante expose qu'elle exerçait son activité dans un bureau portant le n° 306, situé 114 rue des Pyrénées dans le XX^{ème} arrondissement de Paris, aux termes d'un contrat de fourniture de services avec mise à disposition de locaux, en date du 30 juin 1998 ; que par lettre du 11 février 2000, la société Buroservices, avec laquelle elle avait conclu ce contrat, l'a brutalement menacée d'une rupture de celui-ci et d'une interruption simultanée de l'alimentation en courant électrique ; que le contrat a effectivement été résilié le 21 février 2000 et qu'à partir de cette date, le courrier de la société D2 Mécanic, filiale de la société CAR, a été détourné ; que par la suite, la société Buroservices a retiré l'enseigne commerciale de la société CAR sur l'interphone et sur le tableau de signalisation dans le hall de l'immeuble ; que ces agissements constituent des pratiques discriminatoires et anticoncurrentielles ;

Considérant que la société saisissante ajoute que la société Buroservices a envoyé de faux clients dans ses locaux, procédé à des interceptions et des détournements de communications téléphoniques et détourné une partie importante de son courrier ; que Buroservices a ainsi abusé de la situation de dépendance économique dans laquelle CAR se trouve à son égard ;

Considérant que, dans sa lettre du 25 octobre 2001, la société CAR expose encore que Maître Cherki, huissier et donc *«concurrent en matière de recouvrement amiable»*, lui a adressé des commandements en vue de procéder à une saisie-vente et à l'expulsion du bureau 306, que, par jugement rendu le 10 septembre 2001, le juge de l'exécution du Tribunal de grande instance de Paris, a accueilli la demande de la société CAR et a condamné la société Buroservices à lui payer des dommages et intérêts, mais que cette dernière s'oppose à l'exécution du jugement en louant fictivement le bureau 306 ;

Considérant que, dans sa saisine du 25 mai 2001, la société CAR demande au Conseil, de *«constater et prononcer la nullité de la convention de location du 30 juin 1998 (...)»*, d'*«ordonner à Buroservices de mettre fin à ses pratiques anticoncurrentielles, discriminatoires et abus»*, d'*«ordonner à Buroservices la restitution de tous les courriers destinés aux sociétés CAR et D2 Mécanic (...)»* et d'infliger à Buroservices *«en vue de la réparation du préjudice subi (...) une sanction pécuniaire au titre de dommages et intérêts compensatoires ne pouvant être inférieure à 260 000 F»* ; que, dans sa lettre du 25 octobre 2001, la société CAR requiert du Conseil qu'il prononce des mesures conservatoires et injonctions *«afin de revenir sans délai à l'état antérieur à la date du 1^{er} février 2000»*, ordonne *«à l'huissier instrumentaire de remettre en état le bureau 306»* et inflige à Buroservices une sanction pécuniaire de 35 000 F par mois en compensation de son chiffre d'affaires moyen non réalisé et de 300 000 F en vue d'indemniser les clients, fournisseurs et l'administration fiscale ;

164

Considérant que la demande présentée par la société CAR porte, d'une part, sur la résiliation du contrat de fourniture d'un ensemble de services avec mise à disposition de locaux la liant à la société Buroservices et, d'autre part, sur des pratiques qui auraient été mises en œuvre par Buroservices dans le cadre de cette résiliation de contrat ;

Mais considérant, d'une part, que l'appréciation de la validité de la résiliation d'un contrat commercial ne relève pas de la compétence du Conseil de la concurrence ;

Considérant, d'autre part, qu'aucun des éléments produits à l'appui de la saisine ne permet de penser, que la société Buroservices se trouverait en position dominante sur le marché de la fourniture de services professionnels ou celui de la location de bureaux professionnels à Paris, ou en région parisienne, ou encore que la société CAR serait, à son égard, en situation de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce ; qu'en effet, et quand bien-même la résiliation du contrat serait abusive, la société CAR dispose, à Paris ou en région parisienne, de nombreuses solutions équivalentes lui permettant de continuer à exercer son activité dans d'autres locaux ; qu'en conséquence, les pratiques alléguées, seraient-elles établies, ne peuvent être qualifiées au regard des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ; que, par ailleurs, aucun élément du dossier ne permet de penser que des pratiques constitutives d'entente anticoncurrentielle auraient été, en l'espèce, mises en œuvre ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la saisine doit être déclarée irrecevable en ce qu'elle concerne la validité de la résiliation du contrat et, qu'en l'absence d'éléments suffisamment probants à l'appui des faits dénoncés, elle doit être rejetée pour le surplus ;

Décide

Article 1 - La saisine est déclarée irrecevable en ce qu'elle porte sur la validité de la résiliation du contrat de fourniture d'un ensemble de services avec mise à disposition de locaux conclu entre la société Buroservices et la société CAR ;

Article 2 - La saisine est rejetée pour le surplus.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Chaulet-Philippe, rapporteure, par M. Nasse, vice-président, présidant la séance, Mmes Mader-Saussaye et Perrot, MM. Bargue, Bidaud, Charriere-Bournazel, Lasserre et Piot, membres.

Le secrétaire de séance,
M. Thierry Poncelet

Le vice-président, présidant la séance,
M. Philippe Nasse

Décisions / 02-D-24

165

02-D-25

Décision n° 02-D-25 du 28 mars 2002 relative à une saisine de la société Fimco

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 17 juin 1996 sous le numéro F 885 par laquelle la société Fimco a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Tulip International France ;

Vu le livre IV du code du commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, entendus lors de la séance du 23 janvier 2002 ;

Considérant que la requérante a, par courrier en date du 17 juin 1996, saisi le Conseil de la concurrence de faits lui paraissant constitutifs d'un abus de position dominante de la part de la société «Tulip International France» ;

Considérant que le dernier acte d'instruction de ce dossier est l'envoi, en date du 5 mai 1998, par la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes du résultat des investigations demandées, le 13 novembre 1996, par le rapporteur initialement désigné ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce 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*» ;

Considérant que l'arrêt du 9 mars 1999 qui avait admis le principe de la suspension de la prescription à l'égard de l'entreprise saisissante, mise dans l'impossibilité d'agir dans la procédure en cours devant le Conseil, a fait l'objet d'une double cassation pour violation de la loi, par un arrêt en date du 17 juillet 2001, prononcée au visa de l'article L. 462-7 du code de commerce, aux motifs «*qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte susvisé un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel l'a violé*» et aux motifs «*qu'en statuant ainsi, alors que le Conseil de la concurrence, chargé de la protection de l'ordre public économique, n'est pas compétent pour réparer le préjudice éventuellement subi par les parties qui le saisissent et qui allèguent être victimes de pratiques anticoncurrentielles et peuvent saisir les juridictions civiles et répressives d'une action en indemnisation, en annulation ou en cessation des pratiques contestées dans les délais de prescription afférents à ces actions, (...), la cour d'appel a violé le texte susvisé.*» ;

Considérant qu'en l'espèce, un délai de plus de trois ans s'est écoulé depuis le 5 mai 1998, sans que le cours de la prescription ait été interrompu par un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés ; que la prescription étant ainsi acquise à la date du 5 mai 2001, il convient de dire n'y avoir lieu à poursuivre la procédure ;

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Toulemont-Dakouré, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Nasse, vice-présidents.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Décisions / 02-D-25

167

02-D-26

Décision n° 02-D-26 du 9 avril 2002 relative à une saisine de la société Prieur Sports dans le secteur de la distribution des équipements d'escrime

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 11 octobre 2001 sous le numéro F 1349, par laquelle la société Prieur Sports a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques imputées aux sociétés Adidas-Salomon et Allstar Fecht Center GmbH ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et le représentant de la société Prieur Sports, entendus lors de la séance du 26 février 2002 ;

Considérant que l'article L. 462-8, alinéa 2, du code de commerce dispose que le conseil *«peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants»* ;

Considérant que la société Prieur Sports, qui a fusionné à compter du 1^{er} janvier 1999 avec la société Céro, a pour activité la fabrication et la commercialisation d'équipements d'escrime qu'elle revend directement aux utilisateurs ; que, parmi ces équipements, elle ne fabrique pas elle-même les chaussures ; que, jusqu'en juin 1997, la société Prieur Sports commercialisait, notamment, des chaussures d'escrime de la marque Adidas livrées par la société Adidas France, dans le cadre d'un contrat de distribution sélective ;

Considérant qu'à compter du mois de juillet 1997, la société Adidas France, malgré des demandes réitérées de la société Prieur Sports, s'est refusée à satisfaire ses commandes en lui indiquant qu'elle devrait désormais s'adresser à la société allemande Allstar, dont elle lui a communiqué les coordonnées en France, au motif qu'elle avait confié à cette dernière la distribution exclusive des chaussures d'escrime ; que, dans un courrier du 27 avril 2000 adressé à la société Prieur Sports, la société Adidas-Salomon précise qu'elle a pris la décision de renoncer à commercialiser directement des équipements d'escrime et d'en confier la distribution à une société spécialisée dans ce type de produits, en raison de leur spécificité et pour des raisons de rentabilité ;

Considérant que la société Prieur Sports expose que l'approvisionnement auprès de la société Allstar, qui serait par ailleurs son concurrent sur le marché, la contraindrait à acquérir les chaussures à des conditions économiques défavorables susceptibles de la mettre hors marché ; que, sur le marché de la chaussure d'escrime, la société Adidas détiendrait *«une position largement*

dominante», en raison de «*leur indéniable qualité*» qui ferait de ces produits ceux «*qui sont les plus demandés*» ;

Considérant que la société Prieur Sports soutient, en conséquence, que le refus de vente qui lui est opposé par la société Adidas-Salomon constitue, d'une part, un abus de position dominante et, d'autre part, une entente anticoncurrentielle entre les sociétés Adidas-France et Allstar ; que cette pratique aurait eu pour effet une baisse sensible de son chiffre d'affaires ;

Sur la position dominante de la société Adidas-Salomon

Considérant que, dans une décision n° 98-D-31 relative au secteur de l'escrime, le Conseil a constaté la présence d'une dizaine d'offreurs sur le marché de la chaussure d'escrime en notant, sans relever l'existence d'une position dominante, que les chaussures d'escrime sont «*principalement*» de la marque Adidas ; que la décision précise que, sur ce marché, la demande est constituée, d'une part, des 36 000 licenciés de la fédération française d'escrime dont la très grande majorité (70 %) sont des jeunes et très jeunes licenciés, d'autre part, de 70 000 pratiquants titulaires de la carte «*escrime*» destinée aux pratiquants du milieu scolaire et universitaire et des centres de loisirs ; que le Conseil a relevé que les chaussures d'escrime ne font pas partie de l'équipement obligatoire «*car, même en compétition, l'escrime peut se pratiquer en chaussures de sport*» ; que la décision concluait qu'ainsi, sur le marché aval répondant à la demande des utilisateurs d'équipement d'escrime, coexistent, en ce qui concerne les chaussures, à la fois les fabricants de chaussures destinées spécifiquement à la pratique de ce sport et les fabricants de chaussures de sport en général, dont certains ont une notoriété et une qualité des produits équivalentes à celles de la marque Adidas ;

Considérant qu'il résulte, dès lors, tant des caractéristiques du marché déjà relevées par le Conseil par la décision précitée que des éléments joints à l'appui de la saisine, qu'il est possible, à un premier niveau d'analyse, de caractériser un marché des chaussures utilisées par les pratiquants d'escrime qui regrouperait à la fois les chaussures d'escrime spécifiques et les chaussures de sport en général ;

Considérant qu'il ne peut, cependant, être exclu qu'il puisse exister un marché caractérisé par la demande de pratiquants de haut niveau s'équipant exclusivement en chaussures d'escrime spécifiques, pour autant que soit établie la non substituabilité des produits en cause ; que, néanmoins, l'allégation, selon laquelle Adidas représenterait 95 % des ventes auprès des pratiquants de haut niveau, à supposer que puisse être défini un marché spécifique répondant à la demande de ces pratiquants, n'est étayée par aucune donnée chiffrée ;

Sur le refus de vente de la société Adidas

Considérant qu'à compter de juillet 1997, la société Adidas-Salomon a abandonné la distribution directe des équipements d'escrime pour la confier à la société Allstar en qualité de distributeur exclusif ; que, selon la société Prieur Sports, le refus de livraison qui lui a été opposé, en raison de cette

modification, affecterait les conditions de la concurrence entre elle-même et la société Allstar du fait, notamment, que cette dernière serait, par ailleurs, sa concurrente sur le marché aval de la revente aux pratiquants ;

Mais considérant que le choix d'un mode de distribution relève de la libre appréciation du fournisseur, sous réserve que le refus opposé à un revendeur ne constitue pas, en raison des circonstances dans lesquelles il intervient, une pratique contraire aux règles de la concurrence ; qu'ainsi, un fournisseur demeure libre de modifier l'organisation de son réseau de distribution sans que ses clients bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation ; qu'une telle modification ne constitue pas en elle-même une pratique anti-concurrentielle dès lors que les revendeurs disposent, notamment, de la possibilité de s'approvisionner auprès du distributeur désigné par le fournisseur ; qu'en l'espèce, il est constant que la société Prieur Sports a été invitée par la société Adidas-Salomon à adresser ses commandes à la société Allstar ;

Sur l'existence de solutions alternatives

Considérant que la société Prieur Sports soutient qu'elle se trouve dans l'impossibilité de commercialiser des chaussures d'escrime de marque Adidas du fait du refus de vente opposé par cette dernière ; que, toutefois, elle indique dans sa saisine qu'elle a commercialisé *«notamment des chaussures d'escrime de marque Adidas»* et qu'elle cite six fournisseurs de ce type de produits, en dehors d'Adidas ; qu'elle a elle-même signalé, lors de la séance, qu'elle avait fait fabriquer en Chine des chaussures à sa marque dont les ventes avaient été satisfaisantes notamment auprès de sa clientèle habituelle ; qu'ainsi, la société Prieur Sports, en complément de son offre d'équipements d'escrime, est en mesure de proposer à ses clients des chaussures d'autres marques, qu'il s'agisse soit spécifiquement, de chaussures d'escrime soit de chaussures de sport ; qu'au surplus, elle produit une facture de mai 2001 qui atteste qu'elle a pu s'approvisionner en chaussures d'escrime de marque Adidas auprès d'un revendeur installé en Grande-Bretagne ;

Considérant qu'en tout état de cause la société Prieur Sports dispose de la possibilité de s'approvisionner en chaussures d'escrime de marque Adidas auprès du distributeur exclusif de ces produits, la société Allstar ; qu'aucun élément du dossier n'établit qu'à la date de sa saisine, la société Prieur Sports aurait cherché à entrer en relations commerciales avec la société Allstar, que ce soit pour commander des produits ou pour être agréée en qualité de revendeur ; que, lors de la séance, la société Prieur Sports a produit une facture d'achat auprès d'Allstar datée du 30 janvier 2002, qu'elle a présentée comme une commande ponctuelle de dépannage ; qu'il est ainsi établi que la société Prieur Sports a été en mesure de s'approvisionner en chaussures de marque Adidas soit auprès du distributeur officiel la société Allstar soit auprès d'un autre revendeur ;

Considérant que la société Prieur Sports allègue encore que l'approvisionnement auprès de la société Allstar se ferait à des conditions commerciales qui ne lui permettraient pas de pratiquer des prix compétitifs auprès des pratiquants, notamment, parce que cette dernière société, qui est sa

concurrente auprès des pratiquants, lui consentirait des prix de cession excluant, en raison de leur niveau, toute possibilité de s'aligner sur les prix de vente au détail pratiqués par son fournisseur ; que, toutefois, cette allégation n'est étayée d'aucun commencement de preuve, notamment en ce qui concerne les prix au détail pratiqués effectivement par les sociétés Allstar et Prieur Sports ou les marges constatées sur ces produits ;

Considérant, en outre, que l'examen de la facture émanant de la société Allstar, produite lors de la séance et qui concerne un très petit nombre de produits (1 à 3 paires par pointure, 18 paires au total), permet de relever que la société Prieur Sports a bénéficié, par rapport au prix du tarif de base, d'une remise revendeur de 15 %, telle qu'elle est d'ailleurs mentionnée dans le barème de la société Allstar joint à la saisine ; que ce barème prévoit aussi des remises quantitatives et pour programmation des commandes qui, cumulées, peuvent représenter une remise supplémentaire maximale de 17 % ; qu'ainsi, il apparaît que, dans le cadre d'une collaboration régulière et dès lors qu'elle remplirait les conditions requises, la société Prieur Sports serait en mesure d'accéder aux rémunérations octroyées à tout revendeur par la société Allstar ; que la société Prieur Sports n'apporte aucun élément tendant à démontrer que ce fournisseur lui appliquerait des conditions discriminatoires injustifiées susceptibles, notamment, de l'empêcher d'être compétitive par rapport à ce même fournisseur pour la revente des chaussures Adidas auprès des pratiquants ;

Considérant, que la société Prieur Sports fait valoir, par ailleurs, que bien que les chaussures ne représentent qu'une faible part du coût total de l'équipement des pratiquants, le fait de ne pouvoir proposer à ceux-ci des chaussures d'escrime de la marque Adidas, laquelle bénéficierait d'une très forte notoriété, provoquerait une dérive des ventes au profit de la société Allstar ; qu'elle n'expose que dans le cadre des compétitions, lorsqu'un pratiquant se présente sur le stand de la société Allstar pour y acquérir des chaussures Adidas, il y achète aussi, nécessairement, le reste de son équipement ;

Mais considérant que la société Prieur Sports n'apporte, à l'appui de cette allégation, aucun élément, et, en particulier, ne fournit pas de chiffres relatifs à la ventilation de ses ventes par produits et à l'évolution de ces chiffres sur la période ouverte depuis que la société Allstar bénéficie de l'exclusivité de la commercialisation des chaussures Adidas, ou permettant de constater l'importance globale des ventes sur les stands lors des compétitions ; qu'au surplus, l'hypothèse de cette dérive des ventes est en partie contredite, en premier lieu, par le fait que, malgré cette exclusivité qui existe depuis plus de quatre ans, d'autres revendeurs, dont la société Prieur Sports elle-même, ont été en mesure de proposer aux pratiquants des chaussures de marque Adidas, en second lieu, par les déclarations du représentant de la société Prieur Sports qui a indiqué, lors de la séance, qu'il avait fait fabriquer des chaussures en Chine à sa marque, et que la commercialisation de ce produit avait été encourageante, notamment auprès de sa clientèle fidèle aux autres produits d'équipement d'escrime qu'elle commercialise ;

Sur les conséquences du refus de vente sur l'activité de la société Prieur Sports

Considérant que la société Prieur Sports soutient que le refus de livraison opposé par la société Adidas a provoqué, depuis l'exercice 1999, une baisse sensible de son chiffre d'affaires ;

Mais considérant, que la société Prieur Sports ne communique ses comptes que pour l'exercice 2000, au cours duquel on peut effectivement constater une baisse de 8 % de son chiffre d'affaires global par rapport à l'exercice précédent ; qu'elle ne produit, en revanche, aucun élément permettant de connaître la ventilation de ses ventes entre les différents équipements d'escrime, notamment quant à l'importance des chaussures dans son activité ; que, dans sa décision précitée 98-D-31, le Conseil a relevé que les chaussures d'escrime ne représentent que 1 à 4 % du chiffre d'affaires global de vente de matériel et d'équipement d'escrime des entreprises ;

Considérant, enfin, que les données communiquées ne permettent pas d'établir un lien direct entre la baisse de chiffre d'affaires, constatée en 2000 par rapport à 1999, et le refus de vente d'Adidas ; qu'en effet, ce refus est opposé depuis juillet 1997 ; qu'au surplus, la société Prieur a elle-même indiqué qu'au moins jusqu'en mai 2001, elle avait été en mesure de s'approvisionner en chaussures d'escrime de marque Adidas auprès d'un revendeur installé en Grande-Bretagne et qu'il s'ensuit que la prétendue indisponibilité des chaussures de cette marque n'a pu produire ses effets qu'à compter du second semestre 2001 ; qu'enfin, si on constate une baisse de 8 % du chiffre d'affaires en 2000 par rapport à 1999, les comptes présentés font apparaître que le résultat d'exploitation a été multiplié par 2,5 et que le résultat courant, négatif en 1999 (- 116 350 F), est positif en 2000 (+ 294 068 F) ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède, qu'aucun élément présenté à l'appui de la saisine ne permet de penser ni, qu'à supposer qu'il soit établi que la société Adidas dispose d'une position dominante sur un marché spécifique des chaussures d'escrime, il serait fait un usage abusif de cette position dominante, ni qu'une entente anticoncurrentielle aurait pu être mise en œuvre par les sociétés Adidas et Allstar, ni enfin, que la société Allstar aurait pratiqué des conditions de vente discriminatoires à l'égard de la société Prieur Sports ; qu'en l'état de l'instruction et en absence d'éléments suffisamment probants, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 de ce code.

Décide

Article unique - La saisine au fond enregistrée sous le numéro F 1349 est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M. Komiha, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Nasse, vice-président et M. Bidaud, membre, en remplacement de Mme Pasturel, vice-présidente empêchée.

La secrétaire de séance,
Françoise Hazaël-Massieux

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-27

Décision n° 02-D-27 du 9 avril 2002 relative à une saisine du syndicat intercommunal d'électrification de Bargemon

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 17 juillet 2000 sous le numéro F 1253, par laquelle le syndicat intercommunal d'électrification de Bargemon a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-5 du code de commerce, de pratiques d'abus de position dominante qui seraient mises en œuvre par la société EDF ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, entendus au cours de la séance du 5 mars 2002, le président du syndicat intercommunal d'électrification de Bargemon ayant été régulièrement convoqué ;

Considérant que, par lettre du 17 juillet 2000, le président du syndicat intercommunal d'électrification (SIE) de Bargemon a, au nom de ce syndicat, saisi le Conseil de la concurrence de pratiques d'abus de position dominante qui seraient mises en œuvre par EDF lors de la négociation des contrats de concession pour la distribution de l'énergie électrique ;

Considérant que l'article L. 462-5 du code du commerce dispose que *«le Conseil de la concurrence peut être saisi par le ministre chargé de l'économie de toute pratique mentionnée aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5. 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 L. 462-1»* ; que le deuxième alinéa de l'article L. 462-1 énonce que le Conseil de la concurrence peut donner son avis sur toute question de concurrence 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 (...)»* ;

Considérant qu'en séance, le commissaire du Gouvernement a soutenu que le syndicat intercommunal d'électrification n'était pas une collectivité territoriale et qu'il n'avait, en conséquence, pas qualité pour saisir le Conseil de la concurrence au sens des dispositions des articles L. 462-1 et L. 462-5, précités qui sont d'interprétation stricte ;

Mais, considérant que l'article L. 5212-1 du code général des collectivités territoriales précise que *«le syndicat de communes est un établissement public de coopération intercommunale associant des communes en vue d'œuvre ou de service d'intérêt intercommunal»* ; Considérant, en outre,

que l'article 17 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000, relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, dispose que pour la distribution, les collectivités locales conservent leur pouvoir concédant ; que l'article L. 2224-31 du code général des collectivités territoriales est ainsi rédigé : « (...) - I. *Sans préjudice des dispositions de l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 sur la nationalisation de l'électricité et du gaz, les collectivités territoriales ou leurs établissements publics de coopération, en tant qu'autorités concédantes de la distribution publique d'électricité en application de l'article 6 de la loi du 15 juin 1906 sur les distributions d'énergie et de l'article 36 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée, négocient et concluent les contrats de concession, et exercent le contrôle du bon accomplissement des missions de service public fixées, pour ce qui concerne les autorités concédantes, par les cahiers des charges de ces concessions (...)* » ; qu'il résulte de ces dispositions qu'en tant qu'il exerce les activités qui lui ont été déléguées par les communes qui y sont associées, un syndicat intercommunal d'électrification doit être considéré comme une collectivité territoriale au sens de l'article L. 462-2 du code de commerce et a donc compétence pour saisir, en ce qui concerne les intérêts dont il a la charge, le Conseil de la concurrence ; que par délibération du 13 juin 2000, le conseil syndical a «chargé le président de saisir le Conseil de la concurrence» ; que le Conseil de la concurrence est ainsi valablement saisi ;

Considérant que l'article L. 462-8 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001, énonce en son deuxième alinéa que le Conseil de la concurrence *«peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants»* ;

Considérant que, dans le cadre de sa saisine, le syndicat intercommunal d'électrification de Bargemon se borne à invoquer le refus d'EDF de négocier le contrat de concession du réseau et à indiquer qu'il en conteste la durée ainsi que le mode de calcul de la redevance ; qu'il n'apporte toutefois aucun élément matériel permettant de penser qu'une pratique d'abus de position dominante, prohibée par les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce, serait, en l'espèce, mise en œuvre par EDF ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en l'absence d'éléments suffisamment probants à l'appui des faits invoqués dans la saisine, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 462-8, alinéa 2, du code de commerce précitées ;

Décide

Article unique - La saisine enregistrée sous le numéro F 1253 est rejetée.

Délibérée sur le rapport oral de Mme Bleys, par Mme Hagelsteen, présidente, MM. Jenny et Nasse, vice-présidents.

La secrétaire de séance

Françoise Hazaël-Massieux

La présidente

Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-28

Décision n° 02-D-28 du 10 avril 2002 relative à une saisine de la société Cépia assurances

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 19 février 2001 sous le numéro F 1290, par laquelle la société Cépia assurances a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 462-5 du code de commerce, d'une demande dirigée contre les pratiques mises en œuvre par la société Axa assurances.

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus au cours de la séance du 5 mars 2002, M. Desaintquentain, représentant la société Cépia assurances, ayant été régulièrement convoqué ;

Considérant que l'article L. 462-8 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-419 du 15 mai 2001, énonce en son deuxième alinéa que le Conseil «*peut rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants*» ;

Considérant que M. Desaintquentain a saisi le Conseil le 14 février 2001 en indiquant : «*Nous vous prions de bien vouloir trouver ci-dessous certaines informations qui me navrent (...)*» ;

Considérant, toutefois, qu'il n'allègue, dans la suite de son courrier, ni l'existence d'une entente anticoncurrentielle, ni celle d'un abus de position dominante ;

Considérant, en outre, que la saisine ne comporte aucun élément permettant de considérer que de telles pratiques seraient mises en œuvre ;

Considérant qu'il convient, en conséquence, de faire application des dispositions de l'article L. 462-8, alinéa 2, du code de commerce précité ;

Décide

Article unique - La saisine enregistrée sous le numéro F 1290 est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Chaulet-Philippe, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente, empêchée, Mme Pasturel, vice-présidente et M. Nasse, vice-président.

La secrétaire de séance
Françoise Hazaël Massieux

Le vice-président, présidant la séance
Frédéric Jenny

02-D-29

Décision n° 02-D-29 du 7 mai 2002 relative à des pratiques relevées dans le cadre de la passation des marchés publics de la signalisation routière horizontale du département de la Saône-et-Loire

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 13 février 1998 sous le numéro F 1017, 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 L. 462-5 du code de commerce, d'un dossier relatif à des pratiques relevées dans le cadre de la passation de marchés publics de signalisation routière horizontale dans le département de la Saône-et-Loire ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu la décision de secret des affaires n° 00-DSA-06 du 6 septembre 2000 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par les entreprises Société d'Applications Routières, Prosign et le commissaire du Gouvernement ;

La rapporteure, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement, les représentants des entreprises Société d'Applications Routières, Prosign, entendus lors de la séance du 13 mars 2002 ;

Adopte la décision suivante :

176

I. - Constatations

■ A. - Secteur d'activité

Généralités

La signalisation routière horizontale consiste en l'application, sur les voies de circulation automobile, de marques destinées à matérialiser, par des symboles reconnus, les prescriptions résultant du Code de la route et à canaliser les files de circulation. Elle a aussi pour objet essentiel d'assurer la sécurité de la circulation.

Les opérations de signalisation routière sont réalisées à l'aide de produits spécifiques (peintures, enduits à chaud ou à froid, bandes préfabriquées) et de machines appropriées à chacun des types de produits utilisés. L'acquisition de ces machines constitue la principale dépense d'investissement de toute entreprise applicatrice de produits de marquage.

Tous les produits destinés au marquage des chaussées sont obligatoirement soumis à homologation. Cette procédure vise à sélectionner les seuls produits présentant un niveau minimum de qualité et à éliminer du marché les produits dont les performances sont reconnues insuffisantes.

L'homologation est accordée par le Laboratoire central des ponts et chaussées et par l'Association pour la qualification des équipements de la route (ASQUER) sur la base d'un cahier de modalités d'homologation définies par différents arrêtés ministériels.

La maîtrise d'ouvrage incombe aux différentes collectivités publiques, selon le classement de la voie à traiter : Etat (ou, le cas échéant, société concessionnaire d'autoroute), département, communauté urbaine, commune. Les directions départementales de l'équipement peuvent assurer la maîtrise d'œuvre des travaux.

L'exécution des travaux s'opère selon deux modalités :

- soit le maître d'ouvrage décide de confier les travaux de marquage à une entreprise à laquelle il achète en même temps les produits qui seront appliqués ;
- soit le maître d'ouvrage fait effectuer les travaux par ses propres services qui achètent les produits à appliquer auprès des fabricants.

Les entreprises spécialisées dans le marquage des chaussées adhèrent, pour la plupart, au Syndicat des Equipements de la Route (SER). Elles sont regroupées dans la section «*signalisation horizontale*».

Ces entreprises sont traditionnellement classées en trois catégories.

Certaines d'entre elles se contentent de revendre leurs fabrications, peintures, enduits, etc. aux applicateurs. Elles ne participent que tout à fait exceptionnellement à des marchés de travaux.

D'autres entreprises participent à des marchés publics de travaux tout en vendant des produits de leur fabrication à d'autres applicateurs. Cette catégorie comprend les entreprises les plus importantes du secteur, notamment la Société d'Applications Routières (S.A.R.) et la société Prosign.

Enfin, quelques entreprises, de taille plus modeste, cantonnent leur activité à quelques départements et limitent leur intervention à la participation à des marchés publics de travaux. Non intégrées, elles sont étroitement tributaires, pour leurs approvisionnements, de fabricants qui sont en même temps, fréquemment, leurs concurrents sur les marchés d'application.

Les entreprises mises en cause

La Société d'Applications Routières (S.A.R.)

Au moment des faits, la S.A.R., constituée en 1966, était une des filiales de la holding Lafarge Nouveaux Matériaux, créée en 1986. En 1991, cette holding regroupait plus de trente filiales. Le groupe disposait de trente-cinq unités de production dont quatorze hors de France ainsi que de dix-huit laboratoires de recherche. A une date récente, elle est devenue filiale de la Compagnie Signature.

La S.A.R. est une société par actions simplifiées au capital de 6 196 800 F dont le siège social est situé 44, rue Sadi Carnot à Aubervilliers en Seine-Saint-Denis. L'entreprise est organisée, sur le territoire national, en neuf régions, chaque entité régionale disposant de plusieurs agences. Elle intervient dans quatre secteurs d'activité : les produits de marquage, les équipements de la route, les matériels d'application et le mobilier urbain. Premier leader européen de la signalisation routière, la S.A.R. a réalisé, au cours des exercices 1991, 1992 et 1993, les chiffres d'affaires hors taxes de 357 MF, 354,2 MF et 379,8 MF.

La S.A.R. possède trois filiales : Euroliners, deuxième fabricant européen de matériel de marquage, Slapis (Société lyonnaise d'applications de peintures industrielles et de signalisation), spécialisée dans les secteurs de la signalisation horizontale et verticale, ainsi que Signal, également spécialisée dans le secteur de la signalisation routière horizontale.

Les produits de peinture sont fabriqués par l'entreprise Kiffer et Hamaide, située à Agnetz dans l'Oise et qui fait partie du groupe Ciments Lafarge.

La société Prosign

La société Prosign est une société anonyme au capital de 11 000 000 F. Elle a débuté son exploitation en 1952, sous le nom de Prismo France, devenu Gregory en 1972. Elle fait partie aujourd'hui du groupe Jarvis PLC. Elle dispose de quatorze établissements secondaires, de six directions régionales et de vingt-cinq agences locales. Les directions régionales bénéficient d'une totale autonomie commerciale.

L'entreprise fabrique les matériels d'application et les produits de signalisation routière (peintures et panneaux), met en œuvre les produits et intervient dans la recherche de nouveaux produits et de matériels plus performants. Cette dernière activité représente environ 3 % de son chiffre d'affaires. Au titre des exercices 1992, 1993 et 1994, Prosign a réalisé les chiffres d'affaires hors taxes de 265,3 MF, 276,8 MF et 276,3 MF.

■ B. - Les faits

A partir de 1989, la Direction départementale de l'équipement (DDE) du département de la Saône-et-Loire s'est progressivement désengagée de l'exécution des travaux de maintenance et de mise à niveau de signalisation routière horizontale en confiant ces travaux à des entreprises. Le Conseil général, maître d'ouvrage, a simultanément décidé de mettre en place, à titre expérimental, une nouvelle formule d'intervention dans le cadre d'un contrat de marché de travaux à obligation de résultat.

Le principe du marché de travaux à obligation de résultat repose sur le versement d'un forfait annuel à l'entreprise ou aux entreprises titulaires des marchés, moyennant la prise en charge intégrale, par la ou les entreprises, des moyens de mise en œuvre des travaux, notamment ceux nécessaires à l'exécution, à l'entretien et au contrôle des travaux. La ou les entreprises doivent également fournir les produits et les matériels nécessaires à l'exécution des différentes opérations.

Par comparaison, les contrats classiques d'entretien se présentent sous forme de marchés à bon de commande où l'entreprise titulaire attend les commandes du maître d'œuvre et facture sa prestation au mètre linéaire réalisé. En outre, c'est au maître d'œuvre qu'il appartient d'effectuer les contrôles.

La S.A.R. a été à l'origine de cette nouvelle formule de marchés de travaux, qui a été expérimentée en Saône-et-Loire par sa direction régionale, en 1988. L'entreprise Prosign, déjà présente dans le département sur le secteur du Charollais-Brionnais par l'intermédiaire de sa direction régionale Prosign-Est depuis 1970, a proposé, peu de temps après, un marché de travaux de même type.

Jusqu'en 1995, le département de la Saône-et-Loire était, en ce qui concerne l'exécution des travaux de signalisation routière horizontale, découpé en quatre secteurs : le Charollais-Brionnais, la Bresse, le nord-est et le sud-ouest. En 1995, le département a été découpé en deux secteurs, le sud-ouest, qui a intégré le Charollais-Brionnais et le nord-est, qui a intégré la Bresse.

Le Conseil général de la Saône-et-Loire a lancé quatre appels d'offres, en 1989, 1990, 1992 et 1995. Pour le marché de 1989, les secteurs de la Bresse et du Charollais-Brionnais ont été mis en compétition dans le cadre d'un marché négocié. Pour le marché de 1990, les secteurs du nord-est et du sud-ouest ont été mis en compétition dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, modalité également retenue pour les marchés suivants. A cette date, la DDE était totalement désengagée de la réalisation des travaux de signalisation routière horizontale dans le département. En 1992, le marché de 1989 arrivant à son terme, les secteurs de la Bresse et du Charollais-Brionnais ont été remis en compétition. En 1995, les marchés de 1990 et de 1992 étant également parvenus à leur terme, le conseil général a procédé à un appel d'offres après avoir regroupé le département en deux zones géographiques ainsi qu'il a été indiqué ci-dessus ;

Les résultats des appels d'offres des marchés passés en 1989, 1990 et 1992 permettent de constater que les entreprises S.A.R. et Prosign ont été attributaires chacune du seul lot sur lequel elle avait soumissionné. Pour le marché de 1995, en revanche, les deux sociétés ont soumissionné aux deux lots et chacune a remporté le lot sur lequel elle était déjà présente.

Pour le marché de 1990, l'estimation de l'administration était de 2 350 000 F TTC en ce qui concerne le secteur nord-est et de 3 059 000 F TTC pour le secteur sud-ouest. Le procès-verbal d'ouverture des plis du 10 mars 1990 montre que onze entreprises ont fait parvenir des offres régulières, que trois entreprises se sont désistées et que quatre n'ont pas répondu. La S.A.R. a présenté une offre pour le secteur nord-est d'un montant de 2 389 908 F et la société Prosign a présenté une offre de 3 150 846 F pour le secteur sud-ouest. Chacune de ces sociétés a été attributaire du lot sur lequel elle avait soumissionné, soit le secteur nord-est pour la première et le secteur sud-ouest pour la seconde.

Pour le marché de 1992, l'estimation de l'administration était de 3 138 000 F TTC pour le secteur de la Bresse et de 2 686 000 F TTC pour celui du Charollais-Brionnais. Le procès-verbal de la commission d'ouverture des

plis du 7 avril 1992 montre que huit entreprises ont soumissionné sur le secteur de la Bresse et neuf sur le secteur du Charollais-Brionnais. Les sociétés S.A.R. et Prosign ont été attributaires chacune du seul lot sur lequel elle avait soumissionné, soit le secteur de la Bresse pour la première et le secteur du Charollais-Brionnais pour la seconde.

Précédant l'appel d'offres de 1992, une réunion s'est tenue le 12 février 1991 au Service départemental de l'équipement (SDE), à laquelle étaient présents MM. Mosini et Cretin de la société Prosign, MM. Scafalini et Marcelli de la S.A.R. Rhône-Alpes ainsi que M. Buchet du Service départemental de l'équipement.

Cette réunion avait pour objet *«de faire le point sur les conditions d'exécution des marchés en cours et de brosser les perspectives 1991 et 1992»*. Les informations suivantes ont été données aux deux entreprises : *«Pour ce qui concerne la perspective 1992, outre la fusion des marchés 89 aux marchés 90, il est annoncé aux entreprises que les marquages en agglomération seront pris en charge par le département...»*. Ainsi, le marché de 1989 venant à terme en 1992 et les marchés de 1990 et 1992 venant à terme en 1995, les entreprises sont informées par avance que le département sera découpé en deux secteurs en 1995. En outre, au cours de cette même réunion, les entreprises sont également informées qu'un nouveau poste est introduit dans les marchés de 1992, le poste *«marquages spéciaux en agglomération»* et que le prix unitaire de ce poste devra être compris entre 75 F et 79 F, sans dépasser 80 F le m² : *«Sur le coût unitaire de ces travaux spéciaux qui nécessiteront des équipes distinctes, le représentant du SDE a annoncé que la somme de 80 F/m² lui semblait un ultra maximum à ne pas dépasser. La S.A.R. a avancé une fourchette comprise entre 75 F et 79 F, Prosign ne se prononce pas et étudiera sa proposition au plus juste»*.

Les deux entreprises ont soumissionné au marché de 1992 en formulant, pour le poste *«marquages spéciaux en agglomération»*, une proposition de prix unitaire identique de 79 F.

Pour le marché de 1995, qui comportait une tranche ferme d'un an et quatre tranches conditionnelles, l'estimation de l'administration, pour une année, était de 8 205 351 F TTC en ce qui concerne le secteur nord-est et de 7 466 000 F TTC pour le secteur sud-ouest. Le procès-verbal de la commission d'ouverture des plis du 23 mars 1995 montre que les offres de dix entreprises, sur les douze qui ont présenté des offres régulières, ont été retenues et examinées. Les sociétés S.A.R. et Prosign ont soumissionné sur chacun des deux lots mis en concurrence, pour des montants respectifs de 7 364 924 F et de 7 356 122 F pour le secteur sud-ouest et de 8 077 330 F et de 8 091 094 F pour le secteur nord-est. Le secteur nord-est a été attribué à la S.A.R. et le secteur sud-ouest a été attribué à la société Prosign.

Dans le cadre de cet appel d'offres, le maître d'ouvrage a introduit un nouveau critère technique, celui de la *«roulabilité immédiate»*, qui impose aux entreprises d'utiliser des produits de peintures et des méthodes d'application permettant un séchage *«quasi-immédiat»* de la peinture afin de réduire au minimum la gêne causée aux usagers. Le représentant de la Direction

départementale de la concurrence, lors de l'ouverture des plis, a émis des réserves *«sur certaines exigences imposées par le maître d'ouvrage, qui peuvent être de nature à favoriser certaines entreprises»*.

S'agissant du marché de 1995, il a été relevé que :

- les propositions de prix unitaires du poste *«marquages spéciaux en agglomération»* étaient de 83,40 F pour chacune des entreprises, cette identité de prix entre elles ayant déjà été relevée pour les marchés de 1992 ;
- le prix unitaire du poste *«marquage en axe et rives sur routes à trois voies»* de la société Prosign était supérieur (14 810 F) à celui fixé par la S.A.R. (12 300 F) alors que, pour le poste *«marquage en axe et routes à deux voies»* le prix de la société Prosign (6 590 F) était inférieur à celui de la S.A.R. (7 000 F) : en supposant une évolution arithmétique entre les prix unitaires de ces deux postes de travaux, le prix de la S.A.R. aurait dû être logiquement supérieur à celui de la société Prosign pour le poste *«marquage en axe et rives sur routes à trois voies»* ;
- la société Prosign a fixé les prix unitaires de deux postes des marchés de la Saône-et-Loire de 1995 à un niveau supérieur aux prix unitaires de deux postes identiques du marché de travaux à obligation de résultat de la Meurthe-et-Moselle que l'entreprise a obtenu en 1996 ; s'agissant du poste marquage axe et rives sur routes à 2 voies, elle a, en effet, soumissionné au prix unitaire de 6 590 F en Saône-et-Loire et de 5 535 F en Meurthe-et-Moselle ; s'agissant du poste marquage axe et rives sur route à 3 voies, elle a soumissionné au prix unitaire de 6 590 F en Saône-et-Loire et de 5 600 F en Meurthe-et-Moselle ;
- les soumissions des sociétés S.A.R. et de Prosign pour chacun des marchés de 1995 ne présentent qu'un très faible écart entre elles.

■ C. - La procédure

Par lettre enregistrée le 13 février 1998, sous le numéro F 1017, le Ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil, sur le fondement de l'article L.462-5 du code de commerce, des pratiques relevées dans le cadre de la passation des marchés publics de la signalisation routière horizontale du département de la Saône-et-Loire.

Par lettre du 2 octobre 2000, un grief d'entente de répartition des marchés 1992 et 1995 a été notifié aux entreprises Société d'Applications Routières (S.A.R.), S.A.R. Rhône-Alpes, Prosign et Prosign-Est, sur le fondement de l'article L.420-1 du code de commerce.

Au stade du rapport définitif, une proposition de non-lieu à poursuivre la procédure a été notifiée aux mêmes sociétés.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil

Considérant qu'étant rappelé que les seules personnes morales qui soient dotées d'une existence juridique, au nombre des destinataires de la notification de griefs, sont les sociétés S.A.R. et Prosign, et sans qu'il y ait lieu de se prononcer sur les moyens de procédure tirés par les entreprises mises en cause de l'acquisition de la prescription pour les faits antérieurs au 30 août 1990 ou de l'impossibilité de se fonder sur des faits étrangers aux pratiques d'entente faisant l'objet du grief, qu'aux termes de l'article L.464-6 du code de commerce, *«lorsqu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, le Conseil de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure»* ;

Considérant que les sociétés S.A.R. et Prosign font valoir, tout d'abord, que la stabilité des attributaires des marchés n'est pas, en soi, un indice suffisant pour établir une entente et que la reconduction des marchés aux mêmes entreprises ne traduit qu'un parallélisme de comportement ;

Considérant que ces sociétés expliquent aussi qu'en dépit de leur dimension nationale et des moyens dont elles disposaient, elles n'étaient pas en mesure de soumissionner systématiquement à l'ensemble des marchés de travaux à obligation de résultat de 1990 et 1992 en raison des nouveautés techniques propres à ce type de marché, lequel implique des investissements élevés et une logistique lourde à mettre en œuvre que leurs directions régionales ne pouvaient assumer à l'époque ; que les moyens humains, financiers et techniques qui leur étaient nécessaires n'ont pu être réunis que pour les marchés de 1995, ce qui leur a permis alors de soumissionner simultanément aux deux lots, sud-ouest et nord-est, du département ;

Considérant que, s'agissant de l'évolution des prix unitaires des marchés, la société Prosign fait valoir qu' *«il ne fait pas de doute que la construction initiale du prix en 1989, lorsque le premier marché à obligation de résultat a été expérimenté, a fortement contraint les évolutions ultérieures des prix des marchés successifs»* ; que ces raisons expliquent les prix très proches proposés par les sociétés S.A.R. et Prosign sur les deux marchés de 1992 et 1995 ;

Considérant que les sociétés S.A.R. et Prosign exposent encore que la réunion du 12 février 1991, qui s'est tenue entre le représentant du Service départemental de l'équipement et les représentants des sociétés S.A.R. et Prosign, à l'initiative du Conseil général, avait pour objet de faire le point sur les conditions d'exécution des marchés de 1989 et 1990 ; que cette réunion ne saurait, pour autant, constituer un indice probant de l'existence d'une entente entre les entreprises, même si les informations données par le représentant de l'administration pouvait leur procurer un avantage par rapport à leurs futurs concurrents ; que la société Prosign souligne,

d'ailleurs, que, s'agissant du prix unitaire du nouveau poste «*marquages spéciaux en agglomération*» introduit dans le marché de 1992, son représentant a déclaré, lors de la réunion précitée, qu'«*il ne se prononcerait pas et étudierait la proposition au plus juste*» ; que, de son côté, la S.A.R. observe que, compte tenu de l'annonce, faite par le représentant de l'administration, du prix unitaire maximum à ne pas dépasser, «*il est naturellement explicable*» que la société Prosign ait elle-même proposé un prix unitaire identique pour ce poste ;

Considérant que, s'agissant du marché de 1995, les sociétés S.A.R. et Prosign précisent que le prix unitaire de 83,40 F du poste «*marquages spéciaux en agglomération*» a été déterminé par application du coefficient d'actualisation fixé au CCAP de l'appel d'offres de 1992, ce qui explique l'identité de prix dans les réponses des sociétés S.A.R. et Prosign ;

Considérant que la société Prosign fait encore valoir que «*s'il existe un rapport entre les prix unitaires pratiqués pour le marquage des routes à deux voies et les prix unitaires pratiqués pour le marquage des routes à trois voies, ce rapport n'est pas arithmétique, il n'est pas nécessairement identique selon les entreprises et il peut varier en fonction des conditions opérationnelles*» ; qu'ainsi, le prix de marquage de routes à trois voies, du fait du partage de la voie du milieu entre les deux sens de circulation, inclut des marquages spéciaux (flèches de rabattement, flèches diverses, «*zébras*»), beaucoup plus rares sur les routes à deux voies et qui peuvent représenter à eux seuls la moitié du prix unitaire du marquage au kilomètre, eu égard à la nécessité de recourir à des équipements spécifiques différents des camions utilisés pour les marquages par bandes linéaires ;

Considérant que la société Prosign observe également, en s'appuyant sur le ratio entre le prix du marquage en axe et rives des routes à trois voies et le prix du marquage en axe et rives des routes à deux voies, que si les prix unitaires du poste «*marquages en axe et rives sur routes à deux voies*» et du poste «*marquages en axe et rives sur routes à trois voies*» des marchés de la Saône-et-Loire de 1995 avaient suivi la même évolution que les prix unitaires des postes identiques du marché de la Meurthe-et-Moselle de 1996, Prosign-Est aurait dû augmenter le poste «*marquages en axe et rives sur routes à trois voies*» de 17 % ; qu'en tout état de cause, une telle augmentation n'aurait pas changé l'équilibre global des marchés de 1995 entre les sociétés S.A.R. et Prosign ;

Considérant que la S.A.R. relève, de son côté, que, pour le marché de 1995, «*il existe incontestablement un écart entre les offres respectives de la S.A.R. et de Prosign*» tandis que «*les offres de couverture se caractérisent plutôt par des écarts importants par rapport à l'offre qu'elles sont censées couvrir*» ;

Considérant qu'il n'existe pas au dossier d'éléments permettant de contredire utilement les moyens de défense des sociétés S.A.R. et Prosign ; que ces entreprises fournissent des explications plausibles sur les raisons qui les ont conduites à ne soumissionner que sur le seul secteur dont elles ont été attributaires en 1992 puis à soumissionner simultanément sur les deux secteurs des marchés de 1995 ; que si l'existence d'une stabilité dans l'attribution

des lots peut, dans certains cas, trouver son explication dans une répartition de marché et si l'identité des prix proposés, pour certaines prestations, par plusieurs soumissionnaires, peut, dans certaines circonstances, également, laisser présumer l'existence d'un échange d'informations antérieur au dépôt des offres, de tels indices sont insuffisants à eux seuls à établir la réalité de pratiques anticoncurrentielles ; qu'en outre, l'identité de certains prix, dans le cas d'espèce, peut trouver une explication, notamment, dans la réunion du 12 février 1991 qui s'est tenue entre un représentant du maître d'ouvrage et les deux entreprises en cause ; que, dès lors, il n'est pas établi que les sociétés S.A.R. et Prosign se soient entendues avant le dépôt de leurs offres pour se répartir les marchés de signalisation routière horizontale du département de la Saône-et-Loire et qu'il convient, en conséquence, de faire application des dispositions, précitées, de l'article L. 464-6 du code de commerce ;

Décide

Article unique – Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Bergaentzlé, par Mme Pasturel, vice-présidente, présidant la séance, MM. Ripotot, Gauron et Piot, membres.

La secrétaire de séance,	La vice-présidente, présidant la séance
Françoise Hazäel-Massieux	Micheline Pasturel

02-D-30

Décision n° 02-D-30 du 14 mai 2002 relative à la saisine de l'association St'Halt Tort Tue

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre en date du 3 septembre 2001, enregistrée sous le numéro F 1342, par laquelle l'association St'Halt Tort Tue a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le groupe Bayer AG Allemagne, la SA Bayer Pharma et la société des laboratoires Bayer Pharma ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 10 avril 2002 ;

L'association saisissante a notamment pour objet la défense des malades ayant été traités avec les médicaments de la firme Bayer Staltor et Cholstat ;

Considérant, que le Conseil, en application des articles L. 462-1 et L. 462-5 du code de commerce peut être saisi exclusivement, par le ministre chargé de l'économie, par les entreprises ou, pour toute affaire qui concerne les intérêts dont ils ont la charge, par les collectivités territoriales, les organisations professionnelles et syndicales, les organisations de consommateurs agréées, les chambres d'agriculture des chambres de métier ou les chambres de commerces et d'industrie ;

Considérant que l'association St'Halt Tort Tue n'est pas une association de consommateurs agréée ; qu'elle n'entre dans aucune des catégories de personnes ou d'autorités habilitées à saisir le Conseil ; qu'en conséquence, elle n'a pas qualité pour agir sur le fondement des textes précités et sa saisine doit être déclarée irrecevable.

Décide

Article 1^{er} - La saisine enregistrée sous le numéro F 1342 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport de Christine Servella-Huertas, par Mme Hagelsteen, Présidente, Mme Pasturel et M. Nasse, vice-présidents.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Décisions / 02-D-30

185

02-D-31

Décision n° 02-D-31 du 30 mai 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société SEVIC à l'encontre de la société MAN Camions § Bus

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 28 janvier 2002 sous les numéros 02/0010/F et 02/0011/M par laquelle la société SEVIC a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre à son encontre par la société MAN Camions § Bus et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n°86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par la société MAN Camions § Bus et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement ainsi que les représentants de la société SEVIC, MAN Camions § Bus entendus lors de la séance du 23 avril 2002 ;

186

■ La saisine

Considérant que la société SEVIC, société anonyme ayant son siège à Domevre-sur-Vezouze en Meurthe-et-Moselle, exerce l'activité d'achat de véhicules poids lourds d'occasion, pour partie importés de l'étranger, et leur revente sur le territoire national ; que, pour pouvoir procéder à l'immatriculation en France de ses véhicules, la société SEVIC, conformément à la réglementation en vigueur, demande aux constructeurs de la marque de chaque véhicule de lui délivrer une attestation permettant d'apporter la preuve de leur conformité aux modèles-types réceptionnés en France ; qu'elle reproche à la société MAN Camions § Bus (ci-après MAN) de délivrer ces attestations de conformité dans des délais trop longs et à des coûts trop élevés, ce qui porterait atteinte à la libre circulation des marchandises sur le territoire de l'Union européenne et ferait obstacle au libre jeu de la concurrence ; que la société SEVIC soutient que la société MAN détient un monopole en matière de délivrance des attestations de conformité pour les véhicules de sa marque et qu'elle abuse de sa position dominante au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce ; qu'au titre des mesures conservatoires, la société SEVIC demande au Conseil d'enjoindre à la société MAN de délivrer, dans un délai de trois semaines et à un coût de 100 euros, les attestations de conformité et ce, sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard par infraction constatée ;

Considérant qu'à l'appui de sa demande la société SEVIC invoque la communication interprétative C143/4 du 15 mai 1996 de la Commission européenne concernant les procédures de réception et d'immatriculation de véhicules précédemment immatriculés dans un autre Etat membre, qui prévoit que, lorsque les Etats membres délèguent aux constructeurs ou à leurs représentants des «*fonctions de droit public*», certaines conditions doivent être respectées ; qu'elle souligne qu'aux termes de cette communication, la délivrance des documents nécessaires à l'immatriculation des véhicules doit s'effectuer «*à un coût et dans des délais raisonnables (à titre indicatif serait considéré comme raisonnable un coût autour de 100 écus et un délai ne dépassant pas trois semaines)*» ;

Considérant que l'article 12 du décret du 29 décembre 1986 modifié énonce que «*La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article 12 de l'ordonnance (devenu l'article L. 464-1 du code de commerce) 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*» ; qu'une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond est recevable et ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'article L. 462-8 du code de commerce ; qu'en outre, la demande de mesures conservatoires doit être, en elle-même, recevable ;

■ Sur la compétence du Conseil de la concurrence

Considérant que la société MAN soutient que le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour statuer sur les pratiques dénoncées, au motif que la délivrance des attestations de conformité n'est pas une activité économique de production et de service au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce, mais une activité qui lui est dévolue à titre de mission de service public ; qu'elle expose à cet égard que l'activité de certification et de normalisation est une prérogative de puissance publique déléguée à MAN qui l'exerce, non comme une entreprise, mais comme organisme de contrôle de conformité, de certification et de vérification ;

Mais considérant que la société MAN n'apporte aucun élément démontrant qu'elle aurait été investie de prérogatives de puissance publique pour la délivrance d'attestations de conformité ; que la délivrance de tels documents attestant de la conformité aux modèles-types réceptionnés en France est une prestation de service fournie à la demande des propriétaires de véhicules ou leurs représentants, par chaque constructeur ou son représentant, pour les véhicules construits sous sa marque, moyennant une rémunération librement fixée par le constructeur ; qu'il s'agit bien, dès lors, d'une activité économique sur un marché au sens de l'article L. 410-1 du code de commerce et que le Conseil de la concurrence est compétent pour connaître des faits dénoncés par la présente saisine ;

■ Sur la recevabilité de la saisine au fond et de la demande de mesures conservatoires

Considérant que la société MAN soutient encore que la saisine est irrecevable au motif que la société SEVIC n'a ni intérêt ni qualité à agir pour dénoncer «(...) *l'état communautaire et interne du droit de l'immatriculation des véhicules*» ;

Mais considérant que la société SEVIC dénonce des pratiques mises en œuvre à son égard par la société MAN, qu'elle a donc intérêt et qualité à agir ;

■ Sur les pratiques dénoncées

Considérant que l'alinéa 3 de l'article L. 462-8 du code de commerce énonce que le Conseil de la concurrence «(...) *peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants* (...)»

Sur le marché pertinent et la position de la société MAN

Considérant que 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 ; que dans la mesure où une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observe rarement, il est communément admis que doivent être considérés 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 les moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande ;

Considérant que, dans un arrêt du 11 novembre 1986 British Leyland (affaire 226/84), la Cour de Justice des Communautés européennes a précisé que dans un contexte réglementaire prévoyant que l'immatriculation de véhicules importés en vue de leur mise en circulation est soumise à la production d'un certificat de conformité délivré par le constructeur qui dispose, dans ce cadre, d'un monopole légal, le marché en cause n'est «(...) *pas celui de la vente de véhicules, mais un marché dérivé et distinct, qui est celui des services indispensables en fait aux revendeurs professionnels pour assurer la commercialisation des véhicules* (...)»

Considérant que les dispositions du Code de la route prévoient que, pour être immatriculé, tout véhicule doit faire l'objet d'une réception ; que cette opération administrative et technique est destinée à constater la conformité d'un véhicule ou d'un type de véhicule aux prescriptions et règles techniques du Code de la route ; qu'il existe deux types de réception, la réception communautaire et la réception nationale ;

Considérant que la réception nationale concerne tout véhicule ayant un poids total en charge supérieur à 3,5 tonnes en provenance d'un Etat membre de la Communauté, dès lors qu'il n'existe pas de dispositif d'harmonisation des spécificités de ces véhicules au sein de la Communauté européenne ;

que les dispositions de l'article R. 321-15 du Code de la route distinguent la réception nationale par type et la réception nationale à titre isolé ; que la réception nationale par type permet aux constructeurs d'obtenir l'homologation d'un prototype de véhicule pour déboucher sur la production et la commercialisation d'une gamme de véhicules, alors que la réception nationale à titre isolé concerne, notamment, les véhicules qui ne sont pas conformes à un type réceptionné en France, les véhicules immatriculés hors du territoire métropolitain et les véhicules qui ont fait l'objet de transformations notables ; que seuls les services des Mines qui exercent leurs activités au sein des Directions Régionales de l'Industrie de la Recherche et de l'Environnement (DRIRE), sont habilités à délivrer le procès-verbal de réception à titre isolé sur présentation d'une attestation de conformité délivrée par le constructeur ou son représentant accrédité sur le territoire national ;

Considérant qu'il ressort des éléments du dossier que le constructeur s'oblige, de par son accréditation, à délivrer l'attestation de conformité ; qu'en cas de refus de sa part, et lorsqu'il s'agit d'un véhicule importé, le propriétaire du véhicule pourrait se procurer les procès-verbaux d'essais auprès des autorités du pays de provenance du véhicule ; que, dans les faits, cette procédure est complexe et comporte une incertitude quant son aboutissement ; que, s'il est encore possible au propriétaire du véhicule de demander à l'Union Technique de l'Automobile, du motocycle et du cycle (UTAC), laboratoire agréé en France par le ministre chargé des transports, de procéder à des essais et de fournir les procès-verbaux établis à cette occasion, il s'avère que l'intervention de l'organisme précité, outre qu'elle est particulièrement coûteuse, nécessite matériellement la présentation du véhicule au centre d'essai de l'UTAC situé à Montlhéry ; que, dans ces conditions, l'appel à l'UTAC présente un caractère dissuasif pour des entreprises de taille moyenne telles que la société SEVIC ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les alternatives permettant l'obtention de certificats de conformité nécessaires à l'immatriculation de véhicules poids lourds d'occasion ne sont pas, en pratique, substituables à la délivrance de ces attestations de conformité par le constructeur ; que le marché pertinent en l'espèce est donc celui de la délivrance des attestations de conformité pour les véhicules poids lourds d'occasion faisant l'objet d'une réception à titre isolé ;

Considérant que chaque constructeur ne peut délivrer d'attestation de conformité que pour les véhicules de sa marque ; qu'il ne peut donc être exclu que la société MAN détienne une position dominante sur le marché de la délivrance des attestations de conformité pour les véhicules poids lourds d'occasion de sa propre marque faisant l'objet d'une réception à titre isolé ;

Sur les pratiques

Considérant que la communication interprétative de la Commission européenne, en date du 15 mai 1996, concernant les procédures de réception et d'immatriculation de véhicules précédemment immatriculés dans un autre Etat membre, a précisé, s'agissant de la délivrance par les constructeurs

des documents nécessaires à l'immatriculation des véhicules, que cette délivrance devait intervenir à un coût et dans des délais raisonnables ; que, dans le même document, la Commission a évalué à 100 écus et à trois semaines le coût et le délai raisonnables de délivrance des documents ; que, toutefois, ces recommandations n'ont qu'une valeur indicative ; que de surcroît, il convient de noter que la communication du 15 mai 1996, même si elle est de portée générale, concerne essentiellement les véhicules de particuliers et les véhicules de deux à trois roues ; qu'enfin, la vérification technique d'un véhicule poids lourd d'occasion, souvent fabriqué à l'unité et pouvant, ensuite, faire l'objet de nombreuses transformations, peut nécessiter des coûts et des temps de vérification supérieurs à ceux prévus pour les véhicules de particuliers ; qu'ainsi, il n'apparaît pas, a priori, anormal, que la valeur économique de la prestation et le délai de délivrance puissent, dans une certaine mesure, dépasser les critères fixés par la communication précitée ;

Considérant qu'il ressort des pièces du dossier que la société MAN pratique un tarif de 304,9 euros HT par attestation de conformité et délivre les attestations dans un délai de 66 jours maximum ; qu'elle a reconnu avoir eu des retards dans la délivrance de ces attestations pendant quelques mois en 2001 en raison d'une surcharge de travail liée aux mises aux normes européennes en matière d'environnement ; que le litige entre la société SEVIC et le constructeur MAN est survenu au cours de cette période ; qu'en outre, la société MAN a précisé qu'elle doit, pour établir les attestations de conformité, se rapprocher de sa maison mère à Munich, qui seule détient la connaissance des caractéristiques techniques des véhicules telles qu'elles étaient lors de leur première mise en circulation ; que cette démarche explique que les délais puissent être plus longs que celui fixé, à titre indicatif, dans la communication précitée ; que la société SEVIC n'allègue ni ne démontre qu'elle aurait été la seule victime de ces retards ;

Considérant, enfin, qu'aucun élément du dossier ne permet de penser que le tarif de 304,9 euros HT par attestation de conformité puisse être qualifié de manifestement excessif au regard de la prestation délivrée ; qu'en effet, dans la mesure où les poids lourds sont souvent fabriqués à l'unité et peuvent, ensuite, faire l'objet de nombreuses transformations, la délivrance d'une attestation de conformité requiert la mise en œuvre de multiples contrôles et analyses ; qu'au regard de ces prestations, le tarif fixé ne peut être qualifié de manifestement excessif ; qu'en outre, il n'est ni allégué, ni a fortiori démontré, que d'autres négociants, constructeurs ou carrossiers auraient bénéficié de tarifs plus avantageux ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la saisine ne comporte pas d'éléments suffisamment probants permettant de penser que des pratiques constitutives d'un abus de position dominante seraient mises en œuvre par la société MAN ; que, dans ces conditions, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce, susvisé et, par voie de conséquence, de rejeter la demande de mesures conservatoires ;

Décide

Article unique - La saisine enregistrée sous le numéro 02/0010/F et la demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0011/M sont rejetées.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Bergaentzlé, par M. Nasse, vice-président, présidant la séance, Mme Mader-Saussaye, MM. Bidaud et Piot, membres.

La secrétaire de séance
Françoise Hazaël-Massieux

Le vice-président, présidant la séance
Philippe Nasse

Décisions / 02-D-31

191

02-D-32

Décision n° 02-D-32 du 30 mai 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société SEVIC à l'encontre de la société Renault V.I.

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 28 janvier 2002 sous les numéros 02/0012/F et 02/0013/M par laquelle la société SEVIC a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre à son encontre par la société Renault V.I. et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par la société Renault V.I. et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement ainsi que les représentants des sociétés SEVIC et Renault V.I. entendus lors de la séance du 23 avril 2002 ;

192

■ La saisine

Considérant que la société SEVIC, société anonyme ayant son siège à Domevre-sur-Vezouze en Meurthe-et-Moselle, exerce l'activité d'achat de véhicules poids lourds d'occasion, pour partie importés de l'étranger, et leur revente sur le territoire national ; que, pour pouvoir procéder à l'immatriculation en France de ses véhicules, la société SEVIC, conformément à la réglementation en vigueur, demande aux constructeurs de la marque de chaque véhicule de lui délivrer une attestation permettant d'apporter la preuve de leur conformité aux modèles-types réceptionnés en France ; qu'elle reproche à la société Renault V.I. de délivrer ces attestations de conformité dans des délais trop longs et à des coûts trop élevés, ce qui porterait atteinte à la libre circulation des marchandises sur le territoire de l'Union européenne et ferait obstacle au libre jeu de la concurrence ; que la société SEVIC soutient que la société Renault V.I. détient un monopole en matière de délivrance des attestations de conformité pour les véhicules de sa marque et qu'elle abuse de sa position dominante au sens de l'article L .420-2 du code de commerce ; qu'au titre des mesures conservatoires, la société SEVIC demande au Conseil d'enjoindre à la société Renault V.I. de délivrer, dans un délai de trois semaines et à un coût de 100 euros, les attestations de conformité et ce, sous astreinte de 1 000 euros par jour de retard par infraction constatée ;

Considérant qu'à l'appui de sa demande la société SEVIC invoque la communication interprétative C143/4 du 15 mai 1996 de la Commission européenne concernant les procédures de réception et d'immatriculation de véhicules précédemment immatriculés dans un autre Etat membre, qui prévoit que, lorsque les Etats membres délèguent aux constructeurs ou à leurs représentants des «*fonctions de droit public*», certaines conditions doivent être respectées ; qu'elle souligne qu'aux termes de cette communication la délivrance des documents nécessaires à l'immatriculation des véhicules doit s'effectuer «*à un coût et dans des délais raisonnables (à titre indicatif serait considéré comme raisonnable un coût autour de 100 écus et un délai ne dépassant pas trois semaines)*» ;

Considérant que l'article 42 du décret du 30 avril 2002, reprenant l'article 12 du décret du 29 décembre 1986 modifié, énonce que «*La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du code de commerce 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*» ; qu'une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond est recevable et ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'article L. 462-8 du code de commerce ; qu'en outre, la demande de mesures conservatoires doit être, en elle-même, recevable ;

■ Sur la recevabilité de la saisine au fond et de la demande de mesures conservatoires

Considérant que la société Renault V.I. soutient que la saisine de la société SEVIC est irrecevable, en premier lieu, faute pour cette société d'avoir qualité pour agir, puisque les demandes d'attestations sont, ainsi que l'indique la saisissante, formulées non pas par elle-même mais par une société Loradec, en second lieu, parce que la saisine ne comportait pas la précision des chiffres d'affaires des trois derniers exercices et n'était pas accompagnée du bilan et du compte de résultats de la société, ainsi que l'exige le 4^e alinéa de l'article 6 du règlement intérieur du Conseil de la concurrence ;

Mais considérant, en premier lieu, que si, dans un courrier adressé à la rapporteure, la société SEVIC a indiqué que «*Les demandes d'attestations Renault sont formulées par la SARL Loradec*» et s'il résulte des pièces du dossier qu'une facture adressée à la société SEVIC a été payée, en mars 2002, par un chèque bancaire émanant de la société Loradec, sise à la même adresse que celle de la société SEVIC, il ressort des explications fournies en séance par cette dernière que c'est pour le compte de SEVIC que les demandes d'attestations Renault sont formulées par la société Loradec ; que, par ailleurs, il n'est pas contesté qu'antérieurement à la saisine du 28 janvier 2002, la société SEVIC réglait elle-même les factures ; que le changement de procédure signalé est sans incidence sur la qualité à agir de la société SEVIC pour les faits antérieurs à la date de la saisine ;

Considérant, en second lieu, que conformément aux dispositions du 6^e alinéa de l'article 6 du règlement intérieur du Conseil de la concurrence, la société

SEVIC a fourni les informations manquantes à sa saisine ; que les dispositions sus-mentionnées prévoient que ces informations peuvent être communiquées au Conseil à la suite d'une demande du rapporteur en charge du dossier ; que dès lors, la saisine et la demande de mesures conservatoires présentées par la société SEVIC sont recevables ;

■ Sur les pratiques dénoncées

Considérant que l'alinéa 3 de l'article L. 462-8 du code de commerce énonce que le Conseil de la concurrence *«(...) peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants (...)»*

Sur le marché pertinent et la position de la société Renault V.I.

Considérant que 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 ; que dans la mesure où une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observe rarement, il est communément admis que doivent être considérés 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 les moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande ;

Considérant que, dans un arrêt du 11 novembre 1986 British Leyland (affaire 226/84), la Cour de Justice des Communautés européennes a précisé que dans un contexte réglementaire prévoyant que l'immatriculation de véhicules importés en vue de leur mise en circulation est soumise à la production d'un certificat de conformité délivré par le constructeur qui dispose, dans ce cadre, d'un monopole légal, le marché en cause n'est *«(...) pas celui de la vente de véhicules, mais un marché dérivé et distinct, qui est celui des services indispensables en fait aux revendeurs professionnels pour assurer la commercialisation des véhicules (...)»*

Considérant que les dispositions du Code de la route prévoient que, pour être immatriculé, tout véhicule doit faire l'objet d'une réception ; que cette opération administrative et technique est destinée à constater la conformité d'un véhicule ou d'un type de véhicule aux prescriptions et règles techniques du Code de la route ; qu'il existe deux types de réception, la réception communautaire et la réception nationale ;

Considérant que la réception nationale concerne tout véhicule ayant un poids total en charge supérieur à 3,5 tonnes en provenance d'un Etat membre de la Communauté, dès lors qu'il n'existe pas de dispositif d'harmonisation des spécificités de ces véhicules au sein de la Communauté européenne ; que les dispositions de l'article R. 321-15 du Code de la route distinguent la réception nationale par type et la réception nationale à titre isolé ; que la réception nationale par type permet aux constructeurs d'obtenir l'homologation d'un prototype de véhicule pour déboucher sur la production et la commercialisation d'une gamme de véhicules, alors que la réception nationale

à titre isolé concerne, notamment, les véhicules qui ne sont pas conformes à un type réceptionné en France, les véhicules immatriculés hors du territoire métropolitain et les véhicules qui ont fait l'objet de transformations notables ; que seuls les services des Mines qui exercent leurs activités au sein des Directions Régionales de l'Industrie de la Recherche et de l'Environnement (DRIRE) sont habilités à délivrer le procès-verbal de réception à titre isolé sur présentation d'une attestation de conformité délivrée par le constructeur ou son représentant accrédité sur le territoire national ;

Considérant qu'il ressort des éléments du dossier que le constructeur s'oblige, de par son accréditation, à délivrer l'attestation de conformité ; qu'en cas de refus de sa part, et lorsqu'il s'agit d'un véhicule importé, le propriétaire du véhicule pourrait se procurer les procès-verbaux d'essais auprès des autorités du pays de provenance du véhicule ; que, dans les faits, cette procédure est complexe et comporte une incertitude quant à son aboutissement ; que, s'il est encore possible au propriétaire du véhicule de demander à l'Union Technique de l'Automobile, du motocycle et du cycle (UTAC), laboratoire agréé en France par le ministre chargé des transports, de procéder à des essais et de fournir les procès-verbaux établis à cette occasion, l'intervention de l'organisme précité, outre qu'elle est particulièrement coûteuse, nécessite matériellement la présentation du véhicule au centre d'essai de l'UTAC situé à Montlhéry ; que, dans ces conditions, l'appel à l'UTAC présente un caractère dissuasif pour des entreprises de taille moyenne telle que la société SEVIC ; que, contrairement à ce que soutient la société Renault V.I., les DRIRE, qui ne disposent pas d'une base de données pour les véhicules de plus de 3,5 tonnes en raison du fait qu'il n'existe pas d'harmonisation des spécifications techniques pour ces véhicules au niveau communautaire, ne délivrent pas d'attestations de conformité ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les alternatives permettant l'obtention de certificats de conformité nécessaires à l'immatriculation de véhicules poids lourds d'occasion ne sont pas, en pratique, substituables à la délivrance de ces attestations de conformité par le constructeur ; que le marché pertinent en l'espèce est donc celui de la délivrance des attestations de conformité pour les véhicules poids lourds d'occasion faisant l'objet d'une réception à titre isolé ;

Considérant que chaque constructeur ne peut délivrer d'attestation de conformité que pour les véhicules de sa marque ; qu'il ne peut donc être exclu que la société Renault VI détienne une position dominante sur le marché de la délivrance des attestations de conformité pour les véhicules poids lourds d'occasion de sa propre marque faisant l'objet d'une réception à titre isolé ;

Sur les pratiques

Considérant, en premier lieu, que la communication interprétative de la Commission européenne, en date du 15 mai 1996, concernant les procédures de réception et d'immatriculation de véhicules précédemment immatriculés dans un autre Etat membre, a précisé, s'agissant de la délivrance par les constructeurs des documents nécessaires à l'immatriculation des véhicules, que cette délivrance devait intervenir à un coût et dans des délais raisonnables ;

que, dans le même document, la Commission a évalué à 100 écus et à trois semaines le coût et le délai raisonnables de délivrance des documents ; que, toutefois, ces recommandations n'ont qu'une valeur indicative ; que de surcroît, il convient de noter que la communication du 15 mai 1996, même si elle est de portée générale, concerne essentiellement les véhicules de particuliers et les véhicules de deux à trois roues ; qu'enfin, il résulte des éléments du dossier que la vérification technique d'un véhicule poids lourd d'occasion, souvent fabriqué à l'unité et pouvant, ensuite, faire l'objet de nombreuses transformations, peut nécessiter des coûts et des délais de vérification supérieurs à ceux prévus pour les véhicules de particuliers ; qu'ainsi, il n'apparaît pas, a priori, anormal, que la valeur économique de la prestation et le délai de délivrance puissent, dans une certaine mesure, dépasser les critères fixés par la communication précitée ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'à l'appui de sa saisine, la société SEVIC fait valoir qu'une demande d'attestation en date du 9 mai 2001 est demeurée insatisfaite ; que toutefois, il résulte des pièces fournies par la société Renault V.I. que celle-ci n'a pu délivrer l'attestation demandée en raison de la non conformité technique du véhicule à certaines dispositions du code de la route ; que le bien fondé de ce motif de refus a été confirmé par la DRIRE Rhône-Alpes dans un fax du 11 juillet 2001 adressée à la société Renault V.I. ;

Considérant, en troisième lieu, que la société SEVIC ne produit aucun document venant étayer l'allégation selon laquelle elle serait confrontée à des retards manifestes et volontaires de la part de la société Renault V.I. dans la délivrance des attestations de conformité ; qu'en revanche, la société Renault V.I. a versé plusieurs copies d'attestations datées de 1998 et de 2002 qui permettent de constater une délivrance des attestations demandées par la société SEVIC dans un délai d'environ quinze à vingt jours ;

Considérant, enfin, qu'aucun élément du dossier ne permet de penser que la société Renault V.I. aurait appliqué à la société SEVIC un tarif qui serait manifestement excessif au regard de la prestation délivrée ; qu'en effet, il résulte de l'examen des tarifs communiqués par la société Renault V.I. dans une lettre circulaire datée du 22 décembre 1997, applicables à compter du 1^{er} janvier 1998 et encore en vigueur en 2002, que, pour la catégorie des véhicules poids lourds importés, le prix unitaire de délivrance d'une attestation de conformité est fixé à 4 000 F (610 euros) HT ; qu'ainsi que l'a fait valoir la société Renault V.I., la délivrance d'une attestation de conformité requiert, compte tenu des particularités de construction des poids lourds et des modifications dont ils sont susceptibles de faire l'objet, la mise en œuvre de multiples contrôles et analyses (contrôle administratif du véhicule – assimilation du véhicule à un type correspondant – établissement d'une attestation de conformité à un véhicule type précis – vérification par calculs que les charges admises sont conformes au code de la route français et que les transformations réalisées ne remettent pas en cause l'utilisation normale du véhicule – délivrance d'une attestation de nature à engager la responsabilité de son auteur en cas de sinistre) ; qu'au regard de ces prestations, le tarif fixé ne peut être qualifié de manifestement excessif ; qu'en outre, il n'est ni allégué, ni a fortiori démontré, que ce tarif qui concerne indifféremment les carrossiers, les constructeurs et les négociants, aurait été appliqué de façon discriminatoire ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la saisine ne comporte pas d'éléments suffisamment probants permettant de penser que des pratiques constitutives d'un abus de position dominante seraient mises en œuvre par la société Renault V.I. ; que, dans ces conditions, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce, précité et, par voie de conséquence, de rejeter la demande de mesures conservatoires ;

Décide

Article unique - La saisine enregistrée sous le numéro 02/0012/F et la demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0013/M sont rejetées.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Bergaentzlé, par M. Nasse, vice-président, présidant la séance, Mme Mader-Saussaye, MM. Bidaud et Piot, membres.

La secrétaire de séance
Françoise Hazaël-Massieux

Le vice-président, présidant la séance,
Philippe Nasse

Décisions / 02-D-32

197

02-D-33

Décision n° 02-D-33 du 10 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction

Le Conseil de la concurrence (Commission permanente) ;

Vu les lettres enregistrées le 27 juillet 1999 sous le numéro F 1160 et le 14 avril 2000 sous le numéro F 1245 par lesquelles la société Scan Coupon a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques qu'elle estime anticoncurrentielles mises en œuvre par deux sociétés du groupe SOGEC à savoir la société Sogec Gestion et la société Sogec - Marketing, sur le marché du traitement des bons de réduction ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu la décision en date du 18 octobre 2001 par laquelle la Présidente du Conseil de la concurrence a décidé de faire application des dispositions de l'article L. 463-3 du code de commerce ;

Vu les observations présentées par la société Scan Coupon, la société SA Financière Sogec Marketing, la société SA Sogec Gestion et par le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les sociétés Scan Coupon, Sogec Gestion entendus au cours de la séance du 2 avril 2002 ;

La société Euro-Data entendue en application de l'article L. 463-7, 2^e alinéa du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - Constatations

Lorsqu'un annonceur émet des coupons de réduction, le schéma de circulation de ceux-ci est, en général, le suivant :

- un industriel, fabricant, distribue par divers moyens, soit par incorporation à l'emballage du produit, soit par distribution sur les lieux de vente ou dans les boîtes aux lettres, des coupons aux consommateurs ;

- ceux-ci les présentent, au moment de leurs achats, à la caisse des distributeurs ;
- les distributeurs centralisent les coupons et les adressent pour remboursement à une société de gestion, qui, après les avoir contrôlés, rembourse les distributeurs des sommes avancées au titre de la réduction et les indemnise de leurs frais ;
- enfin, la société de gestion facture le fabricant du total de ses débours en y ajoutant sa propre rémunération.

Dans sa saisine, la société Scan Coupon expose qu'elle a développé depuis sa création, en 1996, une activité de traitement automatisé des coupons publicitaires de réduction ; qu'elle 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, 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. Elle fait valoir que le développement de ses activités est entravé par le comportement du groupe Sogec qui a mis en place un système 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.

■ A. - Le secteur d'activité concerné

1. - Définition et présentation du secteur

Le secteur du traitement des coupons de réduction se compose de deux sous-ensembles :

- le traitement des coupons résultant d'opérations nationales, multi enseignes dont l'initiative appartient aux annonceurs. Ce segment représente 90 à 95 % des coupons émis.
- le traitement des coupons résultant des opérations dites «*Trade-Marketing*» lancées à l'initiative des distributeurs, soit les 5 à 10 % restants.

a) Les données quantitatives

Entre 1991 et 1997, l'activité française d'émission de coupons a été multipliée par 30. En 1990, 240 640 000 coupons ont été émis. En 1997, l'on a atteint le chiffre de 5 908 641 000 coupons.

Si, en 1998, une baisse de 26 % a été constatée avec 4 367 615 209 coupons, l'activité est repartie à la hausse en 1999 avec 5 439 034 883 coupons, soit 272 par foyer et par an.

Cette activité constitue le deuxième poste des actions de communication hors média. Elle vient tout juste après les actions de marketing direct.

En dehors de la valeur faciale des coupons émis, les dépenses se répartissent entre deux postes :

- les frais relatifs à la conception, la fabrication et la distribution des coupons,
- les frais relatifs à la remontée des coupons utilisés par les consommateurs. Le coût du traitement est de l'ordre de 0,18 euro par coupon, soit en tout 54 881 642,21 euros, étant précisé qu'environ 300 millions de coupons remontent de la distribution (derniers chiffres connus).

Le coût moyen d'un coupon oscille entre 0,46 et 0,61 euro : 75 % environ est constitué par la valeur faciale, 25 % environ est constitué par le coût du traitement.

b) Les différents intervenants

Le secteur concerne trois types d'acteurs :

Les annonceurs

Cette catégorie est représentée par un nombre restreint d'annonceurs. Il s'agit d'une catégorie constituée de 400 à 500 annonceurs. 20 à 25 % d'entre eux (soit 100 annonceurs environ) émettent les 2/3 des coupons de réduction.

Les distributeurs

Il s'agit des grands groupes de distribution.

Jusqu'à récemment, les distributeurs n'avaient qu'un rôle d'intermédiaire entre le consommateur et le fabricant. Mais depuis quelques années, le groupe Carrefour a décidé de lancer sur ses propres marques des bons de réduction et d'organiser plus généralement des opérations «*Trade-Marketing*» avec ses propres coupons. Le groupe Casino traite également ses coupons en interne.

Cette attitude, si elle se généralise, modifiera sensiblement les conditions sur le marché du traitement des coupons de distribution.

Les offreurs

L'offre actuelle de traitement des coupons de réduction est potentiellement le fait de quatre prestataires principaux : Sogec Gestion, Scan Coupon, N.C.H. Marketing S.A, Euro-Data. Cette dernière société, filiale d'International Data, l'un des leaders mondiaux du secteur, n'a toutefois réalisé aucune opération à ce jour.

D'autres intervenants existent dont l'influence est marginale. Il s'agit de fabricants locaux qui gèrent en interne cette prestation.

2. - Les entreprises concernées par les présentes saisines

a) Présentation des sociétés

Il s'agit d'abord des entreprises du groupe Sogec (Sogec Gestion et Sogec Marketing), d'une part, et de la société Scan Coupon, d'autre part.

b) Les entreprises appartenant au groupe Sogec

Les deux sociétés dont le comportement est en cause appartiennent au groupe Sogec.

Le groupe développe trois activités : le conseil en promotion, la prestation informatique, la banque des coupons de réduction.

Initialement, le groupe Sogec exerçait surtout l'activité de conseil en promotion. L'activité de banque de coupons était marginale et était exploitée par Sogec Marketing. A partir de 1985, la société Sogec Gestion a été créée pour prendre en charge cette activité.

La société A.C. Nielsen exploitait en France une centrale de traitement de coupons depuis 1972. Entre 1979 et 1985, Nielsen et Sogec ont coexisté, sans que la société A.C. Nielsen n'exige des relations commerciales exclusives de la part de ses clients.

Le Groupe Sogec comporte quatre sociétés opérationnelles coiffées par une holding :

- Sogec Marketing : agence de conseil en marketing direct ;
- Info Gest : société informatique ;
- Sogefinad : chargée de la gestion administrative et financière ;
- Sogec Gestion : exploite l'activité de traitement des bons de réduction.

La clientèle de Sogec Gestion est composée quasi exclusivement d'annonceurs. Les distributeurs ne représentent que 0,41 % du chiffre d'affaires.

c) La société Scan Coupon

Il s'agit d'une société de service constituée en 1996, dont le capital est détenu à 99,99 % par la société High-Co. Elle exerce l'activité de traitement et d'analyse des coupons de réduction.

L'effectif de la société est de 40 employés.

L'activité de la société en matière de traitement des coupons de réduction a débuté réellement en 1998. Le nombre de coupons traités en 1998 était de 84 209. En 1999, il s'est élevé à 818 160 et, enfin, au 31 juin 2000, la société Scan Coupon a traité 1 960 704 coupons.

d) Les autres sociétés

La société NCH Marketing SA

Cette société a existé en France de 1972 à 1985 sous l'appellation A.C. Nielsen. A cette dernière date et compte tenu de la création par le groupe Sogec de la société Sogec Gestion, elle a cessé toute activité dans le domaine du traitement de coupons. Depuis 2000, elle essaye de s'implanter de nouveau sur le marché français par le biais de la société NCH Marketing.

Grâce à une structure légère de 20 personnes, cette société organise des opérations «*Trade-Marketing*» promotionnelles, des opérations d'animation de magasin et enfin, à titre très accessoire, gère une base de données à partir du traitement des coupons de réduction.

Son chiffre d'affaires en 1999 était de 3 506 327 euros pour une perte s'élevant, la même année, à 3 048 euros.

Toutefois, malgré ce déficit, NCH semble vouloir rester sur ce marché de tri de coupons pour mieux être présent en phase d'analyse des données et de gestion des bases de celles-ci.

Comme les deux premières sociétés citées, dont le volume d'activité progresse, NCH Marketing S.A. a enregistré un doublement des coupons triés entre 1999 et 2000.

NCH Marketing S.A. travaille essentiellement pour la société Carrefour et gère les coupons du groupe Auchan.

La société Euro - Data

C'est une société créée le 1^{er} septembre 1998. Elle représente en France le groupe International Data, leader de la gestion et du traitement du coupon de réduction émis par les fabricants aux USA.

Jusqu'au 31 décembre 1999, le chiffre d'affaires de cette société en France était nul et son résultat d'exploitation négatif.

La société Euro Data est en pourparlers avec le groupe Auchan en vue de récupérer la gestion des coupons émis par les enseignes de ce groupe en France.

202

La société Imprimerie Chèques et Valeurs (ICV)

Il s'agit d'un opérateur intervenu sur ce marché à deux reprises et à la demande de la société Prodim.

La société Teck Mark Group SA

Cette société a été rachetée par la société NCH Limited, société de droit anglais.

Avant cela, son activité dans le domaine du traitement de coupons a été réalisée par la voie d'une sous-traitance confiée à la société Cofac. Elle a exécuté des opérations pour Carrefour et pour la société ITM. Les volumes traités sont assez modestes toutefois.

3. - Poids respectif des principales entreprises

Il existe deux activités dans le secteur considéré : le traitement de coupons résultant d'opérations nationales ou multi-enseignes et le traitement de coupons résultant des opérations mono-enseigne, dites aussi opérations de «*Trade-Marketing*». La première activité représente 90 % à 95 % du chiffre d'affaires.

En 1997, la Sogec traitait 99,95 % des coupons, toutes activités confondues. En 1998, 98,75 %. En 1999, 98,65 %. En 2000, 97,91 %.

La société Scan Coupon n'avait aucune activité dans le segment multi-enseignes en 1997. En 1998, elle a traité 0,03 % des coupons, 0,33 % en 1999 et 1,55 % sur le premier semestre 2000.

Les chiffres de la société NCH Marketing qui a pris la succession de la société Tech Mark Cofac ont été les suivants : 0,5 % en 1997, 0,51 % en 1998, 0,68 % en 1999 et 0,53 % en ce qui concerne le premier semestre 2000.

La société Euro-Data n'a encore réalisé aucune opération en France.

Enfin, la société ICV traiterait 0,3 % des coupons.

L'arrivée de ces dernières sociétés a pu se faire principalement grâce au développement des opérations mono - enseigne ou «*Trade-Marketing*», c'est-à-dire qu'elles agissent sur le deuxième segment du marché. Ce dernier segment constitue un marché émergent ; les nouveaux opérateurs ont pu y intervenir plus facilement.

Les derniers chiffres indiquent que Scan Coupon a fortement augmenté sa part dans la deuxième activité : cette part se situerait entre 10 et 15 %.

■ B. - Les faits

a) La pratique de l'inscription obligatoire d'une clause d'exclusivité dans les contrats conclus avec les sociétés du groupe Sogec et l'octroi d'avantages financiers rétroactifs en contrepartie d'une relation d'exclusivité commerciale

La société Sogec Gestion exige de ses clients la signature de contrats comportant une clause d'exclusivité. Cette société a, en effet, établi un contrat type dit «*contrat d'adhésion à la banque de coupons Sogec Gestion*», lequel comporte une clause d'exclusivité rédigée comme suit :

«Nature du contrat : La société susnommée 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».

Par ailleurs, il subsiste encore quelques contrats conclus avec Sogec Marketing et datant de la période d'avant 1987. Ceux-ci ne comprennent pas de clause d'exclusivité.

Toutefois, cette dernière catégorie de contrats tend à disparaître. Elle ne représente plus que 23 contrats sur les 617 en cours en 2000, soit 3,72 % des contrats liant le groupe Sogec à ses partenaires.

Mais il résulte des déclarations effectuées au cours de l'enquête par M. Wintenberger, président du groupe Sogec, que les contrats Sogec Marketing étaient conclus avec stipulation d'une clause d'exclusivité «*(...) ou une formule aménagée qui signifie exactement la même chose (...)*» (cote 331 des annexes de la notification de griefs).

D'ailleurs, M. Fournier, cadre du groupe Bongrain, dont fait partie la société Cuisimer, a apporté le témoignage suivant :

«Je suis particulièrement étonné parce que j'ai demandé le contrat signé par Cuisimer à Sogec : celui qui m'a été envoyé ne contient pas de clause d'exclusivité. Mais six mois après, Cuisimer a également demandé l'envoi par Sogec de ce contrat : un contrat portant le même numéro, la même page finale (même date, même signature) a été envoyée à Cuisimer. Mais la première page du contrat n'est pas la même que celui qui m'avait été envoyé.

Dans ce deuxième contrat envoyé, Cuisimer est lié par une clause d'exclusivité. Je ne m'explique pas cette différence.» (cotes 363 et s.)

«Le contrat original (LWGR/12036) liant Cuisimer et Sogec Gestion a été finalement retrouvé chez nous où il a été reçu le 8 mars 1998. Il est signé Louis Wintenberger et de mon prédécesseur.

Bien que n'étant pas paraphé à toutes les pages, seule la dernière est signée. La première page du contrat (à en-tête couleurs de Sogec) ainsi que l'ancienneté de l'agrafe (rouillée !) atteste de l'authenticité de ce document.

Enfin, celui-ci précise clairement et sans aucune notion d'exclusivité le fait que la société Cuisimer confie, pour la durée de ce contrat, à la banque de coupons Sogec Gestion la gestion de l'ensemble des coupons de réduction émis.» (cote 130).

L'existence de cette pratique de relations commerciales exclusives résulte d'autres déclarations. Ainsi, Mme Rouveyran, responsable juridique de la société Sara Lee Household and Body Care a déclaré : *«Entre temps, j'ai eu M. Wintenberger au téléphone qui m'a indiqué que peu lui importait les critiques que je faisais à l'égard de son attitude puisque c'est ma société qui était dans l'embarras. Je considère que c'était du chantage de la part de la société Sogec Gestion. M. Wintenberger m'a indiqué que si je voulais obtenir des codes Sogec, je devais signer un contrat avec Sogec Gestion contenant une clause d'exclusivité. Nous lui avons proposé de signer ensemble un contrat, mais sans clause d'exclusivité, ce que M. Wintenberger a refusé.» (cote 389 des annexes de la notification de griefs).*

Dans une lettre du 18 mai 2000, le président de Sogec Gestion écrivait, en effet :

«Suite à notre conversation téléphonique de ce jour et à votre demande, nous vous adressons ce jour par chronopost un nouveau contrat «Banque de coupons» établi au nom de Sara Lee Household et Body Care. Dès réception par fax du contrat signé, nous nous empresserons de vous expédier par disquette ou Internet les numéros de code coupons que vous demandez.» (cote 410)

La société Bardinet a fait l'objet du même traitement. M. Pereault, chef de produit, de cette société a déclaré *«Nous ne pouvons pas nous passer des services de Sogec à l'heure actuelle et (...) Sogec ne nous délivrera des codes Sogec que si nous signons un contrat avec clause d'exclusivité avec Sogec (...)» (cote 402)*

La société Sogec Gestion a continué à pratiquer cette clause d'exclusivité. C'est le cas, notamment, du contrat signé avec la société Chocolaterie du Coteau le 22 novembre 1999. Une proposition de contrat avec clause d'exclusivité a été également faite au groupe Bongrain qui n'y a pas donné suite.

De plus, il résulte de l'instruction que le respect de la clause d'exclusivité est assorti de ristournes financières, dont certaines ne sont pas contractuelles et ont un caractère rétroactif. Ainsi, Madame Cécile Rouveyran, responsable juridique de la société Sara Lee Household and Body Care a déclaré, lors de son audition le 26 juillet 2000 *«le 18/5/00, j'ai appelé M. Wintenberger pour lui indiquer que j'acceptais de signer ce contrat avec*

une clause d'exclusivité car je me trouvais dans une situation d'urgence (...) je n'avais absolument pas le temps de négocier plus longtemps. Depuis la signature de ce contrat, nous avons obtenu sans difficulté des codes Sogec et M. Wintenberger nous a accordé des conditions tarifaires plus intéressantes (au regard de notre groupe)» (cote 390). En effet, dans une lettre datée du 18 mai 2000, Sogec Gestion a écrit à Sara Lee Household and Body Care : «(...) Nous avons le plaisir de vous informer qu'à partir du 1^{er} mai 2000, toutes les sociétés de votre groupe, à part pour l'instant la société Brossard, bénéficieront du tarif n° 8 (sauf pour les coupons de 100 F et plus qui sont facturés au tarif n° 9).» (cote 410).

Cette proposition a été confirmée par téléphone, ainsi que cela résulte de la lettre du 22 mai 2000 adressée en réponse par la direction de Sara Lee Household and Body Care :

«Nous vous retournons en conséquence, les deux exemplaires signés et attendons de votre part le tarif en cours, qui n'était pas annexé au contrat ainsi que la confirmation du tarif applicable. Par ailleurs, ainsi que vous nous l'avez confirmé par téléphone, les sommes correspondant à la différence du tarif appliqué pour l'année 1999 et la période de janvier/mai 2000 nous seront restituées.» (cote 411).

Dans une lettre en date du 6 juin 2000, adressée à Sara Lee Household and Body Care, la direction de Sogec a écrit : *«Suivant nos promesses, nous vous adressons ci-joint pour chacune des sociétés de votre groupe, un avoir et le chèque correspondant afin de créditer les différences de coûts facturées durant toute l'année 1999, entre le tarif qui était appliqué à chaque société et le tarif 8 appliqué depuis le 1^{er} mai 2000. Les différences de coûts pour les mois de janvier, février, mars et avril 2000, vous seront créditées dans les quinze jours à venir.» (cote 397).*

Le même comportement a été observé dans les relations de Sogec avec le groupe Henkel France, ainsi que le démontrent les déclarations de M. Nedellec, juriste de la société Henkel (France) recueillies par procès-verbal en date du 30 juin 2000. (cote 425). En effet, à la suite de la renégociation d'un nouveau contrat maintenant la clause d'exclusivité, la société Sogec Gestion a écrit dans un courrier du 8 juillet 1997 :

«En confirmation de ce que nous avons annoncé et à titre tout à fait exceptionnel vu les quantités de bons de réduction que nous devons traiter en 1997, nous vous proposons pour cette année la ristourne de fin d'année suivante [...]. Cette remise vous sera versée courant janvier 1998.» (cote 412).

De même, dans une note interne au groupe Bongrain, un lien était établi entre la clause d'exclusivité et les remises de fin d'année :

«Remise de fin d'année pour les bons de réduction au-delà de 3 000 000 [coupons traités] mais seulement sur contrat d'exclusivité avec Sogec.»

La société Sogec Gestion justifie la relation d'exclusivité par des considérations de commodité pour les distributeurs, par la simplification des relations avec l'administration fiscale, par le fait que dans tous les pays où le couponnage est pratiqué, les relations sont exclusives et, enfin, par la volonté des clients de confier la totalité de leurs opérations à un même prestataire.

b) La pratique de la mise en place du code propriétaire, le refus du double codage et la rétention des codes en contrepartie de la suppression de la mention d'un concurrent sur les coupons

Pour pouvoir assurer la gestion des millions de coupons qui transitent dans un centre de tri, il est nécessaire de recourir à une codification qui permet de donner un identifiant à chacun des coupons émis.

De ce fait, le groupe Sogec a mis au point un code propriétaire, dit code «128», qui allie le code 128 appartenant au domaine public et un code barre attaché, spécifique à Sogec. On peut qualifier ce dernier de code propriétaire. Le groupe Sogec en interdit l'utilisation à ses concurrents.

En effet, malgré les demandes des différents opérateurs de ce marché, la société Sogec Gestion refuse d'adopter un code générique constitué par le standard international EAN 13 qui est public et permettrait à toute banque de coupons de s'insérer dans un circuit de couponnage sans être tributaire du propriétaire du code.

Le groupe Sogec considère, au contraire, que le code spécifique Sogec constitue une marque protégée et la garantie du remboursement. Ainsi, lorsqu'en 1998, la société Tech Mark, devenue depuis NCH Marketing, a été mandatée par un distributeur pour collecter l'ensemble des coupons honorés dans ses magasins y compris ceux émis par la société Sogec Gestion, cette dernière a assigné Tech Mark en justice.

En raison de ce comportement, les concurrents de Sogec, lorsqu'ils peuvent être mandatés par un fabricant pour réaliser les opérations de traitement des coupons, sont contraints soit à un double codage soit à traiter l'ensemble de la prestation : collecte/ tri/ remboursement et analyse des données.

Les éléments du dossier démontrent par de multiples exemples que Sogec s'oppose à ce que les entreprises, qui ont conclu avec elle, confient à des concurrents le traitement des bons de réduction. A titre d'exemple, la société Sogec a adressé à la société Clavière le 31 mars 2000 un courrier lui demandant explicitement de renoncer à apposer le nom d'un centre de traitement différent de celui de Sogec Gestion sur ses coupons. Le même courrier a été envoyé aux sociétés fromagerie Bresse Bleu, fromagerie Perrault, fromagerie Ramdal, LBC et enfin à la société Bongrain Gérard. Il convient de noter que, dans ce dernier cas, cette société n'était pas liée à Sogec Gestion par une clause d'exclusivité.

Dans d'autres cas, Sogec s'est refusé à délivrer les codes nécessaires à la mise en oeuvre d'opérations promotionnelles, lorsqu'elle n'était pas assurée que les fabricants traiteraient exclusivement avec elle. Cette rétention des codes a eu des conséquences pour les entreprises concernées. En effet, l'enquête a établi que certaines campagnes de promotion de produits étaient compromises et ne pouvaient plus avoir lieu sans l'attribution des codes en question.

Ainsi, la société Danone s'est-elle trouvée dans l'obligation d'accepter les conditions posées par Sogec pour obtenir les codes.

La société Sogec, dans une lettre du 3 février 2000, adressée à la société Danone, a expliqué cette rétention de codes de la manière suivante : *«Le fait d'associer sur un même bon la «garantie de remboursement Sogec» avec une autre société de gestion concurrente reviendrait à cautionner cette autre société et à la faire bénéficier de l'image sécurisante de Sogec.*

Comme je vous l'ai indiqué, nous nous empresserons de faire parvenir ces numéros de code Sogec dès que vous voudrez bien nous confirmer par courrier que vous acceptez de suivre les clauses de votre contrat et que tous les bons émis par toutes les sociétés de votre groupe ne comportent que le numéro de code Sogec, c'est-à-dire pour être plus précis, que sur vos bons ne figure pas le nom d'un autre centre de gestion (...)» (cote 440 et suivante).

Répondant à cette correspondance par une lettre en date du 4 février 2000, M. Lepage, de la société Danone, a déclaré accepter ces conditions pour éviter que les opérations de promotion des produits déjà lancées ne soient irrémédiablement compromises : *«Depuis maintenant plusieurs jours, la société Sogec Gestion refuse d'attribuer à nos filiales les codes permettant d'identifier les coupons de réduction des opérations promotionnelles qu'elles souhaitent lui confier, et ce tant qu'elles ne supprimeront pas la mention «Traitement Scan Coupon» qui apparaît au-dessus du code EAN 13 (...) La soudaineté de ce comportement nous oblige aujourd'hui, pour les raisons économiques que vous connaissez, à céder à cette demande, même si elle nous paraît totalement abusive (...)*» (cote 458).

Prenant acte de la soumission de la société Danone aux conditions posées, Sogec Gestion a enfin délivré les codes et écrit, le 7 février 2000 : *«Nous avons bien reçu, le 4 février 2000 en fin de matinée le fax reproduisant votre lettre recommandée de la même date concernant l'attribution à vos filiales de numéros de code Sogec destinés à leurs coupons de réduction. Comme nous vous l'indiquions dans l'après-midi du 4 février 2000, nous avons immédiatement communiqué à toutes les sociétés de votre groupe tous les numéros de code Sogec demandés.»* (cote 460).

La même difficulté a été rencontrée par la société Moët Hennessy, M. Chanal a déclaré : *«En mars, avril, mai 2000, il est arrivé que Sogec refuse de nous donner des codes Sogec. L'objectif de Sogec était de faire respecter la clause d'exclusivité du contrat Sogec. Cette rétention de codes a duré un certain temps, mais ayant résolu de supprimer le double codage sur nos coupons, nous avons réussi à obtenir de nouveau des codes Sogec.»* (cote 144).

Les sociétés Saupiquet, Lactel, Les Fromageries Bel, Procter et Gamble France SNC ont rencontré la même difficulté.

La société Sogec Gestion a justifié cette attitude en considérant que la pratique d'un code unique offre plusieurs avantages aux clients : celui d'être lu de manière optique, ce qui lui permet d'être un bon support de marketing direct, dans la mesure où il peut être accompagné d'autres codes nécessaires à telle ou telle opération d'information ; sa physionomie est différente de l'EAN 13 dit code standard international utilisé pour codifier les produits ; il offre une clé de contrôle contre la fraude. Enfin, il n'occupe qu'une place très réduite sur l'emballage. En fait, Sogec considère que ce code ne constitue

pas une simple clé de lecture mais un procédé qui illustre un savoir-faire, la garantie d'un remboursement rapide et intégral et la notoriété d'une marque reconnue par la distribution.

c) La pratique de mise en place d'un logiciel offert aux distributeurs et ne reconnaissant que le code Sogec

Au début de l'année 1999, la société Sogec Gestion a conçu un projet de mise en place d'une prise en compte informatisée, par les caisses enregistreuses de la grande distribution, des bons de réduction remboursés par elle.

Le but était de réaliser un gain de temps appréciable au niveau des caisses, quant à la prise en compte des bons de réduction présentés par les consommateurs, grâce à une lecture optique des codes barres.

Ainsi, dans une lettre-type datée du 28 juin 1999 (le 2 juillet en ce qui concerne Lever et Auchan), M. Wintenberger, directeur de la société Sogec a écrit :

«Nous avons le plaisir de vous annoncer que dès la rentrée de septembre 1999, tous les coupons de réduction ou presque (97 %) pourront être «scannés» en sortie de caisse comme toutes les marchandises, avec le même matériel et sans aucune manipulation spécifique pour les caissières. Pour ce faire, Sogec Gestion fait réaliser à ses frais, par les différents fabricants de caisse enregistreuse, des aménagements dans leurs logiciels afin qu'il soit possible de scanner sans problème des numéros de code Sogec, etc.

Toutes les enseignes et centrales d'achat déjà contactées se sont montrées très intéressées par la teneur de notre proposition, par sa mise en place immédiate et par la gratuité des logiciels que nous mettons à leur disposition...» (cote 71).

Toutefois, la société Sogec Gestion n'a pas pu réaliser cette opération d'équipement gratuit. La plupart des distributeurs ont, en effet, refusé de se trouver liés d'une manière irréversible à la société Sogec Gestion.

d) Le refus de participer à un système généralisé d'échange de coupons et la rétention de sommes appartenant à Scan Coupon pendant un délai excessif

Les sociétés du groupe Sogec considèrent qu'elles ne doivent pas participer à un système d'échange généralisé des coupons. Or, en matière de couponnage, la demande des clients n'est pas uniforme. Certains attendent d'une même banque de coupons une prestation globale : collecte, tri, remboursement et consolidation des données. D'autres préfèrent scinder l'opération entre plusieurs prestataires. Enfin, un troisième groupe réalise une ou plusieurs parties de l'opération en interne.

Pour tenir compte de cette variété des demandes, Sogec Gestion, ainsi que ses concurrents, proposent des prestations différenciées et une facturation adaptée.

Mais pour qu'un système dont chaque étage est confié à un prestataire différent fonctionne et que les distributeurs puissent recourir au prestataire de leur choix, il faut que chaque banque de coupons réalise la prestation qui lui est demandée et accepte de transmettre les coupons ou les données reçues à un autre prestataire éventuel, afin que ce dernier puisse, à son

tour, effectuer la prestation qui lui incombe. Une telle opération est alors qualifiée de système généralisé d'échange.

Sogec Gestion refuse de participer à un tel système généralisé. Lorsque le fabricant a confié la prestation consolidation des données à une autre banque de coupons ou lorsque des coupons portant mention d'une autre banque de coupons arrivent à Sogec Gestion, ils sont retournés au distributeur, provoquant des retards de traitement et bloquant ainsi le processus. En revanche, Scan Coupon et N.C.H. Marketing acceptent de se transmettre mutuellement les coupons dont il revient à l'autre d'analyser les données qu'ils comportent.

Par ailleurs, Sogec Gestion refuse de rembourser dans des délais rapides à la société Scan Coupon les sommes que celle-ci a avancées aux clients de Sogec. Ainsi, selon le rapport d'enquête administrative, au 31 août 2000, Sogec Gestion retenait une somme due à Scan Coupon de 2 317 447,03 euros. Il résulte de l'instruction que les sociétés du groupe Sogec, qui se sont engagées à payer leurs clients dans un délai de 72 heures, dépassent souvent ce délai lorsqu'il s'agit de rembourser la société Scan Coupon des sommes avancées par elle aux clients de la société Sogec Gestion.

e) Le refus de Sogec Gestion de consolider les données en cas de gestion simultanée des coupons par deux prestataires

Le coupon de réduction contient un certain nombre de données et d'informations utiles pour le fabricant. Leur exploitation doit être centralisée. Il convient donc, à un moment donné, de réunir les informations collectées par différents prestataires pour en tirer des enseignements en termes de marketing : c'est la phase de consolidation des données.

Cette opération peut être effectuée soit par des prestataires extérieurs («*clearing house*») qui ne sont pas forcément ceux qui ont traité les coupons de réduction soit par les services marketing de chacun des fabricants ou annonceurs. Pour que le cycle collecte / traitement des coupons et des données fonctionne correctement, il faut que les prestataires s'engagent à transmettre les informations liées aux coupons à l'entité chargée de consolider les informations.

Les sociétés Scan Coupon et NCH Marketing acceptent le principe de transmettre les informations liées aux coupons aux autres opérateurs et notamment à la société Sogec.

M. de Plas, de la société NCH Marketing a déclaré «*lors des opérations «Trade-Marketing» avec Carrefour, les informations liées aux coupons SCA [sont] transmises par nos soins à Sogec, qui est censé faire la consolidation des données relatives à SCA et gérer l'ensemble de sa base de données.*» (cote 467).

Inversement, Sogec Gestion ne semble pas vouloir participer à cette étape de la chaîne de traitement : selon M. Ferrer et Mme Martin, de l'Union des annonceurs «*Chacun des prestataires peut techniquement ensuite consolider les données, à condition que les données afférentes aux coupons soient transmises d'un prestataire à l'autre. Jusqu'alors, Sogec refuse l'échange des coupons et des données relatives aux coupons triés.*» (cote 487).

D'une manière générale, Sogec Gestion est hostile à toute segmentation du marché. Elle souhaite globaliser la prestation.

■ C. - Les griefs notifiés

Au vu des éléments ci-dessus analysés, le grief suivant a été notifié :

Le fait pour la société Sogec Gestion et Sogec Marketing d'exploiter de manière abusive leur position dominante sur le marché du traitement des coupons de réduction :

1. en imposant une clause d'exclusivité, en décidant d'exercer la rétention des codes tant que ses clients ne se soumettent pas à une relation commerciale exclusive pour toutes les opérations de couponnage et pour toutes les phases de ces opérations et en consentant des avantages financiers rétroactifs en échange de la clause d'exclusivité ;
2. en développant un logiciel propriétaire considéré comme une marque, en offrant gratuitement d'en équiper les distributeurs et en refusant d'adopter un code générique (GENECOD EAN 13) permettant à tous les prestataires d'intervenir sur ce marché ;
3. en refusant de participer à un système d'échange généralisé de coupons et en refusant toute segmentation du marché alors qu'aucune contrainte technique n'y fait obstacle ;
4. en retardant, de manière excessive et injustifiée, le remboursement des sommes avancées par Scan Coupon à l'occasion de l'envoi par les clients de celle-ci des coupons appartenant aux clients des sociétés du groupe Sogec, ce qui met en danger l'équilibre financier de Scan Coupon.

210

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil

Sur la jonction

Considérant que les saisines F 1160 et F 1245 sont présentées par la même entreprise, qu'elles sont dirigées contre les mêmes sociétés et visent les mêmes pratiques ; qu'elles ont fait l'objet d'une instruction commune ; qu'il y a lieu, en conséquence, de les joindre pour statuer par une même décision ;

Sur la fin de non recevoir

Considérant que les sociétés SA Financière Sogec Marketing et SA Sogec Gestion soutiennent que la personne ayant signé la saisine n'a pas qualité pour agir, et que la saisine méconnaît les dispositions de l'article 6-3 du règlement intérieur du Conseil de la concurrence, lesquelles prévoient que la saisine doit indiquer, si le demandeur est une personne morale, sa dénomination, sa forme, son siège social et l'organe qui la représente ;

Mais considérant que, par lettre en date du 18 mars 2002, la société Scan Coupon a régularisé ses deux saisines ; que cette lettre a été soumise en séance aux représentants des sociétés SA Sogec Gestion et SA Financière Sogec Marketing qui n'ont pas formulé d'observations ; que, dès lors, la fin de non-recevoir invoquée doit être écartée ;

Sur la demande de mise hors de cause de la société S.A. Financière Sogec Marketing et de la société Sogec Marketing

Considérant que la notification de griefs mettait en cause à la fois la société Sogec Gestion et la société Sogec Marketing ; que, toutefois, le courrier transmettant la notification de griefs à cette dernière a été, par erreur, adressé à la société Financière Sogec Marketing ; qu'aucune pratique anti-concurrentielle n'étant reprochée à la société financière Sogec Marketing, il y a lieu de la mettre hors de cause ; que, s'agissant de la société Sogec Marketing, il apparaît que celle-ci n'est plus titulaire que de 23 contrats, lesquels ne comportent pas de clause d'exclusivité, alors que l'essentiel des pratiques concerne des comportements de la société Sogec Gestion ; qu'en conséquence, il n'y a pas lieu à renvoi du dossier à l'instruction pour notification des griefs à la société Sogec Marketing ;

Sur le fond

Sur le marché pertinent et la position de la société Sogec Gestion

Considérant que la technique des coupons de réduction, qui fait partie des nombreuses techniques de marketing, présente des spécificités, d'une part, en ce qu'elle incite les consommateurs à acheter un produit non par la valorisation de l'image de ce dernier, mais en lui offrant un avantage financier direct, d'autre part, en ce qu'elle offre aux fabricants qui y recourent, une source d'information supplémentaire sur les goûts et les comportements des consommateurs ; que les entreprises qui recourent aux coupons de réduction choisissent volontairement cette technique, au lieu des autres techniques de marketing disponibles et préfèrent s'adresser aux services de Sogec, même si elles ont parfois exprimé, au cours de l'instruction, leur souhait de disposer d'autres opérateurs, plutôt que de renoncer purement et simplement à recourir à des opérations de couponnage ; qu'ainsi, par ses particularités comme par le comportement de la demande, le traitement de coupons de réduction constitue à lui-seul un marché pertinent ; que l'existence de deux segments, celui des coupons de réduction émis par les fabricants et celui des coupons émis par les distributeurs, compte tenu de la ressemblance des techniques mises en œuvre du côté de l'offreur ne suffisent pas à établir l'existence de deux marchés distincts ; que si, par ailleurs, dans certains pays, il semble exister deux marchés distincts, entretenant entre eux une relation verticale, celui du tri des coupons remis par les consommateurs finaux aux caisses des distributeurs et celui du remboursement aux distributeurs pour le compte des fabricants, une telle répartition n'apparaît pas s'être instaurée en France ; qu'ainsi, le marché pertinent est bien celui du traitement des coupons publicitaires de réduction, comprenant

l'ensemble des opérations de tri, d'envoi aux fabricants et de contrôle incombant aux détaillants ou aux grossistes, ainsi que celles de réception, de comptage, de remboursement et de contrôle incombant aux émetteurs de coupons ;

Considérant que la société Sogec Gestion oppose qu'il résulte des déclarations des personnes interrogées au cours de l'enquête qu'à la date de la saisine, ni Scan Coupon, ni NCH et Eurodata n'étaient en mesure d'offrir des prestations équivalentes aux siennes ; que dès lors, faute de substituabilité entre les prestations, elle ne se trouvait pas en concurrence avec ces entreprises sur le marché ;

Considérant cependant, que si les sociétés Scan Coupon, Eurodata et NCH étaient, au moment de la saisine, et sont restées, depuis lors, des entreprises émergentes sur le marché du traitement des coupons publicitaires et si, de ce fait, elles ne pouvaient proposer des prestations d'envergure équivalente à celles offertes par la société Sogec Gestion, il n'en demeure pas moins que ces entreprises intervenaient ou tentaient d'intervenir, sur le même marché que cette dernière ; qu'en conséquence, le moyen doit être écarté ;

Considérant que la société Sogec Gestion est l'opérateur historique sur le marché du traitement des coupons de réduction ; que cette société a indiqué que 1 173 fabricants et enseignes adhèrent à sa banque de coupons et qu'elle traitait annuellement au moment de la saisine 251 millions de bons de réduction ; que ces chiffres représentaient en 1998, 1999 et 2000, années concernées par les présentes saisines, la quasi totalité des bons à traiter ; que la part de marché de la société Sogec Gestion entre 1998 et 2000 se situait ainsi à plus de 97 % des parts de marché ; que la notoriété de Sogec Gestion en fait l'opérateur quasi incontournable du marché ; que les autres opérateurs du secteur ont une taille presque négligeable ; que la circonstance que Scan Coupon a amélioré son implantation sur ce marché pendant l'année 2001 s'explique par un développement essentiellement limité au segment des campagnes de coupons organisées par les distributeurs ; que la lenteur de son développement sur le marché doit être soulignée ; que l'on constate, en outre, qu'aucun des leaders mondiaux du secteur n'est parvenu à entrer sur le marché français ; que bien que l'instruction ait montré une certaine volonté des clients, dont beaucoup sont des entreprises de très grande taille, d'échapper au quasi-monopole de Sogec, ceci ne s'est pas traduit par une remise en cause des positions du groupe ; qu'il suit de là que la société Sogec Gestion se trouve en position dominante sur le marché du traitement des coupons de réduction ;

Sur les relations d'exclusivité imposées par Sogec Gestion à ses clients

Considérant que la société Sogec Gestion a conclu avec la presque totalité des fabricants intéressés par le couponnage des contrats d'exclusivité valant pour l'ensemble de leurs produits ; que cette société a refusé d'accéder à la demande des annonceurs qui souhaitaient mettre fin à l'exclusivité, leur interdisant ainsi de faire appel, en parallèle, à un autre prestataire de service, y compris pour des opérations ponctuelles et ne leur laissant d'autre solution que la rupture pure et simple des relations contractuelles ; que les détenteurs de marques courent des risques d'image importants en cas d'incident technique

dans le déroulement d'une campagne de coupons et hésitent, par conséquent, à rompre toute relation avec la société qui assure l'essentiel du traitement de leurs coupons ; que, par ailleurs, les annonceurs qui seraient tentés de tester de nouveaux opérateurs pour des campagnes limitées, sans cesser leurs relations avec Sogec gestion, sont dans l'impossibilité contractuelle de le faire ; que l'effet de la clause d'exclusivité, conjugué avec la position dominante détenue par Sogec Gestion ne laisse aux nouveaux entrants que de faibles chances de se constituer une clientèle et de développer leur part de marché ;

Considérant que si les contrats proposés par Sogec Gestion sont d'une durée limitée à un an, l'existence d'une clause de tacite reconduction et le fait que les campagnes de coupons couvrent souvent des périodes qui ne coïncident pas avec la date de renouvellement des contrats, conduit, en pratique, à considérer que Sogec Gestion est liée à ses clients par des relations d'exclusivité de plus longue durée ; que, de plus, Sogec Gestion a suspendu la délivrance des codes nécessaires au déroulement des opérations de promotion à certains clients qui avaient manifesté la volonté, soit de voir la clause d'exclusivité disparaître du prochain contrat, soit de recourir aux services de certains opérateurs sans pour autant rompre tous leurs liens commerciaux avec Sogec Gestion ; que, durant le printemps 2000, la société Sogec Gestion a diffusé des courriers déconseillant à ses clients d'émettre des bons comportant à la fois le code Sogec et le code EAN 113 délivré par Scan Coupon ; qu'une telle pratique conduisait les clients éventuellement intéressés par de nouveaux contrats ne comportant pas de clauses d'exclusivité à renoncer à cette perspective et à laisser jouer la clause de tacite reconduction ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la présence d'une clause d'exclusivité dans les contrats de Sogec Gestion constitue une entrave considérable à l'entrée sur le marché de nouveaux opérateurs et à leur développement ;

Considérant que la société Sogec Gestion fait valoir que l'insertion d'une clause d'exclusivité dans ses contrats répond à une justification technique ; qu'en effet, une relation commerciale exclusive est de nature à limiter les coûts de traitement, dans la mesure où la scission du traitement des coupons d'un même fournisseur entre deux banques de coupons amène un surcoût de travail administratif en raison de la nécessité d'une double facturation ; que le traitement des coupons par plusieurs centres de gestion rendrait la consolidation des informations incomplète ; que les points de vente seraient dans l'obligation de trier les bons afin de les expédier à divers gestionnaires et qu'enfin, le code Sogec ne constitue pas une simple clé de lecture mais un véritable label et une garantie financière sécurisante pour les distributeurs ; que par ailleurs, l'existence d'autres centres de gestion, si elle s'accompagnait d'une tarification uniforme, pourrait constituer une entente ;

Mais considérant que le marché du traitement des coupons s'est développé de manière très importante en France depuis 1991 ; que ce marché qui, en 1990, concernait 240,64 millions de coupons seulement, a atteint, en 1997, un total de 5,9 milliards de coupons ; que ce constat contredit à lui seul les affirmations précédentes selon lesquelles le marché ne pourrait correctement fonctionner qu'avec une structure monopolistique ; que, par ailleurs, au moment de l'arrivée de la société Sogec sur le marché, la société Nielsen y opérait sans recours

à une clause d'exclusivité ; que l'enquête administrative a révélé que si certains annonceurs ou distributeurs souhaitent bénéficier, de la part d'une banque de coupons, d'une prestation globale, il existe, toutefois, une forte demande de leur part pour qu'apparaissent d'autres entreprises de traitement des coupons, sans que ces clients professionnels aient semblé préoccupés par l'existence éventuelle des difficultés techniques invoquées par Sogec Gestion ; qu'enfin, l'instruction a démontré que le recours à plusieurs prestataires était possible, dans la mesure, notamment, où les opérations peuvent être réalisées en plusieurs phases, en séparant, par exemple, la collecte et le tri, d'une part, et la consolidation, d'autre part, opérations qui, dans d'autres pays, ainsi que la société Euro-Data l'a indiqué lors de la séance, sont réalisées par des entreprises distinctes ; que, dès lors, l'exigence d'une exclusivité sur l'ensemble du traitement ne répond à aucune nécessité technique, d'autant que l'apposition de deux codes sur le coupon permet facilement la répartition d'une même opération entre plusieurs intervenants ; que de surcroît, à supposer même que l'intervention de plusieurs prestataires de services engendre des coûts supplémentaires, ce qui n'est pas démontré en l'espèce, cette circonstance ne saurait justifier les agissements d'une entreprise en position dominante qui fait obstacle à toute concurrence sur l'ensemble du marché ;

Considérant que si la société Scan Coupon introduit elle aussi des clauses d'exclusivité dans certains contrats, celles-ci ne visent que des opérations ponctuelles pour ce qui est des contrats conclus avec les industriels, ou ne concernent que quelques types d'opérations s'agissant des contrats passés avec des distributeurs ; qu'en outre, ces clauses émanent d'un opérateur qui occupait, au moment des saisines et jusqu'au milieu de l'année 2000, moins de 2 % du marché et ne peuvent avoir les mêmes conséquences sur la concurrence que celles mises en œuvre par une entreprise en position dominante ; que c'est en vain que la société Sogec Gestion s'appuie sur l'existence de ces clauses pour tenter de justifier l'exclusivité stipulée dans ses contrats ;

Considérant, en outre, qu'il ressort des éléments relevés dans la partie I de la présente décision que la société Sogec Gestion a attribué des ristournes non contractuelles dont certaines sont rétroactives ; que cette pratique a été révélée notamment par les déclarations des dirigeants des sociétés Sara Lee Household and Body Care ; Henkel et Bongrain ;

Considérant que, sur ce point, la société Sogec Gestion oppose, d'une part, que le principe des ristournes est licite et, d'autre part, que la société Scan Coupon accorde également des ristournes à ses clients ;

Considérant, cependant, qu'en premier lieu, il résulte de l'instruction que les ristournes rétroactives et non contractuelles accordées par Sogec Gestion constituaient la contrepartie du renouvellement du contrat avec clause d'exclusivité liant la société Sara Lee Household and Body Care et la société Sogec Gestion, alors que le principe même de cette clause était contesté par la société Sara Lee Household and Body Care qui cherchait à y échapper ; qu'en second lieu, si la société Scan Coupon a pu procéder à des ristournes, d'ailleurs contractuelles et non rétroactives, celles-ci n'ont pu avoir le même effet dans la mesure où cette société n'occupe pas une position dominante sur le marché des bons de réduction.

Considérant, dès lors, que l'imposition systématique, par une société en position dominante, d'une clause d'exclusivité sans justification technique ou commerciale réelle et objective, conjuguée, d'une part, avec la rétention des codes comme moyen de pression sur les clients ainsi qu'avec l'interdiction du double codage, d'autre part, avec des propositions tarifaires destinées à maintenir des relations d'exclusivité afin d'empêcher l'accès d'un concurrent sur le marché, constituent un ensemble de pratiques anticoncurrentielles prohibées par l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Sur la fourniture gratuite d'équipements ne reconnaissant que le code Sogec et le refus de participer à un système généralisé d'échange

Considérant, qu'en proposant d'équiper gratuitement les distributeurs d'appareils de lecture de coupons intégrant un logiciel ne reconnaissant que le code Sogec, et en accompagnant cette proposition d'offres tarifaires incitant les magasins à s'équiper de ce logiciel, la société SA Sogec Gestion cherchait à entraver l'arrivée de nouveaux concurrents sur le marché considéré ; que si cette proposition n'a pas été suivie par les distributeurs, elle avait toutefois un objet anticoncurrentiel et a pu produire un tel effet dans la mesure où elle accréditait l'idée que le recours à un concurrent de Sogec Gestion était source de complications et de risques pour les annonceurs ;

Considérant que la société Sogec Gestion reconnaît dans ses observations avoir, jusqu'en novembre 2000, refusé de retourner à Scan Coupon les bons de réduction qui lui avaient été adressés par les distributeurs, alors qu'ils devaient revenir à ladite société ; qu'elle ajoute, toutefois, que, depuis un arrêt rendu le 22 novembre 2000 par la cour d'appel de Paris, elle procède à cette opération ; qu'il est par là même démontré que le refus opposé par la société Sogec Gestion à un système généralisé d'échange ne reposait sur aucune justification technique ; qu'en outre, il n'est pas contesté que les sociétés Scan Coupon et NCH Marketing procèdent entre elles à des échanges de coupons et d'informations sans qu'aucun obstacle de nature à porter préjudice aux annonceurs ou aux distributeurs ne soit constaté ; que dès lors, le refus opposé jusqu'en novembre 2000 par la société Sogec Gestion, qui a eu pour effet de provoquer des blocages de la chaîne de traitement des coupons, de rendre impossible l'intervention simultanée de plusieurs banques de coupons et d'entraver l'évolution structurelle du marché, avait bien un objet anticoncurrentiel ;

Considérant qu'il s'ensuit que les pratiques ayant consisté, pour Sogec Gestion, à proposer de fournir gratuitement des appareils de lecture de coupon intégré au logiciel des caisses enregistreuses ne reconnaissant pas les autres coupons et à refuser de participer à un système d'échange généralisé de coupons entrent dans le champ des prohibitions édictées par l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Sur le retard excessif à rembourser la société Scan Coupon

Considérant que si la société Sogec Gestion est engagée contractuellement envers ses clients distributeurs à rembourser ceux ci dans un délai de 72 heures à compter de la réception des coupons de réduction, aucune stipulation contractuelle n'habilite, en revanche, la société Scan Coupon à se

substituer à Sogec Gestion pour rembourser spontanément les clients de cette société ; que la pratique reprochée, consistant dans le retard de la société Sogec Gestion à rembourser Scan Coupon de ses débours, alors que ce remboursement trouve sa source dans les avances effectuées par Scan Coupon de sa propre initiative pour le compte de Sogec Gestion et sans l'accord de cette dernière, n'entre pas dans les prévisions de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Sur la sanction

Considérant, en premier lieu, que les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; que, par suite et en vertu du principe de la non rétroactivité des lois à caractère punitif, les dispositions introduites par cette loi à l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles sont plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables ;

Considérant qu'aux termes de l'article L.464-2 du code de commerce dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 : *«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 de non exécution 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 taxe réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 1 524 490,17 euros»* ;

Considérant qu'aux termes de l'article L.464-5 du code de commerce, *«le Conseil lorsqu'il statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3, peut prononcer les mesures prévues au I de l'article L. 464-2 (...)»* ; que toutefois, en vertu des dispositions de l'article 22 alinéa 2 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, applicables à l'époque de la commission des faits, la sanction pécuniaire prononcée, dans le cadre de la procédure simplifiée, ne peut excéder 500 000 F (76 244,51 €) pour chacun des auteurs des pratiques prohibées ;

Considérant que ni la société Scan Coupon, ni les autres sociétés concurrentes n'ont pu réaliser de percée significative sur le marché français des coupons de réduction, pourtant en constante progression et que les abus de position dominante imputés à la société Sogec Gestion sont à l'origine des difficultés rencontrées par ces sociétés ;

Considérant que les pratiques qui consistent, pour une entreprise en position dominante, à fermer totalement un marché ou une part substantielle d'un marché, contre le gré de ses propres clients, sont particulièrement graves ; qu'en outre, la société Sogec Gestion a continué à conclure des contrats comportant une clause d'exclusivité après la saisine du Conseil, notamment

le 22 novembre 1999 avec la société Chocolaterie du Coteau ; qu'elle refuse le renouvellement des contrats dépourvus de clause d'exclusivité ;

Considérant que pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de relever que le marché des bons de réduction en cause, qui est d'importance nationale, a généré en 1999 un chiffre d'affaires évalué à 54 881 646 euros ; que ce marché est en constante progression depuis 1991, à l'exception d'une légère baisse constatée en 1998 ; que la société Sogec Gestion a réalisé en 1999 un chiffre d'affaires de 43 280 275 euros et un bénéfice de 3 689 266 euros, alors que la société Scan Coupon, sa principale concurrente, n'a réalisé pendant cette même année que 182 938 euros de chiffre d'affaires et a enregistré une perte de 1 178 430 euros, que la société NCH Marketing, autre société concurrente, n'a réalisé pendant cette même période que 106 714 euros de chiffres d'affaires et un bénéfice de 15 244 euros ; qu'enfin, la société Euro Data n'a pu réaliser aucune opération pendant cette période ;

Considérant qu'au vu des éléments tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger une sanction de 76 244 euros à la société Sogec Gestion ;

Considérant qu'en application de l'article L.464-2 du code de commerce susmentionné, il convient, en outre, pour mettre fin aux pratiques anti-concurrentielles relevées et à leurs effets, d'enjoindre à la société Sogec Gestion de suspendre, sans délai, l'application de la clause d'exclusivité contenue dans les contrats en cours, de cesser pendant une durée de 5 ans de proposer des contrats comportant une telle clause, de cesser de pratiquer la rétention des codes en cas de mention d'une autre banque de coupons et de ne plus refuser l'apposition de codes appartenant à des prestataires concurrents ;

Considérant qu'il est important, pour assurer l'ouverture du marché considéré, de faire connaître à l'ensemble des professionnels intéressés la suspension immédiate par la société Sogec Gestion des clauses d'exclusivité figurant dans ses contrats et leur suppression dans les contrats qui seront proposés au renouvellement, pendant cinq ans ; qu'il y a lieu, en conséquence, d'ordonner à la société Sogec Gestion la publication de la présente décision dans le magazine *Libre Service Actualité* (LSA).

Décide

Article 1^{er} - La société Financière Sogec Marketing est mise hors de cause.

Article 2 - Il est établi que la société Sogec Gestion a enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Article 3 - Il est enjoint à la société Sogec Gestion de suspendre sans délai la clause d'exclusivité contenue dans les contrats d'adhésion à la banque de coupons Sogec Gestion en cours, de cesser pendant 5 ans de proposer à ses clients des contrats contenant une clause d'exclusivité, de cesser de pratiquer la rétention des codes en cas de mention d'une autre banque de coupons et de ne plus exiger la suppression du double codage.

Article 4 - Il est infligé à la société Sogec Gestion une sanction pécuniaire de 76 244 euros.

Article 5 – Dans un délai maximum de deux mois à compter de la notification de la présente décision, la société Sogec Gestion procédera, à ses frais, à la publication de l'intégralité de la présente décision dans le magazine *LSA*. Cette publication sera précédée de la mention : «*Décision du Conseil de la concurrence en date du... relative à des pratiques relevées dans le secteur du traitement des coupons de réduction*».

Délibéré, sur le rapport oral de M. Taoumi, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente et M. Robin, membre.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-34

Décision n° 02-D-34 du 11 juin 2002 relative à des pratiques d'Electricité de France dans les secteurs de l'énergie et de l'ingénierie relative à l'utilisation des énergies

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu la lettre enregistrée le 25 juillet 1996 sous le numéro F 894, par laquelle le ministre chargé de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence d'un dossier relatif aux pratiques d'Electricité de France ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par EDF et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et le représentant d'EDF entendus lors de la séance du 26 mars 2002 ;

Adopte la décision suivante :

Décisions / 02-D-34

219

Première partie : Constatations

■ I. - Les secteurs d'activité

1. - Électricité de France

1. Electricité de France (EDF) est un établissement public national à caractère industriel et commercial. A l'époque des faits, la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 lui attribuait le monopole de la production, du transport, de la distribution, de l'importation et de l'exportation d'électricité. Pour développer une politique de diversification, c'est-à-dire intervenir sur des marchés connexes et proposer des produits ou des services autres que ceux relevant de son activité légale, EDF devait donc procéder à la création de filiales, entités autonomes et séparées d'EDF.

2. - Les sociétés Industelec

2. Dans le cadre de ses activités de diversification, EDF a donc créé, au début des années 1980, diverses sociétés, parmi lesquelles les sociétés Industelec, dont EDF était, jusqu'à la fin de l'année 2000, le principal actionnaire.

3. Ces sociétés anonymes, regroupées au sein de la holding Sopardel (Société de participations pour la diffusion de l'électricité), elle-même filiale de la holding Synergie Développement Service (SDS), sont des prestataires de services, qui proposent à un client (entreprise ou collectivité publique) soit une simple étude, apportant des solutions techniques pour un problème d'utilisation de l'énergie sur des installations neuves ou existantes, soit un montage «*clés en mains*», soit une «*offre globale*».
4. L'offre «*clés en mains*» consiste à proposer au client la prise en charge de l'achat du matériel, de l'installation ainsi que du financement de celle-ci.
5. «*L'offre globale*» comporte, outre la conception, la réalisation et le financement, la «*garantie totale des installations dans le cadre d'un contrat de longue durée*». Cette garantie comprend à la fois la garantie technique (maintenance) mais aussi la garantie de la consommation de l'énergie utilisée. Le développement de cette offre correspond également à la volonté d'EDF de répondre à la demande nouvelle des clients de prestations «*multiservices*».
6. Les prestations des Industelec s'adressent aussi bien au marché industriel qu'au marché agricole, tertiaire et même résidentiel groupé. Elles couvrent toutes les applications thermiques ou climatiques (chauffage, climatisation et conditionnement d'ambiance) mais aussi les applications industrielles par exemple dans l'agro-alimentaire, la papeterie. En théorie, les sociétés Industelec peuvent proposer des installations utilisant n'importe quelle source d'énergie. Toutefois, leur statut précise que ces sociétés ont vocation à «*faciliter l'utilisation rationnelle des énergies, en particulier de l'énergie électrique*». Par ailleurs, des notes de services émanant d'EDF ont conduit ces sociétés à se spécialiser dans l'énergie électrique.
7. Les sociétés Industelec étaient, à l'époque de l'enquête (1995) au nombre de neuf, auxquelles il faut adjoindre deux filiales, Industelec Services, filiale d'Industelec Nord et Exhor, filiale d'Industelec Ouest et de Sopardel, réparties sur tout le territoire national, dans les principales villes françaises ou leur proche banlieue, à savoir : Paris, Lyon, Lille, Bordeaux, Nantes, Toulouse, Orleans, Rouen et Nancy.

■ II. - Les faits

8. Ils concernent EDF et consistent en l'octroi d'avantages préférentiels aux Industelec et l'utilisation d'un dispositif d'aides commerciales, dont ont bénéficié les Industelec, pour favoriser la vente d'électricité.

1. - L'octroi d'avantages aux Industelec

9. EDF a passé aux sociétés Industelec des commandes d'études payées par cet établissement public et servant à la prospection de la clientèle par les Industelec. A l'époque de l'enquête, le budget annuel moyen consacré par EDF à ces commandes d'études aux Industelec était de l'ordre de 22 MF de francs. Ces études, proposées aux clients, étaient

rémunérées par EDF aux sociétés Industelec. Les filiales d'EDF étaient ainsi assurées d'avoir annuellement une activité régulière. Outre ces commandes d'études annuelles, se sont ajoutées des commandes ponctuelles, notamment dans le cadre de l'opération «*fidéliser pour développer*». Celles-ci ont été quasi-exclusivement réservées aux filiales de la holding Sopardel, parmi lesquelles les sociétés Industelec.

10. Toutes ces études, financées par EDF, et dans la majorité des cas, gratuites pour le client, avaient pour fonction d'amener ce dernier à conclure un contrat avec les sociétés Industelec. Il est à noter que, selon les statistiques même d'EDF, une étude sur trois aboutit à la conclusion d'un contrat.
11. Les commerciaux des centres EDF-GDF ont accompagné systématiquement les commerciaux des Industelec dans leurs visites aux clients, notamment au démarrage des affaires.
12. La collaboration entre les centres EDF-GDF services et les Industelec a permis aux commerciaux Industelec d'obtenir directement communication de doubles de factures, de feuillets de gestion ou de simulations tarifaires des clients potentiels ainsi que de renseignements ou d'appuis techniques de nature à faciliter leur travail d'ingénierie.
13. Par ailleurs, le règlement des prestations des Industelec a été, dans certains cas, pris en charge par les centres EDF-GDF et inscrit directement sur la facture d'électricité émise par les centres. Cette pratique, relevée en 1993 et en 1994, est attestée par des extraits de courriers ou de compte-rendus et concerne notamment : Industelec Normandie Industelec Ile de France et Industelec Sud-Ouest. En contre-partie du service rendu par les centres EDF – GDF, ceux-ci ont pu être rémunérés (mais non de manière systématique) par les sociétés Industelec.
14. L'intégration sur la facture du règlement des prestations de service des sociétés Industelec et la signature de contrats (de mandat) pour rémunérer les centres de cette facilité de gestion, a fait l'objet d'une mise en garde d'EDF, comme l'indique un courrier du 10 octobre 1994 adressé aux centres EGS de la région Sud-Est : «*Vous avez sollicité notre avis (...), l'inscription de redevances dues à un Industelec sur les factures EDF n'est pas souhaitée : le Service Juridique National consulté se déclare opposé à cette pratique(...)*».
15. Il ressort du dossier que celle-ci a néanmoins perduré après l'information du service juridique d'EDF, comme l'indiquent les dates des signatures des conventions de mandat signées entre Industelec Est et EDF-GDF Loiret, et le centre EDF-GDF Yonne, celle signée entre EXHOR, filiale d'Industelec Ouest et le centre EDF - GDF Anjou.
16. Le soutien des centres EDF-GDF Services aux Industelec et leur fonctionnement «*en binôme*» selon les termes mêmes du responsable d'une agence Industelec a pu, dans certains cas, être formalisé par une convention de partenariat. De telles conventions ont été, notamment, conclues par Industelec Ile-de-France, avec le centre EDF - GDF de Cergy et avec celui de Seine-et-Marne, par la société EXHOR, filiale d'Industelec Ouest et de Sopardel, avec le centre EDF – GDF d'Ille-et-Vilaine.

17. Ces conventions énonçaient de manière détaillée les engagements des centres EDF-GDF à l'égard des Industelec, comme par exemple ceux du centre EDF-GDF de Cergy à l'égard d'Industelec Ile-de-France. Il s'agissait notamment pour le Centre de :

«sélectionner les affaires pour lesquelles Industelec IDF devra respecter ses engagements lors de la remise de l'offre ; collaborer avec Industelec IDF en mobilisant ses compétences internes ; mobiliser au coup par coup les aides commerciales nécessaires à la prise de décision et à la fidélisation du client ;

18. Jusqu'à juin 1995, cette assistance commerciale des centres EDF-GDF services aux Industelec n'a pas donné lieu à rémunération, exception faite de la convention signée entre Exhor et le centre EDF-GDF d'Ille-et-Vilaine.
19. Les sociétés Industelec ont, en outre, bénéficié de l'image d'EDF grâce à des recommandations de la part d'EDF d'utiliser les services des sociétés Industelec. Ainsi l'exemple relatif au centre EDF-GDF services du Loiret, qui indiquait par courrier au maire de la commune de Fleury les Aubrais que la mission devait être *«confiée à Industelec Région Centre»*.
20. D'autres courriers montrent également l'utilisation de l'image d'EDF par les sociétés Industelec. Ainsi, le courrier suivant *«Nous vous remercions pour votre intervention en faveur de notre société...»* (courrier d'Industelec) ou encore *«le centre EDF GDF nous a missionné pour étudier les solutions électriques performantes pour le chauffage et le rafraîchissement...»* (courrier d'Industelec Ouest à un client)
21. Il résulte de cet appui commercial et logistique que les centres EDF-GDF services ont constitué la principale source des affaires conclues par les Industelec, et ce, pour certains d'entre eux dix ans après leur création. Ainsi, EDF a été à l'origine de 42 % des affaires d'Industelec Ile-de-France en 1994, de 62 % des affaires d'Industelec Normandie en 1993 et de 65 % des affaires d'Industelec Nord en 1992.

2. - L'utilisation d'un dispositif d'aides commerciales pour favoriser la vente d'électricité

a) Le cadre de ce dispositif d'aides commerciales

22. Les contrats de plan pluriannuels (d'une durée de trois ans) entre EDF et l'Etat français fixent le cadre général des relations entre l'Etat et l'établissement public, ainsi que les grandes orientations de sa politique commerciale. Celle-ci prévoit un dispositif d'aides commerciales, qui doit cependant répondre à certains objectifs. Ainsi, pour le contrat de plan 1989-1992, l'article 6 du contrat de plan, relatif à la politique commerciale, est ainsi rédigé :

«Dans la conduite de sa politique commerciale visant une meilleure valorisation du parc de production, l'Entreprise soutiendra le développement des usages performants et innovants de l'électricité et veillera à une gestion rigoureuse des aides commerciales»

23. Pour le contrat de plan suivant, relatif à la période 1993-1996, selon l'article 8, les aides commerciales :

«concerneront l'innovation, la promotion des applications performantes et la qualité. Elles décroîtront en 1993, puis seront réduites à un niveau de 0,5 Milliards de F par an dès 1994 (en termes d'engagements)».

24. En s'inspirant de ces engagements, EDF élabore ensuite son dispositif d'aides commerciales. En fonction de ce dispositif, les centres EDF-GDF peuvent attribuer au cas par cas une aide commerciale, qui est plafonnée et non automatique, mais qui doit, en tout état de cause, favoriser une application innovante (ou intelligente) de l'électricité.

b) La pratique en matière d'attribution de ces aides en accompagnement des prestations des sociétés Industelec ou de leurs filiales

25. Dans la mesure où les prestations des sociétés Industelec consistaient à proposer des installations électriques, les clients des sociétés Industelec pouvaient avoir droit à des aides commerciales diminuant le coût de l'investissement, pour des applications qualifiées par EDF d'innovantes ou intelligentes.
26. Il ressort du dossier que les sociétés Industelec ont été considérées par EDF comme des filiales pouvant facilement obtenir ces aides commerciales pour leurs clients, en raison de leurs relations avec les centres EDF-GDF Services.
27. Accompagnant les prestations d'ingénierie proposées par les sociétés Industelec, des aides commerciales ont été versées aux clients de ces sociétés. Ces clients pouvaient être des entreprises du secteur industriel et tertiaire ou des collectivités publiques ayant la charge de logements ou de bâtiments.
28. Aux clients du secteur tertiaire et résidentiel, ces aides commerciales ont été versées principalement pour des applications telles que le chauffage. Dans cette hypothèse, ces aides ont été utilisées pour peser sur la décision du client, *a priori* hostile à une solution électrique, en raison du coût de fonctionnement de cette énergie comparé à celui des autres énergies (l'électricité est trois fois plus chère que le fioul, deux fois et demi plus chère que le gaz). Le dossier indique notamment que des aides financières ont été allouées :
29. Au Conseil Général du Nord - Pas-de-Calais, pour les installations de chauffage électrique du collège de Norrent Fontes. Le Conseil Général envisageait de changer d'énergie et d'utiliser le propane. Le chiffrage du maintien de la solution *«tout électrique»* faisait apparaître un surcoût par rapport à une solution utilisant le propane. EDF propose donc une aide égale aux 2/3 des investissements à réaliser, soit une participation versée au département de 1 423 000 F afin de favoriser cette solution.

30. Au promoteur du Centre Commercial «*Art de Vivre*» à Orgeval, afin de pérenniser l'utilisation de l'électricité pour la climatisation des locaux commerciaux, malgré le coût d'exploitation lié à l'utilisation de l'électricité.
31. Même si les sociétés Industelec avaient vocation à intervenir dans le secteur industriel, l'instruction a révélé que ces aides, versées aux clients de ces sociétés, ont le plus souvent concerné le secteur tertiaire et résidentiel, pour des applications concernant le chauffage.

■ III. - La procédure

32. Par lettre enregistrée le 25 juillet 1996 sous le numéro F 894, le ministre chargé de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence d'un dossier relatif aux pratiques d'Electricité de France (EDF).
33. Par lettre en date du 18 décembre 2000, les griefs suivants ont été notifiés à EDF :
- utilisation d'un système d'aides commerciales ayant pu avoir pour effet de fausser le choix de l'utilisateur d'un équipement au profit d'un matériel fonctionnant à l'électricité, ayant pour effet d'entraver le développement d'énergies concurrentes de la part d'un opérateur en position dominante sur le marché de l'électricité et de l'énergie, en infraction à l'article L. 420-2 du code de commerce ;
 - fourniture aux sociétés Industelec d'avantages matériels et immatériels ayant pour objet et ayant pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de l'ingénierie relative à une installation fonctionnant avec une énergie de la part d'un opérateur en position dominante sur le marché de l'électricité et l'énergie, en infraction à l'article L. 420-2 du code de commerce.

■ Deuxième partie : Qualification

Sur la base des faits constatés, le Conseil formule l'analyse concurrentielle suivante :

1.1 - Les marchés et la position des entreprises

Les marchés des énergies utilisées pour faire fonctionner des installations

37. Le Conseil de la concurrence a déjà eu l'occasion de relever que, pour un certain nombre de ses usages, l'électricité était substituable à d'autres formes d'énergie, du moins au stade précoce où le consommateur choisit ses équipements ; cette substituabilité des énergies a été constatée dans la décision n° 99-D-51 (Climespace) confirmée par la cour d'appel de Paris (23 mai 2000).

38. Dans la décision Climespace, le Conseil a indiqué que : *«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 ; que c'est au stade du choix des équipements que se prend la décision essentielle ; que c'est donc principalement là que se 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 (...).»*
39. Une étude du XERFI (août 1999) indiquait, pour sa part, que l'augmentation du prix de l'électricité avait contribué à arrêter la progression de la part de cette énergie par rapport aux autres énergies. Ainsi, l'étude constatait que si la part de l'électricité dans la consommation finale énergétique était passée en 20 ans de 30 à 40 %, l'on observait, depuis 1993, une stagnation de la part de marché de l'électricité. Selon le XERFI, cette situation de stagnation s'expliquait par les avantages concurrentiels du gaz et du fioul, dont les prix avaient fortement baissé à partir de 1993. *In fine*, l'étude concluait : *«La concurrence est d'autant plus soutenue que le bilan énergétique est stagnant et que le développement d'une énergie se fait au détriment des autres».*
40. Il résulte de ces éléments qu'il existe, au moment du choix de l'installation, une substituabilité entre les énergies utilisées, pour des applications telles que le chauffage, la climatisation ou certains procédés industriels. La fourniture d'énergie pour faire fonctionner les installations correspond ainsi à des marchés spécifiques comme le marché des énergies nécessaires au chauffage des bâtiments et le marché des énergies nécessaires à la climatisation des bâtiments définis dans la décision Climespace précitée ;
41. Les chiffres de la direction générale de l'énergie et des matières premières indiquent que la part de l'électricité (produite à 96,6 % par EDF) dans le total de l'énergie consommée (incluant la consommation pour la sidérurgie) était environ de 39 % (38,4 % en 1993, 39,05 % en 1995). S'agissant du chauffage, principale application pour laquelle l'électricité est en concurrence avec les autres sources d'énergie, le Centre d'études et de recherches économiques sur l'énergie (CEREN) indique que, dans le secteur résidentiel (en 1993), la part de l'électricité était de 42,5 %, contre 19,5 % pour le gaz, 15,2 % pour le fioul, 2,9 % pour le GPL et 14,8 % pour le bois. La même année, en matière de chauffage dans le secteur tertiaire, la part de l'électricité était de 60,6 %, contre 18,5 % pour le gaz, 15,7 % pour le fioul et 5,2 % pour les autres énergies. Pour la climatisation, le CEREN indique également qu'à l'époque de l'enquête, l'électricité était en tête des énergies utilisées. Malgré le niveau élevé de parts de marché détenu par EDF, l'existence d'alternatives mises en œuvre par des entreprises puissantes et la stagnation de la part de marché d'EDF depuis 1993 ne permettent pas de conclure systématiquement à l'existence d'une position dominante sur tous les marchés de l'énergie nécessaires au fonctionnement des installations. Ces marchés se distinguent par le fait que la substituabilité des énergies

varie selon l'usage de l'installation. La décision Climespace précitée concluait par exemple à l'existence d'une position dominante d'EDF sur le seul marché des énergies nécessaires à la climatisation.

Le marché de l'électricité

42. Si le choix de l'énergie se fait au moment du choix de l'équipement et que c'est à ce stade que se joue la concurrence entre les différents types d'énergie (charbon, gaz, fioul, électricité), une fois que l'utilisateur a effectué ce choix d'une installation, il ne peut l'alimenter que par une seule source d'énergie et ne peut en général pas réagir à une hausse de prix de cette électricité par un changement, coûteux, d'équipement tant que ce dernier n'est pas amorti. Par ailleurs, il existe des usages pour lesquels l'électricité ne connaît pratiquement pas de substitut (éclairage). C'est pourquoi le Conseil reconnaît l'existence d'un marché de l'électricité (Décision Climespace précitée).
43. En 1993, EDF produisait 423,8 milliards de kWh, soit 96,6 % de l'électricité produite en France. La distribution était assurée par 102 centres spécialisés, les centres EDF-GDF Services (ou E.G.S.) dépendant d'une direction commune à EDF et GDF, appelée EDF-GDF Services. La même année, EDF disposait d'une clientèle de 28,9 millions d'abonnés, dont 3,6 millions de professionnels. Son chiffre d'affaires en 1994 était de 83,3 milliards de francs. De fait, sur le marché de l'électricité, EDF était en situation de quasi monopole pour la production et la distribution d'électricité, une très faible part de ces marchés lui échappant (5 à 6 % seulement). A l'époque des faits, le quasi monopole d'EDF reposait, en outre, sur une base légale. Dans ces conditions, comme le reconnaissait le Conseil dans la décision Climespace précitée, EDF détenait, à l'époque des faits, une position dominante sur le marché de l'électricité.

Le marché de l'ingénierie énergétique

44. Selon l'évaluation du SERCE, le chiffre d'affaires total de l'ingénierie électrique et des travaux électriques était, en 1994, de 52 milliards de francs (8 milliards d'euros), répartis de la manière suivante :
- 20 % pour les études et l'ingénierie, c'est-à-dire les «*offres clés en mains*» soit 1,6 milliards d'euros ou 10,5 milliards de francs,
 - 55 % pour les travaux électriques,
 - 25 % pour la maintenance.
- S'agissant des études et de l'ingénierie électrique, le SERCE indique que ces activités concernaient, pour les deux tiers, le secteur industriel et tertiaire et, pour le dernier tiers, les réseaux électriques, ces activités n'étant pas exercées par les sociétés Industelec. Il en résulte que le marché des études et de l'ingénierie électrique, (hors travaux sur le réseau électrique, et sans inclure les activités de maintenance), sur lequel ont vocation à intervenir les sociétés Industelec, était, en 1994, de 1,2 milliards d'euros (7,9 milliards de francs).
45. Selon le rapport administratif, le chiffre d'affaires de ces sociétés (incluant les filiales) était la même année de 424,5 millions de francs.

46. La part de marché des sociétés Industelec sur le marché de l'ingénierie électrique peut donc être évaluée à environ 5,3 %, si l'on se réfère à l'évaluation du marché donnée par le SERCE (7,9 milliards d'euros) rapportée à l'ensemble des activités des sociétés Industelec, études et ingénierie proprement dite.

1.2 - En ce qui concerne la pratique relative aux aides commerciales

47. Les aides commerciales ne sont pas illicites en soi. Selon la jurisprudence, et notamment la décision n° 99-D-51 «*Climespace*» confirmée par le cour d'appel de Paris (arrêt du 23 mai 200), les aides commerciales accordées par une entreprise en position dominante à ses clients, même si elles peuvent défavoriser ses concurrents, ne sont pas, en elles-mêmes, anticoncurrentielles. Elles constituent d'ailleurs, s'agissant d'EDF à l'époque des faits, la seule marge de négociation commerciale d'une entreprise dont les prix sont régulés par la puissance publique.
48. Pour établir que ces aides sont anticoncurrentielles, il faut démontrer que les prix, une fois les aides accordées déduites, sont prédateurs ou que les conditions dans lesquelles ces aides sont octroyées sont discriminatoires ou, 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.
49. En l'espèce, aucun grief de prédation n'a été notifié. Par ailleurs, même si les sociétés Industelec semblent avoir bénéficié de manière préférentielle de ces aides à cause de leurs liens avec certains centres EDF-GDF Services, la preuve d'une discrimination dans l'allocation de ces aides entre les clients des sociétés Industelec et ceux des autres sociétés d'ingénierie n'a pas été rapportée. En effet, dans la mesure où ces aides étaient octroyées aux clients pour certaines applications de l'électricité, les autres sociétés d'ingénierie pouvaient demander à EDF pour leurs propres clients les mêmes aides que celles qui ont été accordées aux clients des sociétés Industelec.
50. Par ailleurs, il n'est pas exclu que, pour ces affaires, les concurrents des sociétés Industelec spécialisés dans le montage d'un équipement ou d'une installation fonctionnant avec une autre source d'énergie (par exemple au fioul) aient pu proposer également des aides commerciales pour influencer la décision finale du client en faveur d'une énergie différente de l'électricité. Le dossier joint à la saisine ne donne aucun éclairage sur ce point. Enfin, et en tout état de cause, en l'absence de caractère prédateur avéré du prix de l'électricité après déduction du montant des aides, le choix opéré par les consommateurs qui comparent ce prix à celui des autres énergies ne peut pas être considéré comme faussé au point que la concurrence sur le marché de l'énergie en serait atteinte.
51. Il en résulte que les pratiques reprochées à EDF et relatives à l'utilisation d'un système d'aides commerciales ayant pu avoir pour effet de fausser le choix de l'utilisateur d'un équipement au profit d'un matériel fonctionnant à l'électricité et d'entraver le développement d'énergies concurrentes ne peuvent être qualifiées au regard des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

1.3 - En ce qui concerne la pratique relative à l'octroi d'avantages aux sociétés Industelec

52. Comme le Conseil l'a indiqué dans sa décision n° 00-D-47, «*Citelum*», il est licite pour une entreprise publique qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'entrer sur un ou des marchés relevant de secteurs concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour restreindre ou tenter de restreindre l'accès au marché pour ses concurrents en recourant à des moyens autres que la concurrence par les mérites.
53. Une entreprise publique disposant d'un monopole légal, qui utilise les ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité, ne méconnaît pas de ce seul fait, les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.
54. En revanche, comme le Conseil l'a indiqué dans la décision Citelum précitée ainsi que dans la décision 00-D-50 relative à des pratiques mises en œuvre par la Société française des jeux, est susceptible de constituer un abus, le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, c'est-à-dire d'un monopole dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, d'utiliser tout ou partie de l'excédent de ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale, qui sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle.
55. Au cas d'espèce, des avantages matériels et immatériels ont certes été octroyés par EDF aux sociétés Industelec ; elles ont pu favoriser le développement de l'activité de ces sociétés, notamment grâce aux commandes d'études qui leur assuraient une source de revenu régulier et facilitait la prospection de la clientèle, qui était, par ailleurs, aidée par des visites conjointes des agents des centre EDF-GDF Services et des agents des sociétés Industelec, ainsi que par la fourniture d'informations techniques, le prêt de matériel, la facturation directe des prestations de ces sociétés sur la facture EDF, ou encore par les recommandations de la part des agents d'EDF de recourir aux services de ces sociétés.
56. Il n'est, toutefois, pas démontré que l'aide qu'EDF a ainsi apportée aux sociétés Industelec dont elle détenait le contrôle, ait conduit à une perturbation durable et importante du marché de l'ingénierie. En effet, aucun élément du dossier n'apporte la preuve d'une telle perturbation. Si le syndicat regroupant les sociétés d'ingénierie (SYNTEC) a quitté l'actionnariat des Industelec, le dossier ne fait état d'aucune plainte de la part d'une société d'ingénierie dont l'activité aurait été gênée par les sociétés Industelec, à cause de pratiques abusives ou de prix prédateurs. Il n'a pas davantage été observé de perturbation de concurrence résultant des avantages octroyés par EDF telles que des disparitions d'entreprise ou des succès commerciaux spectaculaires qu'auraient remportés les Industelec et qui auraient été de nature à orienter durablement l'évolution future du marché.

57. En conséquence, les pratiques reprochées à EDF et consistant en l'octroi d'avantages matériels et immatériels aux sociétés Industelec, dont elle détenait le contrôle à l'époque des faits, ne peuvent être qualifiées au regard des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Décide

Article unique - Il n'y pas lieu à poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Wibaux par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Nasse, Vice-présidents, Mmes Mader-Saussaye, Perrot et MM. Bargue, Piot et Robin, membres.

Le secrétaire de séance
Thierry Poncelet

La présidente
Marie-Dominique Hagelsteen

Décisions / 02-D-34

229

02-D-35

Décision n° 02-D-35 du 13 juin 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Spinevision

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu les lettres enregistrées le 12 février 2002 sous les numéros 02/0018/F et 02/0019/M, par lesquelles la société Spinevision a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques imputées aux sociétés Medtronic, Medtronic Sofamor Danek, Medtronic Sofamor Danek France et Sofamor (Société de fabrication de matériel orthopédique) qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par les sociétés Medtronic, Medtronic Sofamor Danek, Medtronic Sofamor Danek France et Sofamor et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Spinevision, Medtronic, Medtronic Sofamor Danek, Medtronic Sofamor Danek France et Sofamor, entendus lors de la séance du 7 mai 2002 ;

230

I. - La saisine

Considérant que la société Spinevision est une société anonyme créée en 1999, qui a son siège social à Paris ; qu'elle conçoit, développe, fabrique et commercialise des implants et des instruments destinés à l'orthopédie, à la neurologie et à la neurochirurgie ;

Considérant que la société Spinevision expose qu'elle a mis au point des implants très performants - le «*Plus*» et l' «*Uni-T*» -, qui ont reçu l'homologation CE et fait l'objet de demandes de brevets en France et à l'étranger ; que ces implants sont d'ores et déjà utilisés avec succès en Europe et que, par l'avancée technologique qu'ils représentent, ils sont susceptibles de détrôner les implants actuellement sur le marché, et notamment, le «*CD Horizon*» proposé par le groupe américain Medtronic ;

Considérant que la société Spinevision soutient que le groupe Medtronic est en situation de position dominante et qu'il a entrepris d'empêcher son développement et, finalement, de l'exclure du marché en déployant un ensemble de

pratiques consistant en la mise en œuvre de pressions exercées sur des salariés et des clients potentiels et en l'introduction récente, par l'un des représentants en France du groupe, la société Sofamor, d'une action en concurrence déloyale fantaisiste devant le tribunal de commerce de Paris ; que ces pratiques tombent sous le coup des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant que la société Spinevision prétend que l'assignation en concurrence déloyale vise à la décrédibiliser et à la déstabiliser financièrement au moment où, procédant au lancement commercial de ses produits et à une levée de fonds, elle est particulièrement vulnérable ; que cette action, qui porte atteinte à sa crédibilité auprès des acheteurs et des investisseurs, a d'ores et déjà des conséquences sur sa trésorerie et qu'elle est de nature à entraîner sa disparition du marché *«d'ici à quelques mois»* ; que, par ailleurs, la procédure ainsi engagée risque d'empêcher le développement d'avancées technologiques très prometteuses et porte ainsi atteinte au marché et à l'intérêt des consommateurs ; que la société Spinevision demande, en conséquence, au Conseil de la concurrence d'enjoindre, à titre conservatoire, à la société Sofamor de se désister de l'instance pendante devant le tribunal de commerce ;

II. - La défense des entreprises mises en cause

Considérant que les entreprises mises en cause concluent au rejet de la saisine au fond faute d'éléments suffisamment probants permettant de présumer l'existence de comportements anticoncurrentiels ; qu'elles contestent la position de domination du groupe Medtronic sur le marché des implants rachidiens, quel que soit le marché géographique retenu, tout en préconisant, en l'espèce, une définition européenne de ce marché ; qu'elles contestent, en outre, avoir mis en œuvre des pratiques abusives, faisant valoir, notamment, que l'action en concurrence déloyale contre Spinevision est loin d'être manifestement infondée et qu'elle ne s'inscrit pas dans un plan d'éviction ;

Considérant que, subsidiairement, les défenderesses concluent au rejet de la demande de mesures conservatoires faute de démonstration par la société Spinevision d'un risque d'atteinte grave et immédiate à ses intérêts ou à ceux du secteur, en relation de causalité avec les pratiques reprochées ; qu'elles soutiennent également que la mesure sollicitée excède la compétence du Conseil ;

III. - La procédure

Considérant que, par courrier du 30 avril 2002, adressé à la présidente du Conseil de la concurrence, la société Spinevision a versé trois pièces supplémentaires aux débats, en indiquant que ces documents lui étaient parvenus

après le 27 mars 2002, date limite du délai qui lui avait été imparti pour présenter ses observations ; que les sociétés mises en cause ont sollicité, en séance, le rejet desdites pièces en faisant valoir qu'elles leur avaient été remises le 3 mai 2002, soit deux jours ouvrés avant la séance fixée au 7 mai ;

Considérant qu'aucune disposition du code de commerce et du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 n'impose de délais pour la mise en état de procédures de mesures conservatoires, qui se caractérisent par l'urgence mais dont l'instruction doit viser, dans un temps nécessairement restreint, à réunir le plus d'éléments possible permettant au Conseil de se prononcer sur le bien-fondé de la demande ; que le dépôt de pièces après l'expiration du temps imparti ne saurait donc, à lui seul, justifier leur rejet de la procédure, à condition, toutefois, que la partie adverse ait bénéficié d'un temps suffisant pour assurer sa défense au regard des pièces ainsi produites ;

Considérant qu'en l'espèce, il est constant que les sociétés mises en cause n'ont reçu les pièces litigieuses que le vendredi 3 mai 2002, soit deux jours ouvrés seulement avant la séance ; que, dans ces conditions, elles n'ont pu bénéficier d'un temps suffisant pour en prendre connaissance utilement et organiser leur défense ;

Qu'il convient, par conséquent, d'écarter des débats les pièces transmises tardivement par la société Spinevision ;

Considérant que l'article 42 du décret du 30 avril 2002 reprenant les dispositions de l'article 12 du décret du 29 décembre 1986 modifié, énonce que *«La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article 12 de l'ordonnance (devenu l'article L. 464-1 du code de commerce) 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»* ; qu'une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond est recevable et ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 462-8 du code de commerce ; qu'en outre, la demande de mesures conservatoires doit être, en elle-même, recevable ;

232

IV. - Sur la saisine au fond

Considérant que l'article L. 462-8, alinéa 2 du code de commerce dispose que le Conseil de la concurrence *«... peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants»*

En ce qui concerne le marché pertinent et la position du groupe Medtronic sur ce marché

Considérant qu'il ressort du dossier et notamment des différentes études de marché, courriers ou attestations émanant de chirurgiens, qu'il existe

une demande spécifique portant sur les implants rachidiens, c'est-à-dire des dispositifs médicaux destinés à être fixés sur la colonne vertébrale des patients au cours d'interventions chirurgicales visant à la correction de déformations ou à la réalisation de fusions osseuses ; qu'il n'est donc pas exclu qu'il existe un marché des implants rachidiens ; que ce marché connaît actuellement une forte croissance qui s'explique à la fois par des raisons techniques (amélioration des produits qui apportent désormais une réelle réponse aux attentes des patients) et sociologiques (allongement de la durée de la vie, modes de vie plus sédentaires...) ;

Considérant qu'il ressort également des pièces du dossier que les implants distribués par la société Spinevision (notamment le «*Plus*») et ceux distribués par le groupe Medtronic (notamment le «*CD Horizon*») sont utilisés dans les mêmes types d'opérations chirurgicales sur le rachis et plus particulièrement dans des cas de scolioses ; que les indications thérapeutiques de l'utilisation de ces deux produits sont semblables ; que ces deux produits apparaissent donc substituables entre eux et les deux entreprises en concurrence directe sur le même marché ;

Considérant que la directive n° 90/385/CEE du 20 juin 1990, concernant le rapprochement des législations des États membres relatives aux dispositifs médicaux implantables actifs et la directive générale n° 93/42/CEE du 14 juin 1993, relative aux dispositifs médicaux ont harmonisé les régimes juridiques européens relatifs à la commercialisation des implants ; que ces deux directives prévoient, dans leur article 4.1, que «*les États membres ne font pas obstacle, sur leur territoire, à la mise sur le marché et à la mise en service des dispositifs portant le marquage CE (...)*» ;

Considérant qu'en application de ces textes, tout nouveau dispositif médical mis sur le marché avec la certification d'une autorité d'un des États membres de l'Union est automatiquement certifié conforme aux normes européennes et peut ainsi librement circuler dans l'Union européenne ;

Considérant que ce marché européen se distingue en particulier du marché américain, régi par les normes d'approbation propres de la *Food and Drug Administration* («*FDA*») ; que la société Spinevision a indiqué que ses implants avaient ainsi reçu l'homologation CE et qu'ils avaient, par ailleurs, été homologués aux États-Unis ;

Considérant que les implants rachidiens semblent donc répondre, au sein de l'Union Européenne, à des caractéristiques identiques et apparaissent substituables entre eux dans l'ensemble du territoire européen ;

Considérant que s'il existe en France, une réglementation particulière tenant à une procédure d'inscription sur la liste des produits remboursables par la sécurité sociale, cette seule spécificité paraît insuffisante pour circonscrire le marché au territoire national ;

Considérant que ces éléments conduisent à considérer qu'en l'état des éléments soumis au Conseil, il n'est pas exclu que le marché pertinent soit le marché européen des implants rachidiens ;

Considérant que le groupe américain Medtronic, auquel il n'est pas contesté qu'appartiennent les quatre sociétés mises en cause, dont le siège est situé

à Minneapolis (Minnesota) et dont l'activité se rattache à la technologie médicale, principalement dans les domaines cardio-vasculaire, neurologique et rachidien, était, en 1999, premier sur le marché européen avec une part de marché de 24,9 %, celles de ses deux plus proches concurrents étant respectivement de 21,6 % et 15,2 % ; que ce groupe a vendu en 1999, 2000 et 2001 respectivement 29,9 %, 41 % et 35 % des implants rachidiens vendus dans le monde, alors qu'au cours de ces trois années, ses deux concurrents les plus proches en vendaient, respectivement 22,9 % et 17 %, 24 % et 12 %, 22 % et 15 % ; qu'en 1999, le groupe Medtronic a vendu 32,2 % des implants vendus en France alors que ses deux plus proches concurrents, J & J/Dupuy/Acromed et Stricker/Howmedica/Osteonics, en ont vendu respectivement 20,8 % et 13,5 %.

Considérant, ainsi, que les principaux concurrents du groupe Medtronic sur le marché mondial et le marché européen des implants rachidiens détiennent des parts de marché proches des siennes ; que, par ailleurs, ces marchés, sur lesquels les opérateurs sont nombreux et la recherche de l'innovation intense, sont très concurrentiels ; qu'en conséquence, le groupe Medtronic n'apparaît pas être en situation de s'abstraire de la concurrence et que, dès lors sa position ne peut être qualifiée de dominante ;

En ce qui concerne les pratiques dénoncées

En ce qui concerne les pressions prétendument exercées sur les salariés de la société Spinevision :

Considérant que la société Spinevision soutient que certains de ses salariés auraient été «*harcelés*» et «*menacés*» afin qu'ils cessent de travailler pour elle ; qu'elle produit à cet égard un unique courrier, en date du 5 mai 2000, adressé par la société Medtronic Sofamor Danek France à M. Dominique Petit, ancien salarié de la société Sofamor, ainsi rédigé :

«Vous avez quitté notre société le 30 juin 1999 dans le cadre d'un accord transactionnel. Compte tenu de faits très précis qui ont été portés à notre connaissance, nous tenons à vous rappeler, de la façon la plus formelle, les obligations qui sont les vôtres, à savoir :

- *Devoir de confidentialité dont la portée vous a été clairement explicitée,*
- *Engagement de ne pas porter dommage à notre société.*

Sans préjudice des actions que nous pourrions déjà entreprendre, nous vous demandons donc de mettre fin immédiatement aux agissements qui pourraient être contraires aux engagements pris» ;

Considérant que l'accord signé entre la Sofamor et M. Petit, versé aux débats par la société Sofamor S.N.C., fait apparaître qu'en juillet 1999, pour mettre fin au différend né du licenciement, contesté, du salarié, la Sofamor a versé à ce dernier, alors chef de projet à son département Recherche et Développement, une indemnité transactionnelle moyennant l'engagement par M. Petit, notamment, de restituer «*tous documents ou objets*» qui auraient pu lui être remis à l'occasion de l'exécution du contrat, d'«*observer la discrétion professionnelle la plus absolue en ce qui concerne son activité au sein de la société Sofamor*», de «*garder secrètes toutes infor-*

mations et de ne pas les utiliser, d'une quelconque façon et sous une quelconque forme, pour son propre compte ou pour le compte de tiers, qu'il aurait pu recevoir pendant la durée de ses fonctions et, notamment, tout projet ou document commercial (...) ou technique, toute liste de clients ou projets d'opérations» ;

Considérant dès lors, eu égard à l'emploi occupé par M. Petit jusqu'en 1999, au sein de la société Sofamor et à sa qualité actuelle d'inventeur chez Spinevision, qui ressort d'une demande de brevet déposée par cette dernière société, que l'intervention de la société Medtronic Sofamor Danek France n'apparaît pas être une pratique relevant des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ; que la société Spinevision ne produit pas d'autre élément au soutien du grief ainsi invoqué ;

En ce qui concerne les pressions prétendument exercées sur les clients potentiels de la société Spinevision :

Considérant que la demanderesse allègue encore que des pressions ont été exercées sur des chirurgiens du rachis, principaux décideurs dans l'achat des matériels, afin de les décourager de recourir à ses produits ;

Considérant qu'elle verse une lettre en date du 8 juin 2000, adressée par le professeur Dubousset, praticien à l'hôpital Saint-Vincent-de-Paul à Paris et co-inventeur du produit «CD» commercialisé par la société Medtronic, à M. Ron Pickard, de la société Medtronic Sofamor Danek (à Memphis), rédigée comme suit (traduction de la société Spinevision) :

«Cher Ron,

Danilo Campani m'a indiqué que vous étiez quelque peu inquiet de voir qu'au cours de la convention Imast se tenant à Barcelone, Reinhard Zeller présentera une modification du matériel d'instrumentalisation rachidien qui ressemble beaucoup, dans ses principes de pose chirurgicale, au CD-Horizon. Le matériel est différent et améliore probablement l'utilisation de cette technique. Il a pu être développé grâce aux personnes et aux ingénieurs travaillant par le passé, chez Sofamor Danek, à Rang-du-Fliers. Comme vous le savez, Reinhard Zeller travaille avec moi et c'est naturellement qu'il m'a demandé conseil, ce que j'ai accepté, car la seule chose importante à mes yeux est l'amélioration de la condition des patients. Quelques opérations ont été réalisées (moins de 5 pour le moment, toutes réalisées par Reinhard Zeller) ; les débuts sont encourageants mais il est encore trop tôt pour en tirer des conclusions. Je veux également vous confirmer que je continue à promouvoir le CD-Horizon, dans le monde entier, mais il est absolument nécessaire de l'améliorer, notamment la sécurité lors de l'introduction de la vis qui se fait «les yeux fermés». C'est pourquoi nous tiendrons une convention à Paris, le 1^{er} juillet prochain, sous ma direction. Ne soyez pas inquiet, je suis toujours un membre de votre équipe et je continue d'encourager la société Medtronic Danek. Cordialement» ;

Considérant que les termes employés dans ce courrier ne permettent pas d'étayer l'accusation de «pressions» qui aurait été exercées sur le professeur Dubousset ; qu'il en ressort seulement que ce praticien, co-inventeur du «CD», l'ancêtre du «CD-Horizon», qui collabore à la promotion de ce dernier implant produit par Medtronic, entretient des relations professionnelles suivies

avec le docteur Zeller, co-inventeur du «*Plus*» ; que la société Medtronic Sofamor Danek conçoit de l'inquiétude quant à un éventuel rapprochement entre le professeur Dubousset et sa concurrente Spinevision ; que le professeur Dubousset reconnaît les mérites du nouveau produit développé par celle-ci et les limites du «*CD-Horizon*» ; qu'il assure néanmoins la société Medtronic Sofamor Danek de sa fidélité ;

Considérant qu'il n'apparaît pas, au vu de la réponse du professeur Dubousset, que le sentiment d'inquiétude de son correspondant, qu'il s'efforce d'apaiser, ait excédé les limites d'une expression normale pour prendre la forme de pressions tendant à le dissuader d'utiliser les implants de la société Spinevision ;

Considérant que la société Spinevision produit, par ailleurs, une attestation du Docteur Reinhard Zeller, en date du 10 février 2002, dont il ressort que le chef de service de ce dernier à l'hôpital Saint-Vincent de Paul, le professeur Seringe, lui a «*fortement conseillé*» d'utiliser pour une intervention sur une scoliose, des vis pédiculaires nécessitant le recours à un matériel «*Stealth Station*» (système de navigation) mis à la disposition du service par la société Sofamor Danek, et que son refus, motivé par des considérations thérapeutiques, «*a donné lieu à une violente altercation*» ;

Considérant qu'à supposer que l'incident relaté par le docteur Zeller puisse être considéré comme la manifestation d'une pression exercée sur un praticien pour favoriser les produits Medtronic, la seule circonstance que le professeur Seringe serait un «*ancien élève*» du docteur Cotrel, co-inventeur avec le professeur Dubousset du «*CD*», ne permet pas d'imputer ladite pression au groupe Medtronic ;

Considérant que la société Spinevision fournit encore une attestation du docteur Bolger, chef de service du département de chirurgie à l'hôpital Beaumont de Dublin (Irlande), qui indique, selon la traduction proposée par la saisissante, qu'en 2001, lors du renouvellement du contrat de consultant extérieur liant le docteur Bolger à la société Medtronic Sofamor Danek, son interlocuteur s'était montré préoccupé de sa collaboration parallèle avec la société Spinevision ; qu'il lui avait été néanmoins proposé de renouveler son contrat à condition qu'il n'utilise pas «*d'autres produits que ceux provenant de Medtronic Sofamor Danek, devant les chirurgiens qui visiteraient [son] service, lors des démonstrations de l'utilisation de la «Stealth Station»*» ; que le docteur Bolger conclut ainsi : «*Tout en comprenant ses préoccupations, j'ai expliqué à Monsieur Campani que je ne pouvais pas m'engager ainsi, partant du principe que j'utilise les produits qui sont les plus adéquats pour mes patients, sans tenir compte de leurs fabricants. Pour les cas où je n'utiliserai pas les produits élaborés par Medtronic Sofamor Danek, j'ai accepté de ne pas présenter ces produits aux chirurgiens venus en visite et de mettre en avant la «Stealth Station» plutôt que n'importe quel autre type d'implants rachidiens que j'utilise communément*» ;

Considérant que le souci exprimé par Medtronic qu'un de ses consultants extérieurs, le docteur Bolger, chargé d'effectuer des démonstrations de l'utilisation de son système de navigation chirurgicale «*Stealth Station*», devant des chirurgiens en visite dans son service, ne fasse pas la promotion du produit d'un concurrent, a fortiori si un différend commercial existe avec celui-ci,

n'apparaît pas être une pratique relevant des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ; qu'il peut être observé, au demeurant, que la société Medtronic semble finalement s'accommoder du fait que le docteur Bolger exerce pour elle une activité de consultant pour la «*Stealth Station*» et collabore parallèlement avec Spinevision pour les implants chirurgicaux et qu'en définitive, les parties se sont, semble-t-il, mises d'accord, le docteur Bolger ayant accepté de promouvoir auprès de ses visiteurs, les produits Medtronic *«plutôt que n'importe quel autre type d'implants rachidiens /qu'il/ utilise communément»* ; que l'intervention de Medtronic n'apparaît donc pas constitutive de pressions ;

Considérant qu'en définitive, la société Spinevision ne produit pas d'éléments suffisamment probants au soutien du grief de pressions exercées sur des chirurgiens, acheteurs potentiels de ses produits ;

En ce qui concerne les pressions prétendument exercées sur les intermédiaires du marché :

Considérant que la société Spinevision invoque aussi des pressions qui auraient été exercées sur des agents de liaison intervenant entre les fabricants de matériel chirurgical et les professionnels afin que l'accès à différentes manifestations permettant aux acheteurs et vendeurs de se rencontrer lui soit refusé ; qu'elle explique ainsi que le groupe Medtronic a tenté d'empêcher sa participation aux Ateliers 2002 de maîtrise orthopédique organisés au mois de mai à la Cité des Sciences de la Villette, à Paris, puis ayant échoué dans cette démarche, a finalement renoncé à participer à cette manifestation ;

Considérant qu'elle produit sur ce point une lettre en date du 26 octobre, par laquelle le directeur général de la société Medtronic Sofamor Danek France s'adresse au professeur Doursounian, organisateur de la manifestation, en ces termes : *«Pour faire suite à votre courrier du 22 octobre 2001 fixant le prochain rendez-vous en vue de l'organisation des Ateliers 2002 de Maîtrise Orthopédique, j'ai été surpris de voir apparaître sur le visuel d'annonce joint, la société Spinevision, dont nous n'avions pas évoqué le nom lors de notre précédente entrevue du 11 septembre 2001. Un différend commercial important nous oppose à cette société, et risque de se solder par une action en justice. Compte tenu de ces paramètres, je me vois dans l'obligation d'annuler la participation de Medtronic Sofamor Danek aux Ateliers 2002 de Maîtrise Orthopédique. Je suis désolé que des problèmes d'ordre concurrentiel viennent perturber l'organisation de ces Ateliers, mais vous comprendrez que la situation actuelle va à l'encontre de l'association de nos deux sociétés dans le cadre d'un partenariat»* ;

Considérant qu'il ne résulte pas de ce courrier que le groupe a dénigré son concurrent ou exercé des pressions sur les organisateurs de la manifestation, tendant à empêcher la participation de Spinevision à celle-ci ; qu'il apparaît seulement que Medtronic n'a pas souhaité participer au colloque aux côtés d'un concurrent auquel l'oppose un différend commercial et qu'il a préféré se désister en des termes exclusifs de toute appréciation désobligeante sur son concurrent ; qu'il est constant que la mention par Medtronic d'un différend commercial l'opposant à Spinevision n'a pas conduit les organisateurs du congrès à en exclure la société Spinevision, laquelle ne peut invoquer un préjudice résultant pour elle de la non participation de son concurrent ;

Considérant, ainsi, que la correspondance précitée ne constitue pas un élément venant étayer de manière suffisamment probante l'allégation de pressions qui auraient été exercées par le groupe Medtronic sur des intermédiaires du marché ;

En ce qui concerne les pressions prétendues résultant de la tentative de rachat :

Considérant que la société Spinevision indique, par ailleurs, qu'entre décembre 2000 et janvier 2001, elle a été approchée par le groupe Medtronic en vue de son acquisition par ce groupe et que des «*demandes répétées*» de rachat lui ont alors été adressées ; qu'elle soutient qu'à cette occasion, le groupe Medtronic lui a soumis, comme préalable à un échange d'informations sur leurs produits respectifs, une proposition de contrat de confidentialité contenant une clause attributive de compétence aux juridictions américaines en cas de litige ; qu'elle a refusé de signer ce contrat, comprenant qu'elle se serait trouvée à la merci de Medtronic qui aurait pu alors s'approprier ses brevets et, finalement, s'assurer de son rachat aux meilleures conditions ;

Considérant qu'à l'appui de ses allégations, la société Spinevision, outre la proposition de contrat de confidentialité, verse des courriers électroniques échangés entre M. Jean-Pierre Capdevielle, l'un de ses administrateurs, et M. David Miller, responsable technique, basé à Memphis, chez Medtronic Sofamor Danek ;

238

Considérant que dans un courrier électronique du 23 décembre 2000, M. Capdevielle écrit (selon la traduction proposée par la société Spinevision) : «*Cela fut un réel plaisir de vous rencontrer (...) à Atlanta (...) je veux vous remercier pour le temps que vous m'avez consacré et pour votre véritable intérêt pour les réalisations actuelles de Spinevision et ainsi que ses projets pour l'avenir. J'ai été particulièrement ravi d'entendre vos commentaires positifs sur nos premiers projets et leur soutien par les plus grands chirurgiens internationaux du rachis (...). La date (...) envisagée pour tenir notre prochaine réunion est trop tardive. En remplacement, je suggère que vous avanciez la date de votre arrivée à Paris aux premiers jours de janvier. En effet, le 8 janvier, nous avons un cas difficile de scoliose programmé à l'hôpital Saint-Vincent de Paul avec le Docteur Zeller ; Gérard et moi-même serions enchantés de vous y convier. Ce même jour, nous souhaiterions également faire une présentation détaillée de Spinevision et vous présenter la liste complète des demandes de brevets, des tests et des dessins techniques de nos produits. Nous espérons (...) une offre officielle et détaillée de la part de Medtronic qui serait examinée lors de notre prochain Conseil d'Administration, aux côtés des deux autres offres (...) nous attendons avec impatience (...) de poursuivre nos discussions que je vous demande amicalement de garder absolument confidentielles à ce stade. PS. Gérard vous enverra (...) un accord de confidentialité modifié, pour information*» ; que dans un message électronique du 27 décembre 2000, M. Miller répond : «*(...) Je veux seulement vous faire connaître mon intérêt et celui de Medtronic Sofamor Danek pour la recherche de futurs intérêts communs. Je sais que vous avez d'autres partenaires financiers et que vous avez besoin de liquidité à ce moment de votre développement (...) Je désire voir*

les produits, les demandes de brevets et quelques vieux et chers amis qui travaillent avec vous maintenant. Je ne serai pas en mesure de vous donner un engagement autre que notre vif intérêt, jusqu'à ce que je connaisse votre technologie. J'espère que cet arrangement est acceptable (...) ; que dans un message du 10 janvier 2001, M. Miller indique : *« Cette réunion à Atlanta a été une joie. Cela fait plaisir d'entendre que Spinevision connaît le succès et de songer à un partenariat entre nos deux sociétés (...). J'espère également que vous avez eu le temps d'examiner le contrat de confidentialité et de l'approuver. Je serai heureux de le signer avec vous afin de pouvoir dialoguer ouvertement et librement lors de notre réunion du 19. Cet accord nous protégera tous les deux (...) »* ;

Considérant que ces messages électroniques ne sont nullement révélateurs de pressions ou de manœuvres imputables au groupe Medtronic, pas plus que de « *demandes répétées* » de rachat ; qu'ils témoignent de l'existence de contacts en vue d'un « *partenariat* » financier entre les deux sociétés que la société Spinevision ne semble pas subir mais bien au contraire réclamer ; que l'insertion d'une clause attributive de compétence au profit des juridictions américaines dans la proposition de contrat de confidentialité soumise par le groupe, à l'occasion de ces contacts, et finalement non signée par Spinevision, ne traduit pas davantage un abus mais s'inscrit dans le cadre des rapports de force qui peuvent s'instaurer entre concurrents engagés dans des négociations de nature commerciale ; qu'il apparaît, au surplus, que les deux parties ont concouru à la rédaction du contrat de confidentialité ;

En ce qui concerne l'action judiciaire engagée devant le tribunal de commerce de Paris par la société Sofamor :

Considérant que, par acte d'huissier du 29 octobre 2001, la société Sofamor a assigné la société Spinevision devant le tribunal de commerce de Paris afin d'obtenir sa condamnation, pour concurrence déloyale, à payer à « *la société Medtronic Sofamor Danek* », notamment, la somme de 6 millions de francs (914 694,10 euros) à titre de dommages et intérêts ;

Considérant que, devant la juridiction consulaire, la société Sofamor prétend, en substance, avoir été dépossédée de son savoir-faire par la société Spinevision constituée par un de ses anciens salariés, M. Gérard Vanacker, lequel aurait débauché trois autres de ses employés, afin de développer les recherches commencées par Sofamor, de déposer des demandes de brevets portant sur des inventions résultant en réalité de ses travaux et de ses investissements et de détourner sa clientèle ;

Considérant que la société Spinevision qualifie cette action en justice de fantaisiste, faisant valoir que n'étant étayée par aucun élément sérieux, elle tend, en réalité, à déstabiliser et décrédibiliser un futur concurrent ; que pour soutenir que cette pratique revêt un caractère anticoncurrentiel, elle invoque une décision de la Commission européenne IV 35.268 du 21 mai 1996 ITT Promedia NV/Belgacom ;

Considérant que dans cette décision, la Commission européenne admet qu'une action en justice puisse être constitutive d'un abus de position dominante, mais à deux conditions cumulatives : « *le fait d'intenter une action en justice, expres-*

sion du droit fondamental d'accès au juge, ne peut être qualifié d'abus, sauf si une entreprise en position dominante intente des actions en justice (i) qui ne peuvent pas être raisonnablement considérées comme visant à faire valoir ses droits et ne peuvent dès lors servir qu'à harceler l'opposant, et (ii) qui sont conçues dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer la concurrence» (point 11 de la décision) ;

Considérant que dans sa décision T-111/96 du 17 juillet 1998 ITT Promedia NV/Comm. CE, le tribunal de première instance des communautés européennes a validé cette analyse : *«(...) il importe de souligner, comme l'a fait à juste titre la Commission, que le fait de pouvoir faire valoir ses droits par voie juridictionnelle et le contrôle juridictionnel qu'il implique est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été également été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (...) L'accès au juge étant un droit fondamental et un principe général garantissant le respect du droit, ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que le fait d'intenter une action en justice est susceptible de constituer un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité. Ensuite, il convient de relever que, constituant une exception au principe général d'accès au juge, garantissant le respect du droit, les deux critères cumulatifs doivent être interprétés et appliqués restrictivement, de manière à ne pas tenir en échec l'application du principe général (...)»* (points 60 et 61 de la décision) ;

Considérant que le Conseil de la concurrence a adopté une analyse analogue fondée sur l'exigence des deux mêmes conditions cumulatives, dans ses décisions n° 99-D-77 du 7 décembre 1999 et n° 00-D-24 du 10 mai 2000 ; que la Cour de cassation dans un arrêt de la chambre commerciale n° 1675 en date du 9 octobre 2001, a rappelé que l'abus de droit suppose l'intention de nuire ;

Considérant qu'il est constant, en l'espèce, que la société Spinevision a été fondée en 1999 par un ancien salarié de Medtronic, M. Gérard Vanacker, et compte parmi ses inventeurs trois anciens chercheurs ou techniciens de cette même société, M. Bette, M. Petit et Mme Cazin, ces deux derniers ayant quitté la Sofamor respectivement en juin 1999 et en janvier 2000 ; que les deux sociétés interviennent dans le même domaine ; que le produit développé par Spinevision constitue, selon cette dernière, une amélioration du produit de Medtronic ; que la Sofamor prétend qu'il résulte de documents issus de ses laboratoires que ses anciens salariés effectuaient pour son compte des travaux directement en relation avec les brevets déposés par Spinevision et que deux de ces salariés, MM. Petit et Bette, étaient tenus par une clause de confidentialité à son égard ; que la réalité de cet engagement de confidentialité est établie en ce qui concerne M. Petit ;

Considérant que la circonstance, soulignée par la société Spinevision, que la société Sofamor se borne, dans le cadre de la procédure pendante devant le tribunal de commerce à demander des dommages et intérêts *«et non pas l'arrêt des pratiques incriminées»*, n'est pas révélatrice du caractère abusif de l'action engagée, dès lors que l'action en concurrence déloyale, fondée sur les articles 1382 et suivants du code civil, tend couramment à l'obtention d'une indemnité censée venir réparer le préjudice invoqué ;

Considérant que ne paraît pas davantage révélateur du caractère abusif de l'assignation le fait que la société Sofamor se soit abstenue de contester les brevets déposés par la société Spinevision, les deux actions ayant des fondements différents ; que la société Sofamor fait valoir que son action en concurrence déloyale est fondée sur une usurpation de son savoir faire, le débauchage de ses salariés et le détournement de sa clientèle ;

Considérant, en conséquence, qu'il ne ressort pas du dossier que l'action en justice engagée par la société Sofamor contre la société Spinevision ne vise manifestement pas à faire valoir ce que Medtronic (Sofamor) considère comme un droit dont elle est titulaire ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la saisine ne comporte pas d'éléments suffisamment probants permettant de penser que des pratiques qui auraient pour objet ou pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence au sens des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce seraient commises par les entreprises mises en cause ; qu'en application des dispositions de l'article L. 462-8 du même code, il y a lieu de rejeter la saisine au fond et, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires.

Décide

Article 1^{er} : La saisine au fond enregistrée sous le numéro 02/0018/F est rejetée.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0019/M est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Douillet, par Mme Pasturel, vice-présidente, Mme Perrot, M. Gauron, M. Piot et M. Ripotot, membres.

Le secrétaire de séance
Thierry Poncelet

La vice-présidente, présidant la séance,
Micheline Pasturel

Décisions / 02-D-35

241

02-D-36

Décision n° 02-D-36 du 14 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 27 novembre 1997 sous le numéro F 991, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement des dispositions de l'article 11 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 (devenue l'article L. 462-5 du code de commerce), d'un dossier relatif à des pratiques concertées dans le secteur de la distribution de lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par les sociétés Bourdeau, Nagabbo, Optique Chavril, Europtic, Optique Chavet, Optique Poignant, Optique Ducret, Idéal Optique, Francheville Optique, CG Optique, Les Opticiens Economes, Optique Gimet, Trousesey, Razy, Optique 73, Optique Torrilhon, Optique Saint-Priest, Optique 54, Debauge, Grand Optical, Mollière Optique, DTS Optique, Lefebvre, P. Sanders, Debourg Optique, Les frères Lissac, La Grande Pharmacie Lyonnaise, L'Amy France, O.D.L.M., Airess Distribution, Sporoptic Pouilloux, Bausch & Lomb, Luxottica, Gala Prestige de Paris, Berthet-Bondet, Cristal Optique, Optique médicale Girod, Christian Grenier, ainsi que par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, Le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés Cristal optique, Nagabbo, Bourdeau, Optique Chavril, Europtic, Grenier, Optique moderne Claude Moch, Gimet, Optique Régence, Cerf Optique, Haras (P. Sanders), Poignant, O. Lefebvre, Trousesey, Chavet, Torrilhon, Ducret, Razy, Optique 73, Provansal, Thivend, Debauge, Optique Saint-Priest, Optique 54, Optique du Grand Large, Eyes Cube, Baush & Lomb France, L'Amy France, Optique médicale D. Girod, Gala Prestige de Paris, Idéal Optique, Sporoptic Pouilloux, O.D.L.M., Grand Optical, Francheville Optique, Debourg Optique, entendus lors de la séance du 29 janvier 2002, les sociétés Optique Guigues, les Opticiens Economes (L.O.E.), la Grande Pharmacie Lyonnaise, Visions et Regards, Réal Optique, Anciens Etablissements J. Peter, Cynthia («*Optique Galimard*»), DTS Optique, Optique du Serpent, Vermeersch, Contact Optique, Berthet-Bondet, Airess Distribution ayant été régulièrement convoquées ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés.

I. - Constatations

■ A. - Le secteur concerné

1. - La lunetterie

Il existe, au stade de la production, deux activités distinctes et complémentaires :

- l'activité de fabrication des verres et lentilles de contact d'un côté ;
- l'activité de fabrication des montures et des lunettes solaires et de protection de l'autre.

Les pratiques en cause dans cette affaire concernent principalement les montures de lunettes et les lunettes solaires ; seules les données sur cette activité que les professionnels désignent sous le nom de «*lunetterie*» sont détaillées ci-dessous.

La lunetterie en France est concentrée principalement sur deux pôles régionaux : Morez dans le Jura et Oyonnax dans l'Ain. Ces deux régions réalisent près des trois quarts de la production nationale.

La lunetterie emploie environ 4 700 personnes et représente un chiffre d'affaires de 2,365 milliards de F. en 1995, dont la moitié environ à l'exportation (1 104 millions de francs). Les importations, quant à elles, atteignent 629,9 millions de francs en 1996. L'évolution du chiffre d'affaires en France, en volume et en valeur, est précisée ci-dessous :

CA France et nombre de pièces vendues	1993	1994	1995	1996 (1 ^{er} semestre)
Montures				
- en KF	811 168	692 914	730 066	421 016
- en nombre	5 465	5 451	5 636	3 241
- prix moyen en F	148	127	129	130
Lunettes solaires				
- en KF	229 367	223 795	255 208	154 337
- nombre de pièces	3 712	3 883	4 500	2 770
- prix moyen	62	58	57	56

Il convient de signaler l'existence de marques dites «*haut de gamme*», correspondant essentiellement aux griffes des grands parfumeurs, couturiers, bijoutiers ou des marques ayant percé dans le domaine sportif (Carrera, Elce, par exemple, pour les lunettes pour skieurs).

Ce segment de marché, qui généralement fait l'objet d'une distribution sélective, peut être approché en s'appuyant sur un article paru dans la revue «*Vente Optique*» de novembre/décembre 1995 intitulé : «*Les lunettes haut de gamme, un marché de spécialiste*». Son auteur écrit notamment : «*Bien qu'il*

ne représente qu'un faible pourcentage des ventes de montures en France, le marché des lunettes haut de gamme propose une offre importante en volume. Fabricants et distributeurs l'envisagent dorénavant comme un marché d'avenir parce qu'il devrait encore progresser tant en matière de technologie que de parts de marché».

Selon les chiffres de la SOFRES repris par cet article, les lunettes griffées de 1 000 F et plus ne représenteraient que 12 % du marché, mais les firmes occupant une position de leader sur ce créneau estiment cette part à près de 30 %.

La société Jullien, qui est spécialisée dans le très haut de gamme, considère que la part de ce segment du marché est de 15 % environ.

Les éléments précédents montrent que ce segment des lunettes haut de gamme, s'il existe et continue de se développer, est difficile à évaluer, du fait de l'imprécision de sa définition. Par ailleurs, le consommateur a toujours la faculté de choisir entre un produit de marque «griffé» et un produit de moyenne gamme, produit parfois par le même fabricant. Il n'existe pas de séparation étanche entre les deux marchés, d'autant que l'opticien détaillant propose, en général, une gamme de produits assez large quant aux prix.

La société L'Amy France revendique la position de numéro 1 de la lunetterie, avec environ 10 % du marché en volume et plus de 15 % en chiffre d'affaires (voir l'article paru dans la revue professionnelle «*Vente optique*» novembre-décembre 1995 intitulé : Jean-Jacques Lugbull, dg de L'Amy «*Rester numéro 1*»). Par ailleurs, selon la même source, «*les lunettes L'Amy sont n° 1 sur le marché généraliste, Lacoste est la première des griffes en France, Nina Ricci est la première griffe féminine sur le marché et Cheignon est leader sur le créneau des 15-25 ans*» (toutes ces marques sont commercialisées par L'Amy).

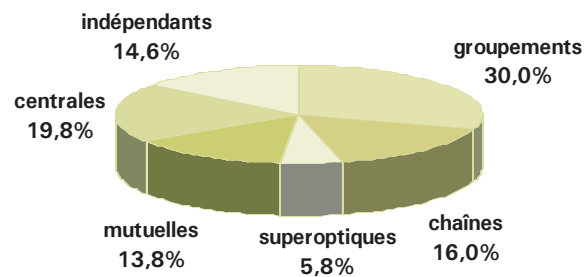
2. - Données générales sur la distribution de lunettes en France

a) Un nombre élevé de points de vente

En 1995, il y avait 6 700 magasins d'optique médicale recensés en France pour un chiffre d'affaires estimé à 17,4 milliards (cote 1424 du rapport).

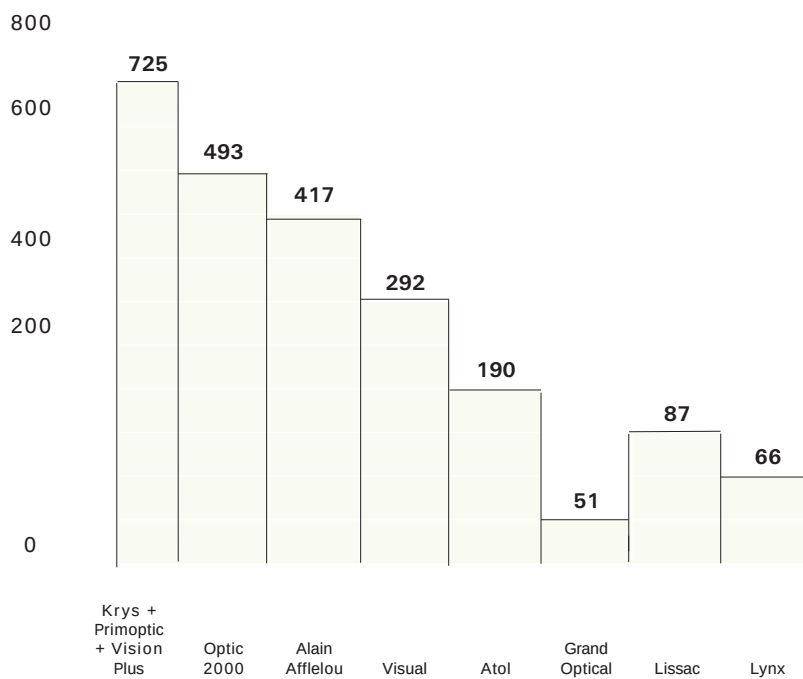
La distribution est donc très atomisée pour répondre au caractère local de la demande. Les opticiens ont néanmoins regroupé leur potentiel d'achats dans de puissants groupements. La répartition du marché par circuit de distribution est reprise au graphique ci-dessous, d'où il apparaît que les magasins traditionnels totalement indépendants ne représentent plus que 14,6 % en 1995.

Parts de marché des circuits en 1995 (en C.A.)



b) Une distribution très organisée

Les chaînes de distribution, succursalistes, franchises et groupements totalisent 2 843 points de vente, mais 66 % du chiffre d'affaires du secteur. Les principales enseignes figurent au graphique ci-après, en nombre de points de vente.



Répartition des enseignes en nombre de points de vente (au 1/10/1995)

c) Les caractéristiques de la distribution des produits d'optique

Seules les personnes titulaires d'un brevet professionnel ou d'un brevet de technicien supérieur en optique-lunetterie peuvent exercer la profession d'opticien-lunetier et distribuer des produits d'optique médicale.

Les opticiens ont une grande influence sur le choix des consommateurs pour plusieurs raisons :

- leur fonction se situe dans le secteur paramédical,
- des choix techniques peuvent intervenir au moment de l'adaptation des verres à la monture,
- l'éventail de l'offre proposée au consommateur est très large,
- les prix ne sont pas déterminables sans l'aide de l'opticien.

La distribution de lunettes de correction de la vue comporte une prestation de services déterminante, puisque l'opticien exécute une prescription médicale et assure le montage des verres. Cette compétence technique valorise également son rôle de conseil quant au choix de la nature des verres et des montures. Par ailleurs, le client est particulièrement sensible au service après-vente sur un matériel médical indispensable à sa vie quotidienne, appelé à durer et à être périodiquement ajusté ou réparé. En moyenne, le taux de renouvellement est de 3 ans pour les femmes et de 4 ans pour les hommes.

Ces particularités conduisent les consommateurs à acheter leurs lunettes correctrices, soit près de leur domicile, soit près du lieu où ils font régulièrement leurs achats (galeries marchandes), soit près de leur lieu de travail.

Concernant l'achat de lunettes solaires, le service apporté par l'opticien est secondaire, ce qui explique que les ventes de lunettes solaires par la grande distribution occupent une place très importante. La part des ventes de lunettes solaires par les opticiens demeure marginale (4 % de leur activité contre 86 % pour les lunettes d'optique). Autre différence significative, l'acquisition de lunettes solaires peut correspondre à un achat d'impulsion, avec un impact plus important de la notion de marque et de mode.

Il apparaît ainsi que la distribution de lunettes d'optique intègre un service de proximité important.

Les marges dans le secteur sont élevées : dans l'optique médicale, le prix de vente des montures est déterminé par application d'un multiplicateur auquel s'ajoute un forfait relatif au montage. Au total, les coefficients multiplicateurs les plus couramment appliqués se situent entre 2,6 et 2,8.

Il en est de même pour la détermination du prix de vente des verres. Les coefficients varient de 2,15 à 3 suivant que le prix d'achat est plus ou moins élevé, avec une complexité plus grande au niveau du forfait montage, compte tenu du nombre plus important de catégories de verres et de correction visuelle.

Le forfait de montage appliqué sur le prix des verres, mais aussi sur celui des montures, a un effet important sur le niveau global du coefficient multiplicateur appliqué au prix d'achat.

La plupart des chaînes intervenant sur ce marché pratiquent de façon ponctuelle ou quasi permanente des politiques de remises plus ou moins importantes.

Ainsi, par exemple, les adhérents à l'enseigne Krys distribuent une carte d'achat par l'intermédiaire des comités d'entreprises, qui donne droit au porteur de celle-ci et aux membres de sa famille à 20 % de réduction sur les montures, 10 % sur les lunettes de soleil.

Une pratique similaire est observée chez les adhérents aux enseignes Atol et Visual. Atol distribue une carte «*privilège*» offrant à ses détenteurs une remise de 20 % sur les montures et les verres correcteurs. De même, les magasins appartenant à la chaîne Visual distribuent des cartes «*comités d'entreprise*» qui permettent d'obtenir des remises de 20 % sur les montures et de 10 % sur les verres, tout en accordant ponctuellement des remises à taux variable, mais ne dépassant pas les taux précédents, aux particuliers.

Les opticiens adhérents à la chaîne Optic 2000 ont lancé en mai 1997 une campagne promotionnelle octroyant pour tout achat d'une paire de lunettes d'optique à verre progressif, une 2^{ème} paire offerte.

Les magasins Grand Optical commercialisent, pour leur part, une carte «*Grand'Avantage*» qui offre une garantie totale pendant 3 ans et une remise de 10 % sur tous les achats au-delà du premier achat de lunettes correctrices.

Il apparaît ainsi que les politiques de remises sont présentes dans pratiquement toutes les enseignes.

3. - La distribution de produits d'optique médicale à Lyon

Cette affaire concerne le territoire de la Communauté Urbaine de Lyon qui regroupe 55 communes, soit une population de 1,3 millions d'habitants environ.

D'après la brochure qui recense par département le nombre de magasins d'optique, confirmée par la déclaration du directeur commercial de la société Berthet Bondet, il y a 92 magasins d'optique sur les villes de Lyon et Villeurbanne. L'élargissement du recensement à l'ensemble des 55 communes situées sur le territoire de la Communauté Urbaine de Lyon (Courly) permet de comptabiliser environ 170 points de vente.

Il ressort du dossier que 40 opticiens implantés sur ces communes ont participé aux pratiques qui seront décrites ci-dessous, soit 57 magasins.

4. - La puissance parallèle de la société Grand Optical et de son groupe GPS

La société Grand Optical, qui est également mise en cause dans cette affaire, regroupe 58 magasins en France et a réalisé un chiffre d'affaires TTC de 872 millions de francs en 2000. A Lyon, elle possède 2 magasins réalisant chacun environ 15 millions de francs de chiffre d'affaires. Quant au groupe, il contrôle également la société Générale d'Optique dont les ventes, avec 52 magasins, s'élèvent à 354 millions de francs TTC.

■ B. - Les pratiques relevées

1. - Les pratiques concertées des opticiens de l'agglomération lyonnaise à la suite de l'ouverture d'un magasin «*Optical Center*» en centre ville

a) L'ouverture d'un magasin à l'enseigne «*Optical Center*» fin septembre 1996 à Lyon

Fin septembre 1996, s'est ouvert, 4 rue de la Bourse à Lyon (1^{er}), en plein cœur de la ville, un magasin d'optique à l'enseigne «*Optical Center*».

Ce magasin appartient à la société Eyes Cube, dont le siège social est situé 72 rue Nationale à Lille (59000). Cette société exploitait à l'époque 8 autres magasins en France situés à Angers, Bordeaux, Boulogne, Puteaux (CNIT La Défense), Lille, Nantes, Neuilly, Versailles.

Le nouveau magasin a lancé, à la même époque, une campagne publicitaire en direction des consommateurs ; cette campagne incluait notamment la distribution dans les boîtes aux lettres d'une lettre accompagnée d'une «*carte d'achat familiale*» offrant à ses détenteurs, sur présentation à l'opticien, les réductions de prix suivantes :

- 40 % sur les montures optiques
- 40 % sur les verres optiques
- 20 % sur les lunettes de soleil (sauf Ray Ban)
- 20 % sur les lentilles de contact et les produits d'entretien pour lentilles de contact

Cette carte mentionnait également que «*pour un produit identique, si vous trouvez moins cher, Optical Center s'engage à vous rembourser la différence*».

La publicité d'Optical Center indiquait que ces remises étaient applicables sur un choix de plus de 3 000 montures, sur tous les verres optiques, toutes les lentilles et tous les produits d'entretien, les lunettes solaires (sauf Ray Ban) et que le magasin était «*dépositaire des marques les plus prestigieuses*». D'autre part, plusieurs prix indicatifs étaient donnés sous la forme suivante :

- les basics : moins de 300 F
- les classiques : de 300 à 600 F
- les grandes marques : à partir de 600 F
- le forfait vision de loin ou de près : 395 F
- le forfait progressif : 995 F

(les forfaits comprenant : une monture, 2 verres, un étui rigide).

A aucun moment, la lettre publicitaire et la carte familiale ne faisaient mention nominativement des marques de verres ou de montures faisant l'objet de remises.

Cependant, en vitrine et sur la porte du magasin, un certain nombres de marques prestigieuses étaient affichées à l'ouverture du magasin, mais

sans indication de remise, selon ce qu'a déclaré Mlle Laurence Pepin, responsable du magasin le 3 avril 1997 (cotes 1445-1446) : *«Je crois me souvenir que figuraient sur la vitrine de la porte les marques suivantes : Chevignon, Kenzo, Silhouette, Yves Saint-Laurent, Moschino, Air Force, Persol, Elce, Valentino, Vogue, Ushuaia. J'ai un doute quant à la présence des marques Armani et Façonnable.»*

Par ailleurs, le magasin offrait à ses clients une *«chiffonnette»* (cote 1451) comportant, outre ses propres références, l'indication des marques suivantes : Essilor, Lacoste, Ray-Ban, Façonnable, Lafont, Vuarnet, Giorgio Armani, Henri Jullien, Persol, Boss, Fred, Guy Collin, Yves Saint-Laurent, Nina Ricci, Christian Dior, Silhouette, Kenzo, Frédéric Beausoleil, Vogue.

Cette campagne publicitaire a suscité de vives réactions de la part des opticiens en place.

b) Les réunions entre les opticiens lyonnais et les contacts avec leurs fournisseurs

La réunion du 8 octobre 1996

Cette réunion a eu lieu le 8 octobre 1996 à la brasserie Paulaner, Place Bellecour à Lyon (2^{ème}). Elle a réuni 40 à 50 participants, tous opticiens professionnels établis sur l'agglomération lyonnaise, ainsi qu'il ressort des déclarations de plusieurs de ceux-ci (cf. cote 14, déclaration de M. Naggabo, *«une quarantaine d'opticiens de l'agglomération lyonnaise»* ; cote 55, déclaration de M. Pierre Bourdeau, *«autour de 45 participants»* ; cote 358, déclaration de M. Chevallier, *«une cinquantaine de participants»*, etc.).

Un dossier avait été préparé préalablement à la réunion et était disponible sur une table lors de celle-ci. Il comprenait la publicité diffusée par Optical Center, un devis établi par cet opticien, la liste des marques exposées en vitrine, une lettre type comportant deux formulations destinée à être envoyée aux fournisseurs dont les marques figurent sur cette liste (voir cotes 100 à 105).

Le devis établi le 3 octobre 1996 fait apparaître des remises de 40 % aussi bien sur les verres que sur les montures dans trois variantes. La *«liste des marques Optical Center»* comprend 26 marques, un (v) précisant celles qui se trouvent en vitrine. Une note signale que *«Benetton ne figure plus sur la porte d'entrée du magasin à ce jour. Le représentant a fait le nécessaire en fin de semaine dernière, pas de lunettes de cette marque dans le magasin lors de sa visite, à suivre»*. D'après M. Bourdeau (cf. *infra*), cette liste a été établie par une opticienne et le représentant d'une marque (cote 56).

Les deux formulations laissées au choix des opticiens sont les suivantes :

«1^{er}) Au vu des nouvelles options que vous semblez prendre sur Lyon, j'ai le regret de vous informer que je suis dans l'obligation de suspendre la promotion de vos marques X et Y, et, ce, dans le seul et unique but de préserver l'image et la réputation de mon magasin»

«2^o) Nous sommes très surpris des choix commerciaux que vous semblez faire sur Lyon actuellement. Vous comprendrez aisément qu'afin de préserver l'image et la réputation de notre magasin, nous nous devons de prendre du recul par rapport aux produits concernés.»

Les organisateurs de cette réunion étaient, selon la déclaration de M^{me} Evelyne Brethes, présidente de la société «*Contact Optique*» (cote 6) : «*M. Bourdeau (Bourdeau Optique), la responsable d'Europtic, l'associé de Naggabo (M. Guillemain) rue Emile Zola à Lyon ainsi que M. Guigues à Sainte-Foy-les-Lyon*»

M. André Guigues, responsable du magasin «*Optique Chavril*», 10 Place Saint Luc, 69110 Sainte Foy les Lyon, confirme totalement cette déclaration : «*Le magasin Optical Center a ouvert rue de la Bourse à Lyon aux environs du début du mois d'octobre 1996. Suite à un coup de fil de M. Bourdeau, je suis allé à une réunion de réflexion, où nous étions 4 (M. Bourdeau, moi-même, le représentant Naggabo et Europtic). Nous avons parlé de la pratique du magasin Optical Center qui consiste à proposer des remises de 40 % sur devis. Nous avons décidé de contacter d'autres confrères afin d'entrevoir une démarche à suivre.*» (cote 92). Par ailleurs, M. Guigues indique (cote 96) que les deux options de la lettre type «*nous ont été proposées lors de la réunion par Naggabo*».

M. Pierre Bourdeau, responsable des achats du magasin «*Optique lunetterie Bourdeau*», 55 rue de la charité 69002 Lyon, reconnaît également son rôle dans l'organisation de la réunion du 8 octobre : «*Concernant la 1^{ère} réunion du 8 octobre 1996, 5 à 6 personnes ont pris l'initiative de l'organiser, dont moi-même. Au début, il était prévu de réunir une dizaine d'opticiens de la presque île lyonnaise pour aborder la politique commerciale d'Optical Center installé depuis fin septembre rue de la Bourse Lyon 1^{re}. L'information s'est diffusée de bouche à oreille et par l'intermédiaire des représentants des fabricants ; nous nous sommes retrouvés autour de 45 participants...*» (cote 55).

M. Thierry Guillermin, gérant technique et administrateur de la société anonyme «*Naggabo*», 13 rue Emile Zola, 69002 Lyon, déclare : «*J'ai participé à l'élaboration de ces formules (celles de la lettre type) qui ont été mises au point avant la réunion. Si j'ai pu apparaître comme étant un des intervenants importants à cette réunion, c'est parce que mon magasin est plus touché par l'arrivée d'Optical Center, du fait de son implantation, et que le magasin Naggabo est en vue sur le centre de Lyon.*» (cote 19).

Enfin M^{me} Martine Patris, présidente de la société anonyme «*Europtic*», 104 rue du Président Herriot, 69002 Lyon, a déclaré : «*J'ai reçu en septembre dans la boîte aux lettres d'Europtic un prospectus publicitaire annonçant des remises sur des lunettes de marque pratiquées par le magasin Optical Center rue de la Bourse 69002 Lyon. Je me suis présentée en ma qualité d'opticienne pour constater les marques et les prix pratiqués chez Optical Center. J'ai fait part de ma surprise auprès du responsable d'Optical Center sur le niveau des remises pratiquées. Le dossier dont vous me remettez une copie (constitué de la publicité d'Optical Center et de la liste des marques référencées chez Optical Center) a été réalisé par mes soins. J'ai demandé à un ami de faire réaliser un devis auprès d'Optical Center. Ce n'est pas le devis qui figure dans le dossier. Je ne peux vous indiquer qui a fait rédiger le devis du dossier. La liste des marques a été établie par l'ensemble des opticiens ayant visité le magasin Optical Center. Je ne peux vous indiquer les opticiens ayant dressé cette liste.*» (cote 132).

L'objet de cette réunion était d'organiser de façon concertée une pression sur les fournisseurs présents dans le magasin Optical Center afin de les inciter à renoncer à livrer ce point de vente ; plusieurs opticiens ayant participé à cette réunion emploient le mot «*boycott*», dans leurs déclarations.

C'est ainsi que M^{me} Evelyne Brethes, présidente de la société «*Contact Optique*», déclare : *«Je précise que j'ai été invitée par la responsable d'Europtic M^{me} Patris, rue Edouard Herriot 69002 Lyon, à participer à cette réunion pour boycotter toutes les marques référencées chez Optical Center. Nous avons été invités à informer ces fournisseurs que s'ils continuaient à approvisionner Optical Center, nous leur retournerions leurs produits référencés dans nos établissements. A l'issue de la réunion, un vote à main levée a eu lieu afin de décider de suivre cette action à l'encontre d'Optical Center. La quasi totalité des participants ont voté pour se prononcer en faveur du boycott des grandes marques référencées chez Optical Center. Je précise que je n'ai pas voté en faveur de cette pratique.»* (cotes 5 et 6).

De même, M. Claude Rosen, fondé de pouvoir de la S.A.R.L. «*Cristal Optique*», 76, rue Edouard Herriot 69002 Lyon, décrit ainsi le déroulement de la réunion : *«Il y a deux semaines, les opticiens (une trentaine) de Lyon dont moi-même sommes réunis dans un café, afin de nous informer et nous concerter sur les prix pratiqués par Optical Center, nous avons décidé d'informer les fournisseurs référencés chez Optical Center des réductions de prix pratiqués par Optical Center. Nous avons décidé de choisir deux formules à adresser à nos fournisseurs afin de les boycotter s'ils continuaient à approvisionner Optical Center.»* (cotes 2 et 3).

M. Christian Chevallier, gérant de la S.A.R.L. «*Brunaud-Chevallier*», 12, rue de la Barre, 69002 Lyon, déclare : *«Nous estimons qu'une remise de 40 % est dangereuse pour la pérennité d'une entreprise. C'est pour cela que mes collègues et moi-même avons participé le 8 octobre 1996 à la Brasserie Paulaner à une réunion pour évoquer le problème d'Optical Center. Pour ma part nous avons été convoqué par M^{me} Patris exploitante d'un magasin d'optique rue Edouard Herriot à Lyon. Nous étions une cinquantaine de participants à cette réunion au cours de laquelle M. Bourdeau a pris la parole, ainsi que M^{me} Patris et d'autres opticiens dont je ne connais les noms. Nous avons évoqué diverses mesures à prendre éventuellement vis à vis de nos fournisseurs, dont le boycott. Au cours de cette réunion du 8/10/96 nous a été remis un dossier concernant Optical Center comportant un devis, une liste de marques et une page de publicité.»* (cotes 358-359). Au passage, M. Chevallier souligne le rôle moteur joué par M. Bourdeau et M^{me} Patris dans l'animation de la réunion¹.

M. Yves Brossard, gérant de la S.A.R.L. «*Optique des Charpennes*» précise (cote 369) : *«Un vote a eu lieu lors de cette réunion pour évaluer la part des présents susceptibles d'entreprendre une action dans ce domaine, à savoir faire pression sur les fournisseurs de ce magasin (....) Le vote a été effectué à main levée.»*

Il convient enfin de noter que certains opticiens absents de cette réunion ont néanmoins obtenu un ou plusieurs documents qui y avaient été diffusés. C'est ainsi que M. Thierry Caillat, président de la S.A. «*Idéal Optique*», 22, rue de Bonnel 69003 Lyon, déclare : *«Je n'ai pas participé à la réunion*

du 8 octobre 1996, cependant j'étais informé de la tenue de cette réunion (...). J'ai eu connaissance de la lettre type mise à disposition des opticiens et dont un exemplaire figure dans la copie du dossier que vous m'avez remis.» (cotes 232-233).

M. Kalfoun, gérant de la S.A.R.L. «*Debourg Optique*» n'a pas été informé de la réunion du 8 octobre 1996, mais a eu «*communication d'un devis établi par Optical Center par un confrère ou un représentant.*» (cote 383).

Les contacts entre les opticiens lyonnais et leurs fournisseurs à l'occasion du SILMO

Les opticiens lyonnais ont mis à profit le Salon international de la lunetterie, de l'optique oculaire et du matériel pour opticiens (SILMO) qui se tenait à Paris du 25 au 28 octobre 1996 pour rencontrer leurs fournisseurs et faire pression sur eux à propos de l'ouverture du magasin «*Optical Center*» de Lyon.

M. Pierre Bourdeau, responsable des achats du magasin «*Optique lunetterie Bourdeau*», déclare ainsi : «*A ce salon étaient présents tous les fournisseurs et les opticiens lyonnais ont pu les rencontrer individuellement. Moi-même, j'ai rencontré avec M. Guigues opticien à Sainte-Foy-lès-Lyon les responsables de Luxottica, M. Fabianne², directeur Luxottica France et M. Duranton, subsidiary manager, ainsi que M. Bouzendorfer, représentant de la marque Armani, M. Bento, représentant de la marque Luxottica, M. Guignet, représentant la marque Sphiroflex. M. Fabianne au cours de cet entretien nous a précisé que son représentant n'aurait pas dû nouer des relations commerciales avec Optical Center et a demandé à M. Bouzendorfer représentant de retirer les produits Armani du magasin Optical Center. Mais d'après moi, cette demande n'a pas été suivie d'effet. Pour ce qui concerne la société Airess, tout le monde a rencontré a priori M. Xavier Terle, manager des ventes chez Airess et M. Alain Geoffroy, représentant Kenzo. M. Terle a précisé qu'il n'avait pas de raisons de modifier sa politique commerciale avec Optical Center.*» (cotes 57 à 59).

De son côté, M. Gilles Bourdeau, gérant de la S.A.R.L. «*Optique lunetterie Bourdeau*», déclare : «*J'avais rencontré au SILMO M. Tarte, directeur des ventes l'Amy-Lacoste, qui m'avait tenu les mêmes propos que M. de Thoisy³ et pris les mêmes décisions (retrait des produits Lacoste de chez Optical Center)*» (cote 60-61).

M. Guigues, responsable du magasin «*Optique Chavril*», précise de son côté : «*La réaction de Luxottica a été de me téléphoner afin que je les rencontre au salon SILMO à Paris, en octobre 96, où j'ai rencontré avec M. Naggabo et mon fils, M. Fiaban⁴, directeur général de Luxottica. Ils ont demandé à leur représentant (M. Bouzendorfer) d'aller retirer les montures de ce magasin (Armani) Optical Center. Sans couverture de sa direction, et sur conseil de son avocat, M. Bouzendorfer n'a pas obtempéré aux consignes qui lui avaient été données.*» (cote 93).

Ainsi il est établi que trois des organisateurs de la réunion du 8 octobre 1996 (MM. Bourdeau, Guigues, Naggabo) ont rencontré, séparément ou collectivement, à l'occasion du SILMO, quelques-uns des fournisseurs (Luxottica, Airess, L'Amy) qui avaient été pris pour cible lors de cette réunion. Ils ont

clairement fait pression sur eux afin qu'ils cessent d'approvisionner le magasin Optical Center. Luxottica aurait pris des engagements qui n'auraient ensuite pas été tenus. L'Amy, au contraire, aurait effectivement retiré ses produits de chez Optical Center, tandis qu'Airess aurait opposé une fin de non recevoir.

Les réunions des 5 novembre 1996 et 7 janvier 1997

Une deuxième réunion a eu lieu le 5 novembre 1996 au café Bellecour. Selon M. Pierre Bourdeau (cote 57) : *«Elle a regroupé environ 60 participants pas nécessairement les mêmes que ceux présents à la première réunion (25 % de nouveaux). L'objet de la réunion était de faire le point sur le nombre de lettres envoyées aux fournisseurs et les réactions de ces derniers. Au cours de cette réunion, une liste de présents a été établie, mais je n'en ai pas d'exemplaire.»*

M^{me} Wurm, présidente de la S.A. «Bellecour Optique», de son côté, indique : *«J'ai participé également à la réunion du 5/11/96 au café Bellecour, nous étions 54 participants, une liste a été établie à l'entrée. Au cours de cette réunion, nous avons fait un point des actions entreprises auprès des fournisseurs et nous avons appris qu'au salon des opticiens qui a eu lieu à Paris certains fournisseurs avaient fait comprendre que ces mesures de rétorsion leur importaient peu. Nous avons également appris que seulement une vingtaine de lettres avaient été envoyées.»* (cotes 364-365).

Enfin, M. Christian Chevallier, gérant de la SARL «Brunaud-Chevallier», déclare : *«Une seconde réunion a eu lieu le 5 novembre 1996 pour le même objet dans le café Bellecour à Lyon. J'ai été invité à cette réunion par M^{me} Patris. Au cours de cette réunion, il a été décidé de maintenir notre action, à savoir : pression auprès des fournisseurs concernés qui peut prendre la forme suivante : «si vous continuez de fournir ce magasin qui fait des remises de 40 %, nous ne ferons plus de commande chez vous en attendant une autre politique» « (cote 359). La volonté de boycott des fournisseurs restait donc à l'ordre du jour. En outre, M. Chevallier ajoute : «Une troisième réunion est prévue en janvier 1997» (cote 559).*

M. Jean Razy, gérant de la SARL «Optique 73» et président de la S.A. «Optique Razy», qui a été entendu le 28 janvier 1997, a déclaré aux enquêteurs : *«Je vous confirme qu'une troisième réunion a eu lieu le 7/01/97 au café Bellecour, elle avait également pour objet de faire le point sur ce dossier.»* (cote 1130). M. Alain Desjardins, directeur général de la S.A. «Saint Priest Optique» fait également allusion à une troisième réunion, à laquelle il n'aurait pas participé (cote 1348).

Des investigations plus poussées n'ont pu être faites sur cette réunion, la plupart des opticiens concernés par cette affaire ayant déjà été interrogés avant cette date. La déclaration de M. Patrick Bibas, responsable du magasin Optical Center, faite le 15 mai 1997 (*«Les pressions exercées par quelques opticiens lyonnais sur certains fournisseurs restent réelles et d'actualité»* cote 1454) montre en tout cas que les opticiens lyonnais persévéraient à cette date à vouloir influencer leurs fournisseurs.

Les courriers envoyés par les opticiens lyonnais à leurs fournisseurs

A la suite de la réunion du 8 octobre 1996 et conformément à la décision prise à l'issue de celle-ci, les opticiens présents ont écrit à leurs fournisseurs pour faire pression sur eux.

Il ressort des déclarations des opticiens concernés que 13 fournisseurs ont été destinataires de courriers, soit tous ceux dont les produits avaient été identifiés dans le magasin Optical Center et figuraient sur la liste mise à disposition lors de la réunion du 8/10/96. Ce sont : L'Amy (marques Chevignon, Lacoste, Nina Ricci) ; Luxottica (marques Yves Saint Laurent, Giorgio Armani, Emporio Armani, Vogue, Persol, Moschino, Genny, Valentino) ; Pouilloux (Vuarnet) ; Berthet-Bondet (Police) ; F. Pinton (François Pinton) ; Airess (Kenzo) ; O.D.L.M. (Façonnable, Majorette) ; Henry Jullien (H. Jullien) ; New Charmes (Silhouette) ; Lux de Morez (Fred) ; Louis Cabaud (Elcé) ; Arnette (Arnette) ; Simop (Simop, Ushuaia, Air Force). En outre, la société Gome Diffusion, dont les produits (Gomé, Jean Patou, Louis Féraud) ne figuraient pas sur la liste a reçu également quelques courriers.

Sur ces 14 fournisseurs, 6 ont été interrogés dans le cadre de l'enquête administrative. Ce sont : L'Amy, Luxottica, Airess, O.D.L.M., Jullien, Lux de Morez.

Les déclarations des fournisseurs

M. Pascal Tarte, directeur des ventes de la marque Lacoste au sein du groupe L'Amy France, a déclaré aux enquêteurs : *« J'ai été informé du problème posé par l'installation du magasin « Optical Center » à Lyon vis-à-vis des opticiens de la ville et des environs par le biais de ma représentante. Elle m'a signifié que les opticiens « grognaient » suite à la distribution importante de cartes publicitaires « garantissant les prix les plus bas » et des remises allant jusqu'à 40 % pour des montures et verres optiques. Elle avait entendu parler d'une réunion des opticiens. A partir du 10 octobre, j'ai reçu, de la part d'un certain nombre d'opticiens, des courriers m'avisant de la suspension de la distribution de nos marques. Je vous remets une copie de l'ensemble de ces courriers reçus par la société L'Amy France, soit 27 pièces. »* (cote 501).

En fait, les doubles fournis ne sont qu'au nombre de 26 (cotes 505 à 530). Toutefois, le nombre de courriers réellement reçus semble supérieur : en effet, on ne trouve pas, dans les copies fournies par M. Tarte, les courriers de MM. Bourdeau et Ginet, qui ont été remis aux enquêteurs par les intéressés (cote 70 pour Bourdeau ; cote 157 pour Ginet). En outre, M. Laurent Levy, président de la société « Eyes Cube », a déclaré le 21 novembre 1996 : *« J'ai appris par M. Tarte, directeur des ventes auprès de la société L'Amy (fournisseur des marques Lacoste, Nina Ricci, Chevignon) que sa société avait reçu 61 lettres d'opticiens lyonnais et environs ayant réagi contre la politique de remise pratiquée par mon magasin sur les grandes marques et ayant menacé de ne plus commercialiser les lunettes de marques dans leurs établissements si la société L'Amy continuait à approvisionner mon magasin. »* (cote 12).

M. Xavier Terle, directeur commercial France de la société Airess Distribution, interrogé le 26 novembre 1996, a déclaré (cote 561) :

«*Sur Lyon, suite à l'ouverture d'Optical Center, nous avons reçu plusieurs courriers émanant des opticiens de l'agglomération. Je vous en donne 4 en copie. Il est possible que mon assistant en détienne d'autres.*» Ces copies figurent au dossier sous les cotes 564 à 567. M. Terle a ultérieurement transmis 3 courriers supplémentaires (cotes 589 à 592).

M. M. Yves Gamby, directeur commercial et Francis Kessous, directeur général de la société O.D.L.M. ont déclaré, de leur côté, avoir reçu «*plusieurs courriers*» (cote 595). Ils ont remis aux enquêteurs les copies de 26 lettres reçues (cotes 606 à 631).

M. Jean-Claude Guillermoz, directeur général de la société Henry Jullien, a remis aux enquêteurs les copies de 28 courriers reçus d'opticiens lyonnais (cotes 659 à 685 et 689). Il a également remis copie de la réponse adressée par la société Jullien à M. Guigues, ce qui laisse présumer que ce dernier avait également écrit sur le même sujet (cote 693). Par ailleurs, une responsable de la société Henri Jullien, qui signe Marilyse, s'est livrée à un travail de comparaison des courriers reçus, qui fait apparaître (cotes 695 à 697) que les 3 courriers émanant de magasins à l'enseigne «*Idéal Optique*» de Francheville, Lyon 3^{ème} et Lyon 5^{ème} ont le même signataire et des enveloppes rédigées par la même personne (ces trois magasins sont effectivement la propriété de M. Thierry Caillat, qui, par ailleurs (cote 240 bis) admet avoir envoyé les mêmes lettres au nom de chacun de ces magasins).

La même personne relève que les lettres adressées par «*Optique Gimet*» et «*Optique du grand large*» sont des photocopies, et qu'«*il a été rajouté au stylo l'adresse de HJ, ce qui tend bien à prouver que nous ne sommes pas les seuls fournisseurs à recevoir cette lettre.*» (cote 696). Elle note enfin que : «*Concernant Optique médicale, c'est la même personne qui a rédigé l'enveloppe que celle des enveloppes pour Idéal Optique*». A défaut de pouvoir vérifier ce point, on peut constater que les textes des deux envois (cotes 673 et 677-679) sont rigoureusement identiques et que la même signature illisible est censée être celle de M. Thierry Caillat (de Lyon) et celle de M. Daniel Girod (d'Autun).

Selon M. Daniel Rémy, président de la société «*Lux de Morez*», celle-ci n'aurait reçu que 4 lettres d'opticiens lyonnais (cote 778). Les copies de ces lettres figurent au dossier sous les cotes 795 à 799.

Les responsables de la société «*Luxottica France*» ont remis aux enquêteurs les copies de 31 courriers reçus (cotes 865 à 959 avec la réponse standard adressée à chaque expéditeur). En outre, une réponse légèrement différente a été faite à 3 opticiens qui se sont manifestés par un appel téléphonique (M. Lévy, Contact Optique (cote 867) ; Lefebvre Optique (cote 890) ; M. Collin, Les Frères Lissac (cote 891)).

M. Michel Bellod, directeur commercial de la société Berthet-Bondet, a remis aux enquêteurs 11 copies de courriers reçus des opticiens lyonnais (cotes 1408 à 1418).

Les opticiens ayant envoyé des courriers

Au total, en comparant les déclarations des opticiens, dont certains ont eux-mêmes fourni des doubles des courriers envoyés et les copies recueillies auprès

des fournisseurs, il apparaît que 32 opticiens ont fait parvenir au moins un courrier à au moins un des fournisseurs visés en tant qu'ayant livré le magasin Optical Center ; ces courriers ont tous été envoyés entre le 9/10/96 et le 5/11/96, mais la grande majorité entre le 9/10/96 et le 14/10/96, dans les jours qui ont suivi immédiatement la réunion du 8/10/96 ; le plus souvent, ils recopient l'une des deux formules proposées aux participants à cette réunion, mais quelquefois ne font que s'inspirer de l'une de ces rédactions pour adopter une formulation plus personnelle et souvent plus explicite dans les mesures de représailles envisagées.

Les opticiens qui ont reconnu spontanément avoir adressé au moins un courrier sont au nombre de 28, soit 33 entreprises juridiquement distinctes : Cristal Optique (cote 003) ; Nagabbo S.A. (cote 20) ; Bourdeau (cote 59) ; Optique Chavril et S.A.R.L. Guigues (cote 93) ; Europtic (cote 132) ; Optique Ginet (cote 142) ; Idéal Optique (M. Thierry Caillat 3 sociétés différentes cote 233) ; Optique Moderne (cotes 310-311) ; Optique Gimet (cote 332 admet avoir adressé 2 fax à Jullien et L'Amy ; en réalité a écrit aussi à Luxottica, ODLM, Berthet-Bondet) ; Optique Galimard (cote 337) ; D.T.S. Optique (Stéfanini cote 345) ; Optique du Serpent (cote 352) ; Optique Poignant (cote 975) ; Troussery Optique (cotes 1047-1048) ; Optique Mollière (cote 1069) ; Optique Chavet (cote 1077) ; Optique Torrilhon (cote 1101) ; Optique Ducret (cote 1111) ; Optique Razy (2 sociétés dirigées par M. Jean Razy, cote 1129) ; La Grande Pharmacie Lyonnaise (cote 1146) ; Optique Provansal (cote 1183) ; Brotteaux Optique (cote 1310) ; Debauge S.A. (cote 1327) ; Saint Priest Optique et Optique 54 (M. Desjardins cote 1347) ; S.A. Optique du Grand Large (M. Marmet, cote 1354) ; Mathieu (cotes 1383-1384) ; Visions et Regards (cote 1390) ; Grand Optical (au niveau de la direction des approvisionnements, cote 1440).

D'autre part, certains opticiens interrogés ont déclaré ne pas avoir envoyé de courrier, mais des copies à leur en-tête figuraient parmi celles qui ont été remises aux enquêteurs par les fournisseurs. Il s'agit de : Christian Grenier (une copie remise par Luxottica cote 888) ; J. Peter (copie remise par Luxottica cote 898) ; S.A. Thivend (courriers à Luxottica, Jullien, ODLM, Lux de Morez, L'Amy, remis par ces différents fournisseurs).

En outre, le magasin Optique Médicale Daniel Girod, situé à Autun, a fait parvenir des lettres identiques, inspirées de la formule type 1, datées du 10 octobre 1996, à : Luxottica, ODLM, Jullien, L'Amy. Il justifie cet envoi, malgré son éloignement de Lyon, en écrivant en P.S. : *«Ma position est circonscrite par mon association sur plusieurs magasins de Lyon et sera appliquée sur Autun.»* (cote 904). Il n'a pas été interrogé dans le cadre de l'enquête administrative.

Par ailleurs, 3 opticiens ont admis avoir eu un contact téléphonique avec Luxottica, ces contacts étant attestés par les réponses que leur a faites ce fournisseur et dont il a remis les copies aux enquêteurs. Il s'agit de : Contact Optique, 76, rue Edouard Herriot 69002 Lyon (lettre de Luxottica cote 867) ; O. Lefebvre (Optic 2000), 63, Avenue Jean Jaurès 69007 Lyon (cote 890) et Les Frères Lissac, 37, rue de la République 69002 Lyon (cote 891).

Enfin, 2 opticiens ont admis avoir informé leurs fournisseurs de leur mécontentement par l'intermédiaire de leurs représentants. Ce sont : Debourg Optique (cote 385) ; P. Sanders (cote 487) ;

Les représailles effectivement entreprises par certains opticiens contre leurs fournisseurs

Outre l'envoi d'un courrier à certains fournisseurs, quelques opticiens ont mis leur menace à exécution et pris des mesures concrètes contre ceux-ci : annulation de commandes, retour de marchandises, retrait des produits de la vitrine ou du magasin, cessation de relations commerciales avec certaines entreprises et recherche de nouveaux fournisseurs.

• **Société Naggabo**

C'est ainsi que M. Guillermin, de la société Nagabbo, a déclaré : *«Pour la marque Fred, j'ai renvoyé une livraison qui survenait dans cette période. Pour la marque Saint-Laurent, j'ai suspendu, puis annulé une commande livrable en octobre-novembre. Par contre, pour le même fournisseur Luxottica, j'ai maintenu et reçu une commande pour la marque Web, pour laquelle la diffusion semble tout à fait respectée. Pour les autres fournisseurs concernés, je n'ai pas passé de commandes importantes, j'ai fait quelques réassortiments en fonction des besoins. Au niveau des magasins, les produits des marques concernées ne sont pas mis en vitrine. En ce qui concerne Lacoste et Nina Ricci, j'ai recommandé quelques pièces le 2/12/96 au salon «Solaires» de notre groupement d'achats, compte tenu des termes de la lettre transmise par L'Amy à Optical Center. J'ai également fait quelques réassortiments sur Persol et Armani, pour répondre à d'incontournables demandes de la clientèle. En ce qui concerne les fabricants de verres, j'ai simplement pris contact téléphoniquement avec le représentant d'Essilor, pour m'assurer qu'il ne s'agissait pas d'un fournisseur important d'Optical Center. La démarche que j'ai effectuée en destination des fournisseurs vaut pour les 3 magasins Nagabbo (rue Emile Zola, Cours Vitton et Caluire).»* (cotes 21-22).

M. Guillermin a remis aux enquêteurs les copies de 10 courriers identiques (cotes 25 à 34), tous datés du 10 octobre 1996 et signés par lui, qu'il a fait parvenir en recommandé avec accusé de réception aux fournisseurs suivants : Luxottica (marques Saint-Laurent, Armani, Persol) ; L'Amy (marques Nina Ricci, Chevignon, Lacoste) ; O.D.L.M. (marques Façonnable, Majorette) ; Aria Diffusion (Berthet-Bondet) (marque Police) ; Pouilloux (marque Vuarnet) ; François Pinton (marque François Pinton) ; Airess (marque Kenzo) ; Lux de Morez (marque Fred) ; Jullien (marque Jullien) ; New Charmes (marque Silhouette). Ces courriers reprennent tous la formulation type n° 1 qui figurait dans le document distribué lors de la réunion du 8 octobre 1996.

Le courrier destiné à Prestige de Paris (Lux de Morez) (cote 32) comporte en outre la mention suivante : *«Nous vous retournons d'ailleurs les montures que nous avons reçues récemment, ainsi que la P.L.V.»*. M. Guillermin a également remis un courrier du 13 novembre 1996, adressé à *«Prestige de Paris»*, dans lequel il écrit : *«Suite au problème de diffusion que nous avons actuellement sur Lyon (voir courrier du 10/10/96), nous sommes dans l'obligation de vous retourner vos produits, et ce dans l'attente d'une issue favorable. Nous n'avons à ce jour aucun élément concret nous permettant de penser que*

vous suivez avec intérêt notre démarche. Nous restons à votre disposition si vous souhaitez nous entretenir de la politique commerciale du groupe LOGO.»

Les copies de ces deux mêmes courriers ont été remises par la société Lux de Morez (cotes 798 et 800-801). Au courrier du 13 novembre 1996, est annexée une facture à en-tête «*Prestige de Paris*» pour un montant total de 8 202,01 F, sur laquelle une inscription manuscrite indique : «*Retour, suite à distribution douteuse sur Lyon*», ainsi qu'une autre mention manuscrite : «*+ un présentoir n° 6 1 chevalet 1 corde 1 lampe 1 roue*» (il s'agit très probablement du matériel de P.L.V. également retourné par Nagabbo). Enfin, une autre inscription manuscrite d'une écriture différente indique : «*OK pour avoir*».

Par contre, le fournisseur Luxottica n'a pas cité la maison Nagabbo parmi les opticiens qui lui ont retourné des marchandises à l'époque des faits.

Le fournisseur Berthet-Bondet, quant à lui, a produit un document (cote 1429), faisant apparaître que le chiffre d'affaires réalisé avec les deux magasins Nagabbo est devenu nul au cours du 1^{er} trimestre 1997, alors qu'il avait atteint 5 899,54 F au cours de la période 01/09/96 - 31/12/96 et 10 389 F au cours de la période 1/01/96 - 31/03/96.

• S.A.R.L. «Optique Lunetterie Bourdeau»

M. Gilles Bourdeau, gérant, a déclaré : «*Pour ma part, j'ai envoyé plusieurs lettres à mes fournisseurs habituels : L'Amy (marques Lacoste, Ricci, Chevignon), Airess (marque Kenzo), Jullien, Luxottica (marques Yves Saint-Laurent, Armani, Oliver, Valentino, Vogue, Genny, Persol, Moschino). (....) Je vous précise que je détiens toujours les montures des marques précitées, mais elles ne sont plus mises en avant dans mon magasin (cf. marques indiquées dans les lettres aux fournisseurs qui vous sont données en copie). Concernant les montures de la marque Armani, nous avons constaté une baisse des ventes depuis le début de l'année : 300 montures en 95 et une dizaine en 96. L'évolution des ventes avec cette marque n'est pas liée au problème Optical Center.*» (cotes 59 et 61).

Les courriers envoyés par la maison Bourdeau datés du 9/10/96 reprennent en la modifiant légèrement la formule type n° 1 ; la qualité du signataire n'est pas indiquée.

Le fournisseur Jullien a produit un document intitulé «*bordereau d'envoi des bons de commande*» rédigé pour la période allant du 24/09/96 au 27/09/96 par la représentante M^{me} Marilynne Tassile, faisant apparaître à la date du 25/09 sur la ligne «*Bourdeau*» l'annotation «*annule commande cause Optical Center*» (cote 698).

• Optique Chavril

M. André Guigues, responsable de ce magasin, a déclaré aux enquêteurs : «*A la suite de quoi, j'ai téléphoné à Façonnable, Luxottica, Jullien, Silhouette (New Charmes). Un courrier leur a été adressé en même temps par mon fils, en totalité. (....) Après la réunion d'octobre 96, j'ai suspendu une commande et reliquats chez Luxottica et chez Jullien (respectivement environ 35 pièces et 10 pièces pour peut-être 15 000 F chez Luxottica.)*» (cotes 93-94).

Les courriers envoyés par Optique Chavril (cf. cote 610) reproduisent la formulation type n° 1. Ils portent la double en-tête «*A. Guigues Optique Chavril*» et «*Sarl Guigues Optique B. Guigues*» (l'entreprise sœur de M. Guigues fils).

• Europtic

M^{me} Patris, présidente, a déclaré le 26 novembre 1996 : «*J'ai adressé des lettres aux fournisseurs Façonnable, Nina Ricci, Lacoste, François Pinton, Henri Jullien, Luxottica (Armani), O.D.L.M. (distributeur de Façonnable), Silhouette. (...) J'ai moi-même décidé de ne plus m'approvisionner auprès des fournisseurs qui vendent auprès des discounters ; j'ai décidé de changer de fournisseurs et de retenir ceux qui n'approvisionnent pas Optical Center. Je n'ai effectué aucun achat auprès des fournisseurs présents chez Optical Center depuis qu'Optical Center s'est installé à Lyon. Toutefois, je conserve un certain stock minimal de grandes marques pour ne pas perdre mes clients.*» (cote 132-133)

Les courriers envoyés par Europtic ont été retrouvés chez les fournisseurs. Ils sont datés du 14 octobre 1996, reprennent la formulation type n° 1 et sont signés «*Martine Patris*» (cf. par exemple cote 681).

Par ailleurs, le «*bordereau d'envoi des bons de commande*» remis par la maison Jullien (cf. supra) rédigé par la représentante M^{me} Marilyne Tassile, fait apparaître à la date du 25/09 que le magasin Europtic, comme optique Bourdeau, a annulé une commande «*cause Optical Center*» (cote 698).

• S.A. Ginet

M. Philippe Ginet, président, a déclaré : «*J'ai moi-même envoyé des courriers à Luxottica, Jullien, L'Amy France, Lux de Morez, O.D.L.M. D'autre part, j'ai transmis un courrier à M. Fauveau, PD.G. d'Henri Jullien le 24/10/96 pour lui faire part de ma position sur l'option lyonnaise.*»

Les copies de tous ces courriers, datés du 10 octobre 1996, ont été fournies par M. Ginet (cotes 152, 156, 157, 158, 161) et ont été retrouvées chez les fournisseurs. Ils ne suivent aucune des deux formulations type, mais ont une rédaction originale, particulièrement «*offensive*» d'ailleurs, qui varie d'un destinataire à l'autre.

La lettre adressée à Luxottica (cote 152) indique : «*C'est avec un étonnement certain que nous constatons la présence de vos montures Saint-Laurent, Armani, Sferoflex, Persol et Luxottica dans le dernier discount lyonnais «Optical Center». Ayant un peu de mal à comprendre le besoin pour vos produits d'être présentés avec des remises de 40 % auprès des consommateurs pour être vendus, et par ailleurs ne souhaitant pas m'aligner sur ces prix, j'ai le regret de vous retourner et d'annuler ma dernière commande Armani. Vous avez le choix de vos clients, nous avons celui de nos fournisseurs.*» Il est précisé : «*Annulation commandes n° 27 398, 39 254 du 19/09/96*». Y sont annexées les doubles de ces deux commandes livrables le 15 octobre et portant la première sur des montures «*Emporio Armani*», la seconde sur des montures «*Giorgio Armani*».

Ces annulations sont confirmées par MM. Conciatori et Duranton, dirigeants de la société Luxottica France, qui ont déclaré aux enquêteurs le 12 décembre 1996 : «*Certains (opticiens lyonnais) ont également annulé leurs commandes que nous n'avons donc pas livrées. (...) Pour Optique Ginet : annulation de ses*

commandes 27398 et 39254 comportant Armani et Saint-Laurent. L'annulation Saint-Laurent porte sur 6 843,52 F TTC. L'annulation d'Armani porte sur 32 043,63 HT remises déduites.» (cote 863). On retrouve dans les pièces remises aux enquêteurs la lettre de M. Ginet (cote 949), ainsi que les bons de commandes 39254 (cotes 950-951) et 27 398 (cote 952) et enfin le détail chiffré de la commande 39254, qui fait apparaître un total après remise de 32 043,60 F H.T. (cotes 953-955).

La lettre adressée à «Lux de Morez» (cote 158) commence par : «J'ai le regret de vous retourner notre commande du 26/9/96 (qui devait d'ailleurs être livrée le 31/10/96).» Il s'agit, d'après le bon de commande annexé, d'une commande de montures «Beaupré platine» et «Féroé bicolore» s'élevant à 3 295 F.

De même, la lettre adressée à O.D.L.M. (cote 161) indique : «Merci donc d'annuler les commandes n° 1471 et 1259 du 13/9/96 (Takéo et Impressions de femme) jusqu'à nouvel ordre (qui viendra avec le retrait total de vos marques prestigieuses des marchands de remises !) « Les bons de commande correspondants sont annexés (cotes 162-163).

Par contre, les courriers adressés à L'Amy (cote 157) et Jullien (cote 156) ne font pas état d'annulation de commandes.

Ultérieurement, M. Ginet a écrit aux enquêteurs le 28 novembre 1996, pour faire la mise au point suivante (cote 194) : «La commande 1471 d'ODLM suspendue a été livrée le 14/11/96 (doc. n°3) ; la commande de Lacoste passée en septembre 96 (doc. n° 4) n'a pas été annulée par notre courrier du 10/10 à L'Amy ; nous avons passé une commande à la représentante de Jullien le 20 novembre 96 (doc. n° 5). Quant à la commande Luxottica (Armani), nous en demanderons livraison en février pour des raisons de planning de trésorerie.»

A l'appui de ses affirmations, M. Ginet fournit le bon de livraison de la commande n° 1471 établi par ODLM qui confirme que cette livraison a bien eu lieu le 14/11/96 (cote 228). A contrario, M. Ginet ne conteste pas que la deuxième commande n° 1259 a bien été annulée.

Il fournit également le bon de commande à Lacoste de septembre 1996 (cote 229) et le bon de commande à Jullien du 20.11.96 (cote 45642).

• Idéal Optique

M. Thierry Caillat dirige 3 sociétés différentes : Idéal Optique S.A., 22, rue de Bonnel 69003 Lyon, Idéal Optique S.A.R.L. exploitant un magasin à l'enseigne C.G. Optique, 11, rue Joliot Curie 69005 Lyon et l'E.U.R.L. Francheville Optique, 7, Place du Chater 69340 Francheville.

Il a déclaré le 26 novembre 1996 (cotes 232-234) : «Avant cette réunion, j'avais déjà pris des contacts téléphoniques auprès de certains de mes fournisseurs (Lacoste, Façonnable) pour leur faire part de mon étonnement. J'ai eu connaissance de la lettre type mise à disposition des opticiens et dont un exemplaire figure dans la copie du dossier que vous m'avez remis.(.....).Pour ma part, j'ai envoyé des courriers à la société L'Amy (Lacoste, Nina Ricci), ODLM (Façonnable), Jullien, Aïress (Kenzo), Luxottica (Armani). (...) A la suite de ces courriers, j'ai eu des contacts télé-

phoniques de Lacoste et de Luxottica m'expliquant qu'ils ne comprenaient pas ma position. Lors du SILMO à Paris fin octobre, j'ai fait le tour de tous mes fabricants et me suis entretenu au sujet de mes courriers avec ceux qui étaient concernés. (...) Devant cette situation commerciale, j'ai décidé personnellement et individuellement de cesser la publicité dans ma vitrine pour les marques concernées qui m'avaient justifié leur position. A ce jour, je pense n'avoir écrit qu'au nom de la S.A. Idéal Optique...».

Ultérieurement, M. Caillat a écrit aux enquêteurs le 28 novembre 1996 pour expliquer qu'il avait également écrit au nom des deux autres sociétés qu'il dirige.

• S.A.R.L. Debourg Optique

M. Kalfoun, son gérant, a déclaré : *«Je ne leur (aux fournisseurs) ai pas non plus fait parvenir de lettres en direct, car j'ai fait part de mon mécontentement par le biais de leurs représentants. Cette action me paraît plus efficace que l'envoi de lettres. Je n'ai pas renvoyé de commandes livrées, mais j'ai suspendu toute nouvelle commande chez Luxottica, Airess (Kenzo), Silhouette et Jullien. Je vais essayer de diversifier mes achats en m'adressant à d'autres fournisseurs dont les produits présentent des caractéristiques équivalentes.»* (cotes 384-385).

• P. Sanders

M. Patrick Sanders a déclaré (cote 487) : *«A l'issue de cette réunion, j'ai informé, par l'intermédiaire de leurs représentants, mes fournisseurs présents dans le magasin Optical Center, que je cessais mes relations commerciales avec eux. Cela concerne Luxottica, Jullien, New Charmes (Silhouette). Pour ce qui concerne le groupe L'Amy, j'ai revu ma position dans la mesure où les marques Lacoste et Nina Ricci ont été retirées du magasin Optical Center».*

• Optique Poignant S.A.

M. Michel Poignant, directeur, a déclaré : *«Suite à l'implantation d'Optical Center sur Lyon et à la publicité diffusée par ce magasin, j'ai adressé une lettre type aux fournisseurs suivants : ODLM pour la marque Façonnable ; Luxottica pour les marques Giorgio et Emporio Armani, Saint-Laurent et Genny ; Airess pour la marque Kenzo ; L'Amy pour la marque Lacoste ; Jullien pour la marque Jullien. Cette lettre s'inspire de la lettre communiquée par fax par M. Guigues, opticien à Sainte Foy-les-Lyon. (...) Pour sa part, la société Poignant a simplement différé les commandes Emporio Armani, Giorgio Armani et Saint-Laurent, figurant sur la lettre adressée au fournisseur Luxottica. La commande Genny a été livrée. Concernant la commande Jullien n° 43643 du 5 septembre 96, j'avais également demandé son annulation, mais elle est arrivée à peu près en même temps que mon courrier, aussi je l'ai acceptée. Avec les autres fournisseurs concernés (ODLM, Lacoste, Kenzo), je n'avais pas de commandes en cours. Compte tenu du retrait des griffes du magasin Optical Center, j'ai repris des relations commerciales avec les différents fournisseurs ci-dessus nommés.»* (cotes 975-977).

Les courriers d'Optique Poignant retrouvés chez certains fournisseurs, datés du 9 octobre 1996, reprennent la formulation type n°1.

Le courrier adressé à Henri Jullien (cote 672) précise effectivement en P.S. : *«En conséquence, veuillez annuler la commande en cours n° 43 643 du 5.09.96».*

Le courrier adressé à Luxottica le même jour (cote 957) indique : *«En conséquence, veuillez annuler les commandes en cours : Emporio Armani n° 273976 ; G.Armani n° 392536 ; Genny n° 18400 ; Saint Laurent n° 15 922.»* Les dirigeants de Luxottica confirment l'annulation de ces trois commandes (cote 863) : *«Pour Optique Poignant : annulation de 3 commandes pour 12 398,03 F TTC : Armani pour 16 159,05 F : Yves Saint Laurent pour 17 384 F HT remises déduites : Armani».*

La lettre adressée à ODLM (cote 609) ne parle pas d'annulation de commande.

• Olivier Lefebvre

M. Olivier Lefebvre, gérant de la S.A.R.L. du même nom, exploitant un magasin d'optique situé 63, Avenue Jean Jaurès à Lyon a déclaré le 9 janvier 1997 (cote 1031) : *«Concernant les problèmes posés par l'implantation du magasin Optical Center à Lyon, j'ai simplement envoyé une lettre à Luxottica pour les marques Yves Saint-Laurent et Giorgio Armani. Je n'ai pas conservé de double de mon courrier dans lequel je m'étonnais qu'un concurrent puisse déroger aux conditions contenues dans le contrat signé avec Luxottica. Pour l'instant, je n'ai pas passé de nouvelles commandes avec Luxottica.»*

Le 14 janvier, M. Lefebvre corrige ses propos antérieurs (cote 1041) : *«Suite à votre intervention du 9 janvier 1997, j'ai eu un doute quant à l'envoi d'un courrier à Luxottica. Après recherche et information auprès de Luxottica, aucun courrier ne leur a été transmis. J'ai simplement rédigé un brouillon de lettre sur le moment que je n'ai pas envoyé après réflexion. Je leur ai simplement téléphoné pour leur faire part de mon étonnement. Je vous remets ci-joint une copie du brouillon de ma lettre.»*

Cette dernière déclaration est confirmée par la teneur du courrier, daté du 15 octobre 1996, envoyé à Lefebvre Optique par Luxottica (cote 890) : *«Faisant suite à la conversation téléphonique que vous avez eue avec nos services concernant la situation actuelle sur la région lyonnaise...».*

On peut penser que les propos tenus téléphoniquement à Luxottica par M. Lefebvre s'inspiraient des idées qui figuraient dans son brouillon, lequel était ainsi rédigé : *«je me vois dans l'obligation de suspendre la diffusion de vos produits au sein de mon établissement»* ce qui va plus loin que la formule type n° 1 *«je suis dans l'obligation de suspendre la promotion de vos marques».*

• Optique Chavet

M. Jacques Chavet, président de la S.A. «Optique Chavet», qui exploite un magasin d'optique à Neuville-sur-Saône, a déclaré le 22 janvier 1997 (cote 1077) : *«Concernant ma réaction au discount pratiqué sur certaines marques par le magasin Optical Center, j'ai pris l'initiative d'écrire à 4 fournisseurs (Luxottica, Jullien, L'Amy, Pouilloux) pour leur faire part de mon désaccord sur l'association des remises annoncées par Optical Center et leurs marques. Concernant la société O.D.L.M., j'ai fait part de mon désaccord au représentant (...). Sur les suites données à mes courriers, je n'ai passé*

de nouvelles commandes avec Lacoste, Armani, Nina Ricci, Jullien, Pouilloux. Par contre, j'ai repassé commande avec Chevignon, sachant que l'activité du magasin avec cette marque est bonne. Je n'ai pas trouvé de montures équivalentes sur ce créneau du marché susceptible de remplacer la marque Chevignon.»

Dans son courrier adressé à Luxottica France, daté du 9 octobre 1996, M. Chavet, qui a rédigé une lettre en termes personnels, écrit (cote 874) : *«Dans ces conditions, je suis dans l'obligation de suspendre mon partenariat avec ces marques, de suspendre de nouvelles commandes d'Armani par exemple, alors que j'avais rendez-vous avec votre représentant ce jour.»*

Dans son courrier adressé, le 9 octobre également, à L'Amy, M. Chavet se montre tout aussi déterminé (cote 507) : *«Dans ces conditions, je suis dans l'obligation de suspendre mon partenariat avec ces marques, de suspendre de nouvelles commandes de Nina Ricci, d'annuler ma récente commande de Lacoste (dont votre représentante est pourtant une excellente promotrice) et de vous retourner la toute récente livraison de Chevignon.»*

Par ailleurs, M. Chavet ne s'estime pas satisfait par les termes de la réponse en date du 14 octobre 1996 envoyée par L'Amy à tous les opticiens qui lui ont écrit et envoie une nouvelle lettre le 16 octobre 1996 dans laquelle il écrit (cote 508) : *«J'ai le regret de vous informer que la réponse apportée n'est dans l'instant pas satisfaisante. La société Optical Center s'engage de ne plus faire «fabriquer» les cartes actuelles, et non plus d'en distribuer. Au nom des contrats de distribution censés défendre votre image, c'est bien d'une interruption de distribution qu'il s'agit d'obtenir.»* En outre, en post-scriptum, il se plaint de l'attitude de la société L'Amy qui approvisionne un concurrent sur Neuville-sur-Saône en produits Nina Ricci, malgré l'engagement d'exclusivité pris par cette marque en sa faveur.

Dans son courrier à la société Jullien (cote 671), M. Chavet écrit : *«Dans ces conditions, je suis dans l'obligation de suspendre, dans l'état actuel, mon partenariat avec cette marque.»*

• Optique Ducret

M. Christian Ducret, gérant de la Sarl «*Optique Ducret*», exploitant deux magasins, l'un situé 83 Avenue des frères Lumière 69008 Lyon, l'autre 38 Cours Gambetta 69007 Lyon, a déclaré aux enquêteurs le 23 janvier 1997 : *«A la suite de cette réunion, j'ai transmis un courrier type aux fournisseurs L'Amy, Luxottica, Jullien, Pouilloux, ODLM, Gome, et peut-être Elce. Dans ce courrier, nous nous sommes basés sur une des formules qui avaient été indiquées lors de la réunion.(...) Hormis ces courriers, je n'ai fait aucune autre action auprès de mes fournisseurs. Je n'ai pas suspendu, ni retourné mes commandes.»* (cote 1111).

S'il est vrai que les courriers envoyés par M. Ducret à ses fournisseurs en date du 10 octobre 1996 s'inspirent de la deuxième formulation type proposée lors de la réunion du 8 octobre 1996, M. Ducret l'a «*durcie*» en ajoutant le paragraphe suivant : *«De ce fait, nous suspendons à ce jour toute commande et reliquat en cours pour nos deux établissements, et ce pour une durée indéterminée.»* (cote 1116).

Contrairement à ce qu'il affirme, M. Ducret a bien pris des mesures de rétorsion contre certains de ses fournisseurs.

En effet, la société Jullien a remis des documents faisant apparaître que la société Ducret lui a retourné des marchandises, le 3 octobre 1996, ce qui a donné lieu à un avoir de 15 383,49 F daté du 4/10/96 (cotes 701-702) ; or, la facture correspondante émise le 1/10/96 pour le même montant porte la mention manuscrite «*Faire avoir retour marchandises cause optical center*» (cotes 703-704). Le motif de ce retour de marchandise concomitant avec l'ouverture du magasin Optical Center ne fait donc pas de doute.

De même, les dirigeants de la société Luxottica, interrogés le 12 décembre 1996, ont déclaré : «*Nous avons reçu de nombreux courriers d'opticiens lyonnais, nous demandant de ne plus livrer Optical Center. Certains ont également annulé leurs commandes que nous n'avons donc pas livrées. (...) Pour Optique Ducret : annulation de sa commande portant sur 3 pièces pour 1 256, 88 F TTC évalués par Luxottica.*» (cote 863).

• La Grande Pharmacie Lyonnaise

Cette pharmacie, située 22 rue de la République 69002 Lyon, dispose d'un département «*Optique*». Le responsable de celui-ci, M. Denis Vilcot, a déclaré aux enquêteurs (cote 1146) : «*Le rayon optique de la pharmacie n'est pas à armes égales avec ce nouvel arrivant (Optical Center) situé à une centaine de mètres. Dès novembre, j'ai constaté une chute des ventes. (...) J'ai adressé un courrier à six fournisseurs en m'inspirant de la deuxième lettre-type qui figurait dans le dossier. Je me souviens d'avoir adressé ce courrier aux fournisseurs suivants : Pouilloux, Luxottica, Aïress, Jullien, François Pinton et L'Amy. Je les ai choisis parce que j'avais constaté moi-même qu'ils étaient présents en vitrine et que les griffes étaient inscrites sur la porte d'Optical Center. J'ajoute que j'ai envoyé une lettre identique à Berthet-Bondet. Je ne puis vous communiquer ces courriers, j'ai en effet égaré le dossier. Je puis vous dire qu'il s'agit de lettres identiques disant que je ne comprenais pas les intentions commerciales de ces fournisseurs sur Lyon. Je ne supporte pas qu'Optical Center puisse faire des remises imprécises sur des lunettes de qualité. A cette époque, mon stock était complet et je n'avais donc pas de raison de passer de nouvelles commandes. Cependant, j'ai annulé, par téléphone, une commande passée par ma collègue pendant mes congés d'été concernant des montures Kenzo de chez Aïress, au motif : à 80 % je n'en voulais pas et à 20 % pour marquer le coup. La commande était d'une douzaine de montures de 300 à 350 F, soit un total d'environ 4 000 F.*»

Les courriers signés de M. Denis Vilcot datés du 18 octobre 1996 ont été retrouvés chez les fournisseurs Jullien (cote 663), L'Amy (cote 527), Luxottica (cote 896) et Berthet-Bondet (cote 1417). Elles reproduisent fidèlement la deuxième formule-type.

• Brotteaux Optique

Les responsables de la société LP Optique, qui exploite ce magasin, situé 104, Boulevard des Belges 69006 Lyon, M^{me} Laurence Posso, présidente et M. Monnier, directeur, ont déclaré (cotes 1310-1312) : «*La société LP optique a racheté le fonds de commerce depuis le 17 juin 1996.(.....) Les courriers*

adressés le 5 novembre aux fournisseurs Luxottica, Airess et Jullien étaient destinés à dénoncer leur changement de politique commerciale, puisqu'ils refusaient auparavant de vendre aux magasins discount et que depuis mai-juin 96, Jullien et Yves Saint-Laurent sont vendus chez tout le monde, en grande quantité et à des prix défiant toute concurrence (marques Jullien, Yves Saint-Laurent, Kenzo). (...) Le modèle du courrier adressé à ces fournisseurs a été indiqué téléphoniquement par le syndicat. Nous n'avons pas été touchés par l'installation d'Optical Center. Notre démarche envers ces fournisseurs n'était pas liée à leur installation, mais plutôt à la résolution de problèmes commerciaux propres, largement antérieurs puisque déjà en 1995, M. Monnier qui travaillait dans la précédente structure, avait renvoyé des lunettes Yves Saint Laurent à la société Luxottica, car elles étaient en vitrine dans un magasin de vente mutualiste. Nous n'avons jamais été contactés, ni participé à des réunions organisées par la profession. (...) Compte tenu de la pratique suivie par Luxottica, Airess et Jullien, nous écoupons leur stock restant, mais nous ne continuerons notre collaboration commerciale. Nous les remplaçons par Charmant, Sedop-Grasset et d'autres. (...) Nous tenons à préciser que dès avant l'installation d'Optical Center en presque-île, M. Monnier avait déjà téléphoné aux établissements Jullien pour dénoncer leur politique commerciale dans le 6^{ème} arrondissement, notamment la diffusion de leurs produits chez Lissac et la décision d'arrêter les relations commerciales. L'appel date d'environ mars-avril 96. La même démarche a été menée pour les produits Yves Saint-Laurent.»

Les courriers envoyés par la société Brotteaux Optique, datés du 5/11/96 et signés de M^{me} Posso, reproduisent à l'identique la première formulation type proposée lors de la réunion du 8 octobre 1996 (cf. par exemple cote 872). L'envoi réalisé par la société Brotteaux Optique s'insère donc bien dans le cadre de la campagne concertée entre les opticiens lyonnais contre les fournisseurs ayant accepté de livrer Optical Center, quel que soit le canal par lequel l'information a circulé.

Les trois fournisseurs, avec lesquels les responsables de «Brotteaux Optique» ne souhaitent plus entretenir de relations commerciales, sont parmi ceux qui sont également visés par la campagne des opticiens lyonnais. D'ailleurs, M. Xavier Terle, directeur commercial France de la société Airess, confirme, dans sa déclaration du 26 novembre 1996 (cote 561), que Brotteaux Optique fait partie des opticiens qui lui ont écrit à la suite de l'ouverture du magasin Optical Center et qui «n'ont pas» recommandé «cet automne».

● Optique Du Grand Large

M. Jean-Pierre Marmet, président de la société qui exploite deux magasins l'un à Meyzieu (69330), l'autre à Jonage, a déclaré (cote 1354) : «J'ai choisi d'adresser la deuxième formule de réclamation aux directeurs commerciaux des marques Lacoste, Chevignon, Jullien, Façonnable, Luxottica et Pinton. (...) Ma société a décidé (j'ai pris personnellement cette décision) de continuer à s'approvisionner auprès de ces fournisseurs, mais j'ai cependant limité le nombre de mes commandes. D'une manière globale, j'ai limité mes commandes à 50 % de ce qu'elles auraient pu être. Je n'ai pas autrement retiré les marques des vitrines de mes magasins, j'ai continué à recevoir les représentants».

Les courriers adressés par M. Marmet, remis aux enquêteurs par les fournisseurs, sont datés du 9 octobre 1996. S'ils reprennent la deuxième formulation type, on y trouve l'ajout suivant : *«En effet, nous n'avons pas envie de mettre en avant des marques que nos clients peuvent trouver à - 40 % chez Optical Center. Tant que vos produits seront dans ces magasins, nous limiterons au maximum nos achats chez vous.»* (cote 894 courrier à Luxottica ; même formulation cotes 505 et 506 courriers aux marques Chevignon et Lacoste de L'Amy ; cote 676 courrier à Jullien ; cote 608 courrier à ODLM).

Toutefois, M. Marmet établit, par la production d'une facture de *«Ted Lapidus»* du 31/01/97 et de bons de commande à François Pinton (du 24/01/97), L'Amy (du 31/01/97) et Luxottica (qui daterait du 24/01/97) qu'il n'a pas totalement interrompu ses relations avec ces fournisseurs (cotes 1367 à 1370).

• Mathieu Opticien

M. Pierre-Henry Mathieu exploite un magasin d'optique situé à Mions (69780). Il a déclaré aux enquêteurs le 7 février 1997 (cotes 1383-1384) : *«Concernant l'affaire relative à l'implantation d'Optical Center, j'ai jugé utile par solidarité de me joindre au mouvement d'humeur des opticiens lyonnais. Dans ce contexte, j'ai adressé des courriers aux fournisseurs suivants : SIMOP à Décines ; L'Amy pour les marques Chevignon, Ricci, Lacoste ; Jullien ; O.D.L.M. pour la marque Façonnable ; Luxottica pour la marque Yves Saint-Laurent. (...) Depuis le 10 octobre 1996, je n'ai pas passé de nouvelles commandes significatives avec les fournisseurs précités.»*

La lettre envoyée par M. Mathieu à certains fournisseurs, datée du 10 octobre 1996, s'inspire de la deuxième formule type, mais est plus longue et plus explicite. Il écrit notamment : *«Vous comprendrez facilement que j'ai du mal à admettre les choix commerciaux que vous avez fait sur la région lyonnaise. Afin de préserver l'image et la réputation de mon magasin, je suis dans l'obligation de mettre un terme à la promotion de vos marques et à la distribution de vos produits. Je tiens bien sûr l'ensemble des produits de votre société actuellement en ma possession à votre disposition afin que vous procédiez au remboursement de ceux-ci.»* (cotes 517, 518, 607, 665, 865).

L'enquête n'a pas confirmé si M. Mathieu a procédé au renvoi effectif des produits des marques concernées.

• Visions et Regards

M. Alexandre Tchordjallian exploite un magasin à cette enseigne à Décines-Charpieu (69150). Il a déclaré aux enquêteurs le 10 février 1997 (cote 1390) : *«Concernant les courriers adressés à mes fournisseurs suite à la réunion d'information de l'ouverture du magasin Optical Center à Lyon, j'ai envoyé une lettre à la société Jullien et une seconde à la société Cabaud, qui commercialise les marques Elce et Daniel Hechter. (...) Je reste fidèle malgré tout à mes fournisseurs ; je n'ai pas rompu mes relations commerciales avec Jullien et Cabaud ; j'ai simplement ralenti mes commandes. Par exemple, Jullien vient de me livrer une commande le 4 février 1997 dont je vous montre le bon de réception. La dernière livraison de CABAUD date de décembre 1996.»*

Le courrier envoyé par «*Visions et regards*» à la société Jullien (cote 684) reprend la formulation type n° 2.

En ce qui concerne les autres opticiens interrogés, ils ont soit déclaré explicitement n'avoir entrepris aucune action concrète contre leurs fournisseurs (en dehors de l'envoi de courriers), soit leur déclaration ne permet pas d'établir qu'ils ont effectivement pris des mesures de représailles contre leurs fournisseurs.

2. - Les réactions des fournisseurs à l'encontre d'Optical Center

Société L'Amy France

La société L'Amy France, dont les bureaux commerciaux sont situés 122, rue Maurice Hartmann 94200 Ivry sur Seine, est le numéro 1 sur le marché de la lunette en France, avec une part de 10 % du marché en volume et 15 % en valeur. La société commercialise la marque L'Amy sur le marché dit généraliste, mais est surtout très présente sur le marché «*haut de gamme*» des lunettes griffées, avec les marques «*Lacoste*», «*Nina Ricci*», «*Chevignon*» et «*Ted Lapidus*».

La distribution des marques «*Lacoste*» et «*Nina Ricci*» se fait par l'intermédiaire d'un réseau de détaillants ou distributeurs agréés avec lesquels L'Amy conclut des contrats. Préalablement à son ouverture sur Lyon, le magasin Optical Center a passé avec la société L'Amy un contrat de distributeur agréé pour les lunettes Nina Ricci et un contrat de détaillant agréé pour les lunettes Lacoste, tous deux signés par M. Levy, au nom d'Optical Center le 22/08/1996 (cotes 534-537 et 540-544). Ces contrats comportent des clauses soumettant le lancement de toute campagne publicitaire sur les produits concernés à l'accord préalable écrit de L'Amy France.

Interrogé par les enquêteurs le 26 novembre 1996, M. Tarte, directeur des ventes Lacoste et L'Amy, après avoir déclaré que la société L'Amy France avait reçu 27 courriers d'opticiens lyonnais (cf. p. 8), poursuit (cote 501-502) : «*Suite à la réception de ces courriers, j'ai adressé une réponse type à tous ces opticiens dont je vous remets un exemplaire sur votre demande (cotes 531-533). Ce courrier comporte une lettre d'Optical Center, qui s'engage à respecter les termes des contrats qui le lient en tant que distributeur agréé «lunettes Nina Ricci» et détaillant agréé «Lacoste lunettes», notamment en mentionnant sur les cartes publicitaires l'exclusion de ces deux marques de la remise accordée. Je précise que cette exclusion avait été déjà formulée le 19 janvier 1996 au cours d'un entretien de «négociations commerciales 1996», auquel participaient messieurs Beuscart (directeur des ventes Chevignon) et Grisey (représentant Lacoste).*»

Le courrier qu'ont effectivement reçu tous les opticiens ayant écrit à la société L'Amy se compose de trois parties : il y a, dans l'ordre chronologique, d'abord la copie d'une lettre adressée par M. Laurent Lévy, président directeur général d'Optical Center, datée du 9 octobre 1996 (cote 533), qui est ainsi rédigée : «*Monsieur Tarte, je vous confirme par la présente que nous respecterons le contrat de vente concernant la distribution de lunettes Lacoste et Nina Ricci, notamment, en faisant figurer sur notre prochaine*

fabrication de cartes privilégiées (s'il y en aura) la mention «sauf deux marques (Lacoste Nina Ricci).»

Figure, ensuite, la réponse de M. Pascal Tarte à M. Lévy, datée du 14 octobre 1996 (cote 532) : *«Monsieur, nous avons bien reçu votre courrier du 09 octobre nous informant votre décision concernant la distribution des marques Lacoste et Nina Ricci. Cependant, et comme convenu lors de notre entretien téléphonique du 08 octobre, ces mesures sont applicables à l'ensemble de nos griffes, soit : Lacoste, Nina Riccci, Chevignon et sur l'ensemble des points de vente, c'est à dire : Lyon, Lille, Bordeaux, Nantes, Angers. Ces mesures sont applicables de suite et en respect de nos contrats de distribution. (...)»*

Ainsi, malgré l'absence de contrat de distribution spécifique aux produits de la gamme Chevignon, la société L'Amy entend interdire à Optical Center toute publicité concernant des remises sur ces produits. En outre, elle étend cette interdiction à l'ensemble des points de vente Optical Center sur tout le territoire français et à tous les produits des 3 gammes Lacoste, Nina Ricci, Chevignon.

Enfin, un courrier de la société L'Amy, également daté du 14 octobre 1996, signé des 3 directeurs des ventes, MM. Hubert de Thoisy (Nina Ricci), Philippe Beuscart (Chevignon) et Pascal Tarte (Lacoste) (cote 531) est ainsi rédigé : *«Monsieur, pour faire suite à votre courrier et en réponse à celui-ci vous trouverez ci-joint copies du courrier d'Optical Center ainsi que notre réponse. Ces mesures doivent vous permettre de ne plus rencontrer de problèmes de distribution concernant les marques de L'Amy France. C'est avec plaisir que nous nous tiendrons à votre disposition lors du SILMO pour en discuter avec vous (si cela n'a été fait auparavant). Certains que notre démarche et notre attitude contribueront au renforcement de notre partenariat...»*

Par cette dernière lettre, la société L'Amy France établit que les démarches qu'elle a effectuées auprès d'Optical Center ont été entreprises à la suite des menaces de boycott des opticiens lyonnais et en vue de leur donner satisfaction. M. Tarte, il est vrai, indique qu'au mois de janvier 1996, il avait déjà été demandé à M. Lévy de ne pas faire apparaître les griffes L'Amy sur les publicités d'Optical Center. Toutefois, M. Tarte n'a pas, contrairement à son engagement (cote 503 : *«Je m'engage à vous faire parvenir ce document dans la mesure où nous le retrouvons dans les plus brefs délais»*), apporté la preuve de cette intervention auprès de la société Eyes Cube.

M. Tarte déclare encore le 26/11/1996 (cote 502) : *«Par ailleurs, ma représentante - D. Faucher - m'a fait parvenir le 08/11/1996 un exemplaire de la chiffonnette conçue et distribuée par Optical Center à Lyon, faisant apparaître abusivement l'ancien logo «la lunette Lacoste». Ce fait contrevient aux clauses du contrat signé par lesquelles l'accord préalable de notre société doit être requis impérativement. J'ai adressé un courrier en date du 12 novembre 1996 au magasin Optical Center lui signifiant la rupture des contrats lunettes «Nina Ricci» et «Lacoste», suite à l'utilisation abusive des logos. Les représentants «Nina Ricci» et «Lacoste» ont retiré la PLV, les différents marquages et produits de leur marque respective. Je recevrai prochainement un retour marchandises qui donnera lieu à un avoir. Je m'engage à vous communiquer une*

copie des documents relatifs à ces avoirs dès leur émission. Je tiens à préciser que les marques Chevignon et L'Amy sont toujours distribuées par le point de vente Optical Center à Lyon. Ces marques ne font pas l'objet d'un contrat de distribution sélective.»

La lettre adressée en recommandé avec accusé de réception à l'attention de M. Lévy datée du 12 novembre 1996 et signée conjointement de MM. Pascal Tarte (directeur des ventes L'Amy et Lacoste) et Hubert de Thoisy (directeur des ventes Nina Ricci) indique (cote 539) : *«Malgré nos recommandations et après utilisation de nos marques sur «vos chiffonnettes» sans accord préalable auprès de notre société, nous sommes contraints de cesser la distribution de nos marques Lacoste et Nina Ricci sur votre magasin de Lyon. Comme convenu lors de notre entretien téléphonique de ce jour, nous faisons passer notre transporteur à votre magasin de Lyon, pour récupérer tous nos modèles ainsi que les PLV présentes en magasin. D'autre part, vous vous chargez de faire disparaître tout marquage se rapportant à ces deux marques. Nos délégués commerciaux prendront contact rapidement avec votre gérante pour faire le nécessaire.»*

Il est intéressant de noter que le document remis par la société L'Amy (cote 550), qui comporte sur la même page, la copie de la carte de réduction du magasin Optical Center et celle de la chiffonnette est une télécopie émise le 8 novembre 1996 par un numéro 04 78 71 75 02, qui est celui d'Optique Provansal, 137 Avenue de Saxe 69003 Lyon (cf. cote 528). D'ailleurs, cet opticien a reçu, par courrier du 18 novembre 1996, un double de la lettre de rupture envoyée par L'Amy à Optical Center (cotes 1195-1196). Le même document a été remis aux enquêteurs par la maison Nagabbo Optique (cote 47), qui a également reçu le courrier de L'Amy avec la copie de la lettre à Optical Center (cotes 38-39).

M. Laurent Lévy, président du conseil d'administration de la société Eyes Cube, confirme que les mesures prises par L'Amy à l'encontre du magasin Optical Center de Lyon se sont bien concrétisées, dans sa déclaration du 21 novembre 1996 (cotes 11 et 12) : *«Je viens d'apprendre aujourd'hui par ma responsable du magasin de Lyon que la représentante de Lacoste et Nina Ricci se présenterait dans mon établissement pour retirer les produits de leurs marques. Je précise et j'atteste formellement que M. Tarte m'avait informé oralement suite à la réception des lettres des opticiens lyonnais qu'il me refusait la vente de ses marques.»*

Il ressort donc de ces déclarations que la société L'Amy a rompu le contrat qui la liait au magasin Optical Center de Lyon concernant la distribution des marques Nina Ricci et Lacoste, ce qui s'est traduit par le retrait de ce magasin de tout matériel publicitaire se référant à ces deux marques et par la reprise des produits par le fournisseur.

Cette rupture intervient une semaine après la deuxième réunion des opticiens lyonnais qui a eu lieu le 5 novembre 1996 et qui avait fait la preuve de leur détermination à poursuivre les pressions sur ceux de leurs fournisseurs qui continueraient à livrer le magasin concurrent *«Optical Center»*. Cette deuxième réunion avait été précédée de contacts intenses entre les opticiens lyonnais et leurs fournisseurs, notamment dans le cadre du salon SILMO, qui s'était tenu du 25 au 28 octobre 1996 à Paris. M. Gilles Bourdeau, par exemple, a déclaré : *«Dans le même temps⁵, ces fabricants*

nous ont contactés : L'Amy (visite du directeur commercial de Nina Ricci, M. de Thoisy), qui a confirmé qu'ils allaient faire le nécessaire pour retirer leurs marques de chez Optical Center, ce qui est fait depuis le 19 novembre 96 d'après les dires du représentant M. Gracian. J'avais rencontré au SILMO M. Tarte, directeur des ventes L'Amy-Lacoste, qui m'avait tenu les mêmes propos que M. de Thoisy et pris les mêmes décisions (retrait des produits Lacoste de chez Optical Center)» (cote 60-61).

La rupture entre la société L'Amy et Optical Center s'insère donc clairement dans le contexte des pressions exercées par certains opticiens lyonnais sur leurs fournisseurs à la suite de l'ouverture du magasin Optical Center. Après avoir, dans un premier temps, demandé à Optical Center de retirer les griffes «Lacoste», «Nina Ricci» et «Chevignon» de leurs publicités, la société L'Amy, qui a eu de nombreux contacts avec les opticiens lyonnais lors du SILMO et parallèlement à celui-ci, prend prétexte de la présence du logo «Lunettes Lacoste» sur les chiffonnettes d'Optical Center pour retirer les produits Lacoste et Nina Ricci du magasin de Lyon.

Cette attitude est d'ailleurs appréciée à sa juste valeur par les opticiens lyonnais ; l'un d'entre eux, M. Thierry Caillat, écrit, par exemple, le 12 novembre 1996 (cote 250), à M. Tarte : *«Je donne suite à mon courrier du 10 octobre 1996 et à votre appel téléphonique de ce jour, dont je vous remercie. Devant les dispositions courageuses qui ont été prises, face à la situation à laquelle nous étions confrontés, je peux vous assurer de mon total soutien commercial tout au long de l'année et d'une réelle collaboration pour la mise en avant de vos produits. Vous remerciant encore pour votre compréhension et votre partenariat....».*

Ainsi, immédiatement après avoir écrit à Optical Center pour lui signifier la rupture des relations commerciales, M. Tarte en informe un opticien lyonnais ayant participé activement au mouvement organisé par ceux-ci....

Airess Distribution

La Sarl «Airess Distribution», dont le siège est situé 3, rue de la Paix à Oyonnax (01112), commercialise les montures que fabrique la S.A. Airess, sous les marques Airess, Kevlar, J. Fath, Concert, Morgan, C. Jourdan, Kenzo, Active. Le C.A. du groupe atteint 220 MF pour 2,5 millions de paires de lunettes vendues.

La société n'a pas mis en place de système de distribution sélective.

Son directeur commercial, M. Xavier Terle, a déclaré le 26 novembre 1996 (cotes 561-562) : *«Nous avons contacté M. Lévy, responsable d'Optical suite à ces courriers des opticiens. Nous avons réalisé des relevés de prix chez Optical Center, montrant que ce magasin vendait nos produits avec une marge de 2,5 ou 2,6, contrairement à ce qui a été dit par les opticiens. J'ai néanmoins rédigé un courrier à M. Levy en date du 23 octobre 1996. Nous avons connu un problème semblable de pressions des opticiens suite à l'ouverture du magasin Optical Center de Lille à partir d'août 1994. Je vous ferai parvenir les courriers reçus à cette occasion, si nous les retrouvons (...). Pour notre part, nous (ne) nous sommes retirés que très momentanément en vitrine. Ensuite, le nombre des montures en vitrine a été réduit, mais les ventes avec Optical ont toujours été maintenues. Nous réalisons plus d'un million de chiffre d'affaires avec le groupe Optical Center.»*

La société Airess n'a, semble-t-il, pas répondu par écrit aux courriers qu'elle a reçus de certains opticiens lyonnais. M. Lamarche de la société Debauge S.A. (cote 1328) fait état d'un contact téléphonique à la suite du courrier adressé à Airess.

M. Bourdeau a déclaré (cotes 58-59) : *«Pour ce qui concerne la société Airess, tout le monde a rencontré (au SILMO) a priori M. Xavier Terle, manager des ventes chez Airess et M. Alain Geoffroy représentant Kenzo. M. Terle a précisé qu'il n'avait pas de raisons de modifier sa politique commerciale avec Optical Center. M. Geoffroy ne s'est pas exprimé lors de cet entretien.»*

M. Provansal indique, de son côté (cote 1183) : *«Quant à Airess distribution, le représentant m'a dit qu'il n'avait pas l'intention de changer les choses.»*. M. Poignant déclare (cote 976) : *«Le représentant d'Airess m'a remis une copie de la lettre que cette société a adressée à Optical Center.»*

Il s'agit du courrier adressé par Airess à M. Laurent Lévy, daté du 23 octobre 1996 et signé de M. Terle (cote 568) qui est ainsi rédigé : *«La société Airess Distribution se bat depuis sa création pour une distribution uniforme de l'ensemble de ses griffes et lutte contre toute forme de discount. Pour preuve, nous n'avons jamais fait partie du référencement des opticiens Alain Afflelou. Comme il en a été convenu lors de notre référencement dans votre société, nous comptons sur vous pour faire appliquer notre politique commerciale dans l'ensemble des magasins que vous avez ouverts en France. Par ailleurs, nous vous demandons de bien vouloir faire en sorte que les marques que nous distribuons n'apparaissent pas sur vos mailings avec une indication de discount, car nous avons des obligations vis à vis des contrats de licence que nous avons signés. Comptant sur vous pour faire respecter les accords que nous avons pris ensemble...»*

Par ailleurs, Mlle Pepin, responsable du magasin Optical Center, a déclaré (cote 1447) : *«La société Airess a eu la même démarche que la société ODLM»* (c'est-à-dire qu'elle a demandé que ses modèles ne soient pas exposés en vitrine).

En résumé, face à la vive réaction des opticiens lyonnais, la société Airess a demandé à Optical Center de ne pas mettre en avant ses produits et de ne plus faire figurer les noms de ceux-ci sur ces publicités. Elle a poursuivi cependant ses livraisons à Optical Center.

Société O.D.L.M.

La société O.D.L.M. (Organisation de Diffusion de Lunettes de Marques) a son siège 16, rue Dellevaux à 69410-Champagne-au-Mont-d'Or. Elle fait fabriquer et commercialise des lunettes optiques et solaires de marques *«Façonnable»*, *«Majorette»*, *«Takeo»*. Elle a réalisé un chiffre d'affaires de 71,5 MF en 1995. La marque Façonnable fait l'objet d'un contrat de distributeur.

MM. Francis Kessous, directeur général, et Yves Gamby, directeur commercial, ont déclaré le 27 novembre 1996 (cote 595) : *«La société n'a pas donné suite ni de réponse officielle à ces courriers». Elle a maintenu les mêmes relations commerciales avec le magasin Optical Center et avec les autres opticiens de la région lyonnaise. Sur l'ensemble des magasins Optical Center implantés en France, la société a réalisé un chiffre d'affaires d'environ 412 000 F en 1995.»*

Mlle Pepin, responsable du magasin Optical Center, a déclaré le 3 avril 1997 (cote 1447) : *«Concernant les relations avec ODLM, vers la mi-octobre, il nous a été demandé de ne pas exposer leurs montures en vitrine. Pour autant, nous avons continué à avoir des relations commerciales normales avec cette société. La dernière commande a été passée à mon avis en janvier 1997»*. Une facture *«Façonnable»* d'un montant de 15 920,50 F a effectivement été produite (cote 1473), mais la date n'en est pas apparente.

Toutefois, dans sa déclaration du 26 novembre 1996, M. Xavier Terle, directeur commercial d'Airess Distribution, a indiqué (cote 562) : *«Nous avons eu connaissance que de nombreux fabricants de lunettes ont reçu des courriers semblables, en particulier les montures Jullien à Morez. Par ailleurs, il semblerait que Façonnable se soit retiré de chez Optical Lyon.»*

En outre, M. Thierry Caillat (Idéal Optique) a remis aux enquêteurs une lettre adressée par lui à ODLM (à l'attention de M. Azoulay) datée du 12 novembre 1996 (cote 252) où il est écrit : *«Je donne suite à mon courrier du 10 octobre 1996 et à votre appel téléphonique de ce jour, dont je vous remercie. Devant les dispositions courageuses qui ont été prises face à la situation à laquelle nous étions confrontés, je peux vous assurer de mon total soutien commercial tout au long de l'année et d'une réelle collaboration pour la mise en avant de vos produits. Vous remerciant encore pour votre compréhension et votre partenariat...»*. Il s'agit du même texte que celui qui a été adressé par M. Caillat à M. Tarte de la société L'Amy.

272

Invité à préciser ce qu'il entendait par *«les dispositions courageuses qui ont été prises»*, M. Caillat a fait, par écrit, la réponse suivante le 18 janvier 2001 : *«Lors de la conversation téléphonique que j'ai eue le 12 novembre 1996 avec M. Azoulay, et qui faisait suite à mon courrier de protestation du 10 octobre 1996, M. Azoulay m'a dit comprendre mon désarroi et admettre qu'il était illogique que certains détaillants ne respectent pas l'image de luxe voulue par les fabricants et se placent en contradiction avec la stratégie des fabricants. Il m'a dit qu'il veillerait à contrôler de manière plus rigoureuse et à exiger le respect de ces engagements contractuels de la part de la société Optical Center. Par ailleurs, il m'a dit qu'au moment de notre conversation téléphonique, il avait déjà rappelé la société Optical Center aux obligations qui lui incombent en vertu de ses contrats de distribution. A l'issue de ce coup de téléphone, il m'a paru d'une part utile de formaliser notre discussion afin de pouvoir ultérieurement opposer à la société O.D.L.M. ses propres paroles. Il m'a paru d'autre part important d'apaiser la situation de tension que j'avais créée avec ce fournisseur important. C'est dans ces conditions que, n'hésitant pas à me livrer à une certaine flagornerie, j'ai utilisé la formule «dispositions courageuses qui ont été prises.»»*

Enfin, M. Poignant, opticien à Tassin-la-demi-Lune, a déclaré le 9 janvier 1997 : *«Concernant ODLM, je n'ai pas eu de réponse écrite de leur part, mais le représentant, M. Rochefort, m'a rendu visite et m'a précisé qu'il ferait le nécessaire pour que le magasin Optical Center ne dispose plus de leur marque s'il persistait dans leur publicité.»* (cote 976).

Société Sporoptic Pouilloux S.A.

La société Sporoptic Pouilloux, dont le siège se trouve à Paris (8^{ème}), 28, rue Boissy d'Anglas, commercialise, notamment, les lunettes de la marque Vuarnet.

En réponse aux courriers reçus des opticiens lyonnais, elle écrit (cote 042 par exemple) : *«Nous venons de prendre connaissance de votre courrier dans lequel vous nous informez qu'un magasin discounte nos produits. Après enquête, nous avons pu savoir de qui il s'agissait. Bien entendu, nous lui faisons une injonction d'arrêter cette façon de procéder. Faut de quoi, nous serons dans l'obligation de ne plus le livrer. Il est bien certain que nous ne sommes absolument pas d'accord avec cette façon de faire. A tel point que prochainement vous serez contacté par le représentant du secteur qui ne manquera pas de vous proposer un contrat de distribution interdisant entre autres le discount de nos lunettes.»*

Cependant, Mlle Pepin affirme, le 3 avril 1997, que les produits Vuarnet sont exposés en vitrine du magasin Optical Center de manière visible de l'extérieur (cote 1445) et qu'elle n'a pas de problème particulier avec la société Pouilloux (cote 1448).

La société Sporoptic Pouilloux s'est engagée vis-à-vis des opticiens qui lui ont écrit à prendre des mesures de représailles sévères par rapport au magasin incriminé. Cependant, le contenu du dossier ne permet pas de savoir si de telles mesures ont été effectivement appliquées.

3. - Les contrats de distribution exclusive mis en place par les fabricants

Les auditions entreprises dans le cadre de l'instruction ont fait apparaître que plusieurs des fournisseurs concernés commercialisent leurs produits de lunetterie *«haut de gamme»* par l'intermédiaire de contrats de distribution sélective comportant des clauses qui ont retenu l'attention des enquêteurs.

Pour la société L'Amy France :

Contrat de distributeur agréé «Nina Ricci» :

- article 2, point 7 (publicité), ainsi rédigé : *«Le «distributeur agréé» apporte son plus efficace concours aux campagnes publicitaires organisées par «L'Amy France» concernant les lunettes Nina Ricci. Il s'assure de l'accord préalable écrit de «L'Amy France» pour toute communication publicitaire qu'il entendrait faire et qui citerait les lunettes Nina Ricci. Et ce, notamment pour ce qui concerne le support utilisé, l'identification de la marque Nina Ricci et son environnement.»*
- article 3, point 2 (Aide technique et publicitaire) : *«Les épreuves des annonces ou autres documents publicitaires ainsi que les conditions des insertions doivent faire l'objet d'un accord écrit de «L'Amy France» préalable à toute insertion ou impression.»*
- article 2 (conditions d'agrément ; déclarations et obligations du distributeur agréé) point 3 «Ventes» : *«... Le «distributeur agréé» peut revendre les lunettes Nina Ricci à tout distributeur agréé installé dans tous les pays de la C.E.E. aux conditions expresses ci-dessous : a) il doit prendre toutes les précautions nécessaires pour que les produits ainsi livrés ne quittent pas le réseau des distributeurs agréés de la CEE habilités à détenir lesdits produits. Il doit notamment s'assurer que les acheteurs sont bien des distributeurs agréés ; b) il doit conserver pendant 2 ans à la disposition des délégués*

commerciaux de la marque le double des factures correspondant à ces reventes. La valeur des achats correspondant à ces factures n'est pas incluse dans le montant des achats effectués dans l'année par le «distributeur agréé» ; c) il ne doit pas rétrocéder un produit nouveau pendant l'année qui suit son lancement sans s'être assuré au préalable que ce produit a déjà été mis en vente chez le détaillant agréé du pays de la CEE d'où provient la commande.»

Contrat de «détaillant agréé» lunettes Lacoste

- article 3 (Obligations de L'Amy France), point 2 (publicité et promotion) : «... Toutefois, si le détaillant agréé souhaitait entreprendre lui-même certaines actions publicitaires et promotionnelles de quelque nature que ce soit, il devra obtenir préalablement l'accord écrit de L'Amy France sur le type et le mode de ces actions, à l'exclusion du prix, utiliser exclusivement les graphismes, caractères, sigles et logotypes approuvés par L'Amy France et veiller tout particulièrement à ce que soient sauvegardés le standing et l'image des marques Lacoste.»

Pour la société O.D.L.M.

Contrat de distributeur des produits de lunetterie optique et solaire «Façonnable»

- article 5.2/ Enseigne du point de vente. «L'enseigne du point de vente ne devra jamais être dévalorisante pour la notoriété et l'image des produits de la marque Façonnable. Serait notamment considérée comme dévalorisante une enseigne ayant acquis sa réputation sur des pratiques commerciales agressives et/ou sur une politique permanente de rabais illicites ou de nature à induire en erreur le consommateur.»
- article 7.2.2/. Promotion de la marque par le distributeur agréé. «Il est expressément indiqué que le distributeur agréé ne peut en aucun cas de sa propre initiative développer de pratiques publicitaires ou promotionnelles faisant référence à la marque Façonnable et aux produits qui la portent. Toutefois, le distributeur agréé et la société ODLM peuvent convenir d'une action commerciale ou publicitaire portant sur la marque Façonnable et les produits qui la portent dans les conditions qui devront faire l'objet d'un accord séparé.»

Pour la société Gala-Prestige de Paris

Protocole d'accord de distribution sélective pour les produits de la marque Fred-Force 10

- point 9 des «Obligations de l'opticien détaillant agréé» : «(Il s'engage) à ne pas rétrocéder des montures optiques ou lunettes solaires à d'autres revendeurs et par conséquent à ne vendre les produits qu'aux «consommateurs finaux» « et point 12 : «(il s'engage) à s'approvisionner uniquement auprès du fournisseur».

Pour la société Sporoptic-Pouilloux

Contrat de revendeur agréé des lunettes de marque Vuarnet

- article 3.1.1. : «Le revendeur agréé s'engage à acquérir les produits exclusivement auprès de Sporoptic Pouilloux S.A.»
- article 3.1.3. : «Le revendeur agréé s'engage, en outre, à ne vendre qu'à des consommateurs finaux. Il s'interdit formellement, par conséquent, de vendre ou de fournir les produits à un autre revendeur, quel qu'il soit sauf autorisation écrite et exceptionnelle de Sporoptic Pouilloux S.A.»

Pour la société Berthet-Bondet

Contrat de distribution agréée pour les lunettes de marque «Lagerfeld»

- article 2 (Droits et obligations liés au statut de distributeur agréé), alinéa 2 : «le distributeur agréé ne pourra revendre les produits qu'au consommateur final.»

Pour la société Bausch et Lomb

Contrat de distribution sélective des produits Ray Ban

- article 3.10.2 : «Dans sa communication (publicité, promotion, publicité sur le lieu de vente, relations publiques, etc.) relative aux produits et/ou à la marque, le distributeur agréé s'engage à utiliser exclusivement soit du matériel fourni par Bausch et Lomb, soit du matériel approuvé par écrit par Bausch et Lomb avant utilisation. Aucun document publicitaire faisant mention de la marque et/ou des produits ne pourra être utilisé sans l'accord écrit préalable de Bausch et Lomb»
- article 3.10.3 : «Toute pratique de promotion avec discount systématique sera considérée comme attentatoire à la marque et pourra donner lieu à résiliation immédiate du présent contrat».

■ C. - Sur la base de ces constatations, les griefs suivants ont été notifiés au titre de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenu article L. 420-1 du code de commerce)

Grief n° 1 - Pratiques concertées ayant pour but d'organiser entre les distributeurs une pression collective sur des fournisseurs en vue de limiter à un distributeur concurrent l'accès au marché concerné :

- S.A.R.L. Bourdeau
- S.A. Nagabbo
- Optique Chavril
- Europtic S.A.

Grief n° 2 - Pratiques concertées d'envoi d'un courrier à un ou plusieurs fournisseurs dans le cadre d'une campagne collective de pression sur ceux-

ci, en vue de les amener à ne plus approvisionner un concurrent et à contraindre ce dernier à modifier sa politique commerciale :

Cristal Optique, S.A. Nagabbo, S.A.R.L. Bourdeau, Optique Chavril, S.A.R.L. Guigues Optique, Europtic S.A., Optique Ginet S.A., Idéal Optique S.A., S.A.R.L. C.G. Optique, EURL Francheville Optique, Christian Grenier, S.A.R.L. J. Peter, Optique Moderne Claude Moch, Optique Gimet, Optique Galimard, DTS Optique, Optique du Serpent, Optique Poignant S.A., Troussey Optique, Optique Chavet, Optique Torrilhon S.A., Optique Ducret, Razy Optique S.A., S.A.R.L. Optique 73, La Grande Pharmacie Lyonnaise, Optique Provansal, S.A. Thivend, Brotteaux Optique, Debauge S.A., Saint Priest Optique S.A., Optique 54, S.A. Optique du Grand Large, Mathieu Opticien, Visions et Regards, Grand Optical, Optique Médicale D. Girod.

Grief n° 3 - Pratiques concertées de pressions sur un ou plusieurs fournisseurs, dans le cadre de la même campagne, sous forme de contacts téléphoniques avec eux ou de messages transmis par l'intermédiaire des représentants :

- Contact Optique, O. Lefebvre, Debourg Optique, P. Sanders

Grief n° 4 – Pratiques concertées de rétorsions commerciales à l'encontre des fournisseurs, dans le cadre de la même campagne, en vue de les amener à ne plus approvisionner un concurrent :

- Nagabbo S.A. (Annulation de commande ; retour de marchandises ; retour de P.L.V. ; produits des fournisseurs ne sont plus présentés en vitrine ; nouvelles commandes limitées)
- Bourdeau SARL (Annulation d'une commande ; produits ne sont plus mis en avant)
- Optique Chavril (Suspension de commandes)
- Europtic S.A. (Annulation d'une commande en cours ; pas de nouvelle commande)
- Optique Gimet S.A., aux droits de laquelle vient la société «*Les Opticiens Economes*» (commandes annulées)
- Idéal Optique (produits ne sont plus présentés en vitrine)
- Debourg Optique (pas de nouvelle commande)
- P. Sanders (cessation des relations commerciales avec les fournisseurs concernés)
- Poignant (Annulation de commandes)
- O. Lefebvre (pas de nouvelle commande à un fournisseur)
- Optique Chavet (Annulation d'une commande ; retour de marchandises ; pas de nouvelles commandes)
- Optique Ducret (Annulation de commandes)
- Grande Pharmacie Lyonnaise (Annulation d'une commande)
- Brotteaux Optique (cessation des relations commerciales avec différents fournisseurs)
- Optique du Grand Large (réduction des commandes de 50 %)
- Mathieu Opticien (pas de nouvelle commande)
- Visions et Regards (ralentissement des commandes)

Grief n° 5 – Pratiques adoptées par les fournisseurs de façon concertée avec des opticiens distributeurs contre le magasin Optical Center de Lyon ou contre tous les magasins de la même enseigne, visant à écarter ce(s)

magasin(s) de l'accès à leurs produits ou à lui (leur) imposer un changement de politique commerciale.

- Société L'Amy France (Rupture unilatérale des contrats de distributeur passés avec le magasin Optical Center, retrait des marchandises et de la P.L.V. du magasin)
- Société O.D.L.M. (Retrait de ses produits du magasin)
- Société Airess Distribution (Retrait des produits de la vitrine ; demande de ne plus faire apparaître ses marques sur les publicités d'Optical Center)
- Société Sporoptic Pouilloux (Courrier contenant des menaces précises à l'égard du magasin qui pratique le discount)

Grief n° 6 - Pratiques concertées consistant à insérer dans les contrats de distribution sélective des clauses prohibées par l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (article L. 420-1 du code de commerce) et par l'article 81 du traité de Rome :

* Fournisseurs :

- Société L'Amy France (contrats Lacoste, Nina Ricci)
- Société O.D.L.M. (contrat Façonnable)
- Société Gala Prestige de Paris (Contrat Fred-Force 10)
- Société Sporoptic Pouilloux (Contrat Vuarnet)
- Société Berthet-Bondet (Contrat Lagerfeld)
- Société Bausch et Lomb (Contrat Ray Ban)

* Distributeurs ayant souscrit de tels contrats :

- La Grande Pharmacie Lyonnaise (Lacoste, Nina Ricci, Ray-Ban)
- Optique Provansal (Lacoste, Nina Ricci, Vuarnet, Ray Ban)
- Mathieu Opticien (Lacoste, Nina Ricci)
- Optique Gimet S.A., aux droits de laquelle vient la société «*Les Opticiens Economes*» (Lacoste, Façonnable, Fred-Force 10, Ray Ban)
- Optique Régence (Ray Ban)
- Optique Poignant S.A. (Lagerfeld, Ray Ban)
- Olivier Lefebvre (Ray Ban)
- Debauge S.A. (Ray Ban)
- SARL Cristal Optique (Ray Ban)
- Contact Optique (Ray Ban)
- SARL J. Peter (Ray Ban)
- Nagabbo S.A. (Fred Force 10)
- Cerf Optique (Ray Ban)
- Brotteaux Optique (Ray Ban)
- Eyes Cube (Vuarnet)

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil

Sur l'imputabilité des pratiques

Considérant que selon une jurisprudence constante, et notamment selon l'arrêt Enichem Anic du Tribunal de Première Instance des Communautés européennes du 17 décembre 1991, lorsque l'existence d'une infraction est établie, il convient de déterminer la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise en cause au moment où l'infraction a été commise, afin qu'elle réponde de cette infraction ;

Considérant qu'en cas de fusion ultérieure de la société responsable de l'exploitation avec une autre société, cette fusion, qui peut résulter soit de la création d'une société nouvelle, soit de l'absorption de la société responsable par une autre société, entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine, actif et passif, aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération, et que la société nouvelle ou la société absorbante répond, dès lors, des infractions commises antérieurement à cette date par la société partie à la fusion ; que lorsqu'entre le moment où l'infraction a été commise et le moment où l'entreprise en cause doit en répondre, la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister juridiquement, sans que cette disparition se soit accompagnée de la transmission universelle de ses droits et obligations à une autre personne, il convient de localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble, afin d'éviter qu'en raison de la disparition de la personne responsable de son exploitation au moment de l'infraction, l'entreprise ne puisse pas répondre de la commission de celle-ci ;

Considérant que si la société en nom collectif «*Grande Pharmacie Lyonnaise*» soutient qu'elle n'a plus de département «*optique*» depuis mars 1997, il est constant qu'elle continue d'exister ; que, dans ces conditions, le fait qu'elle ait fermé son département «*optique*» n'a pas pour effet de la dispenser de répondre des pratiques anticoncurrentielles auxquelles elle a pu participer antérieurement à cette fermeture ; que le fait que lesdites pratiques auraient été commises par le responsable du département «*optique*», à l'insu du chef d'entreprise, ne saurait davantage avoir pour effet d'exonérer ladite société de sa responsabilité dans la commission des infractions qui lui sont reprochées ;

Considérant que si, postérieurement à la saisine du Conseil, la société Bausch & Lomb a cédé son activité de lunetterie à la société Luxottica France, il est constant qu'elle continue d'exister ; que, dans ces conditions, la cession n'a pas pour effet de la dispenser de répondre des pratiques anticoncurrentielles auxquelles elle a pu participer antérieurement ;

Considérant que la société «*Les Opticiens Economes*» (L.O.E.) soutient qu'elle n'est pas responsable des agissements anticoncurrentiels imputés à la société «*Optique Ginet*» ; qu'en effet, si elle a acquis, en février 1997, la totalité du capital de la société «*Optique Ginet*» et si elle a, ensuite, le 30 novembre 1999, procédé à une fusion absorption de celle-ci, avec effet rétroactif au 1^{er} janvier 1999, le conseil d'administration de ladite société a été entièrement renouvelé le 13 mars 1997 et quatre des six fonds de commerce exploités antérieurement par la société «*Optique Ginet*» ont été cédés à d'autres sociétés dirigées directement ou indirectement par M. Philippe Ginet, ancien président de la société «*Optique Ginet*» ;

Considérant, toutefois, que la société «*Optique Ginet*» a continué d'exister jusqu'au 28 décembre 1999, date de sa radiation du registre du commerce ; que la personnalité juridique de la société «*Optique Ginet*» s'est fondue dans la société L.O.E. lorsque cette dernière l'a absorbée ; qu'à cette date, la société «*L.O.E.*» s'est trouvée substituée dans les droits et obligations de ladite société ; que, dès lors, la cession par la société «*Optique Ginet*», avant son absorption, de quatre des fonds de commerce qu'elle exploitait est sans influence sur le transfert de la responsabilité à la société L.O.E. ; qu'en effet, la continuité économique et fonctionnelle d'une entreprise au travers des seuls 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 sans qu'une autre personne morale n'ait recueilli ses droits et obligations ; qu'en conséquence, la société «*L.O.E.*» doit être considérée comme responsable des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par la société «*Optique Ginet*» ;

Considérant que les courriers contenant la notification de griefs, puis le rapport, adressés à la société LP Optique exploitant un magasin à l enseigne «*Brotteaux Optique*», 104, boulevard des Belges, 69006 Lyon, ont été retournés au Conseil avec la mention «*changement de propriétaire, pas de dossier à ce nom*» ; qu'il n'a pas été possible d'établir l'identité du signataire de cette mention ; que ledit magasin est exploité depuis le 1^{er} juin 2000 par la S.A.R.L. «*Brotteaux Optique*» qui a acquis le fonds de commerce de la société LP Optique, laquelle a été dissoute ; que si la société «*Brotteaux Optique*» a ainsi recueilli l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction, du fait du rachat de ce fonds de commerce, il est constant qu'elle n'a pu prendre connaissance des griefs retenus à l'encontre de la société LP Optique et présenter ses observations éventuelles ; que, dès lors, le respect des droits de la défense s'oppose à ce qu'elle fasse l'objet d'une sanction ;

Considérant que, par un courrier du 21 juin 2001, M^{me} Laurence Posso, gérante de la Sarl «*Cristal Optique*», fait valoir qu'elle n'a racheté, avec sa sœur, les parts de ladite société que le 1^{er} juillet 1998, soit postérieurement aux faits qui lui sont reprochés ; qu'en outre, la société «*Cristal Optique*» a été rachetée par la société «*Real Optique*», laquelle n'exploite plus de commerce d'optique à l'adresse (76, rue Edouard Herriot, 69002 Lyon), qui était celle du magasin de la société «*Cristal Optique*» ; qu'ainsi qu'il a déjà été dit, la société «*Cristal Optique*» est restée responsable des agissements qui lui sont reprochés, quels que soient les changements intervenus dans son capi-

tal et sa direction, jusqu'à son absorption par la société «*Real Optique*» ; que cette dernière a recueilli l'ensemble des droits et obligations de la société «*Cristal Optique*» qu'elle a absorbée, nonobstant le fait qu'elle a déménagé à Villeurbanne ; que la gérante de la Sarl «*Real Optique*» n'est autre que M^{me} Laurence Posso ; que si la notification de griefs et le rapport ont été adressés à la société «*Cristal Optique*», il résulte du courrier envoyé le 21 juin 2001 par M^{me} Posso que les deux documents sont bien parvenus à la gérante de «*Real Optique*», société absorbante, qui a, ainsi, présenté ses moyens de défense ; que, dès lors, rien ne s'oppose à ce que la Sarl «*Real Optique*» réponde des pratiques qui ont été commises par la Sarl «*Cristal Optique*» ;

Considérant que les courriers contenant la notification de griefs, puis le rapport, adressés à «*Mathieu Opticien*» à Mions (69780) sont revenus avec la mention «*N'habite pas à l'adresse indiquée*» ; que le commerce d'optique situé à cette adresse était exploité en nom personnel par M. Pierre Henry Mathieu ; qu'il y a eu cessation totale d'activité en octobre 1998 ; que si M. Pierre Henry Mathieu reste responsable personnellement des faits commis pendant qu'il gérât ce commerce, il n'a pas été possible de lui notifier les griefs retenus à son encontre et il n'a donc pu être à même de présenter ses observations éventuelles ; que, dès lors, il ne pourra faire l'objet d'aucune sanction ;

Sur l'organisation de la réunion du 8 octobre 1996

Considérant que la réunion qui a eu lieu le 8 octobre 1996 à la brasserie «*Paulaner*», Place Bellecour à Lyon, et à laquelle ont participé une cinquantaine d'opticiens, a fait suite à l'ouverture, fin septembre 1996, d'un point de vente «*Optical Center*», 4 rue de la Bourse à Lyon (1^{er}) ; que ce magasin avait lancé une importante campagne de publicité sur toute l'agglomération lyonnaise, faisant état de réductions de prix allant de 20 % sur les lunettes de soleil et les lentilles de contact à 40 % sur les verres et les montures optiques, y compris sur les marques les plus prestigieuses ; qu'un certain nombre de ces marques «*haut de gamme*» étaient effectivement affichées en vitrine et sur la porte du magasin et figuraient sur la «*chiffonnette*» publicitaire remise par le magasin «*Optical Center*» à ses clients ;

Considérant que, contrairement à ce qui est soutenu par certains opticiens ayant participé à cette réunion, son objet n'était pas seulement d'échanger des informations et des points de vue entre les participants, mais de s'entendre sur des mesures de représailles à exercer à l'encontre des 14 fournisseurs du magasin «*Optical Center*» en produits «*haut de gamme*», s'ils continuaient à le livrer ; qu'en effet, l'organisation d'un boycott de ces fournisseurs a été discutée ; qu'il a ainsi été décidé, à l'issue d'un vote des participants, que chaque entreprise enverrait, dans un premier temps, auxdits fournisseurs un courrier destiné à faire pression sur eux en vue de les amener à cesser d'approvisionner le magasin «*Optical Center*» ; qu'à cet effet, deux formulations type ont été proposées aux participants dans un dossier mis à leur disposition ; que cette réunion constituait donc bien une «*action concertée*» ayant pour objet «*d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence*» sur le marché des lunettes de marque de l'agglomération lyonnaise et, plus particulièrement, de «*limiter le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises*»

et de «faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché», toutes pratiques prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant que si le nombre et l'identité exacts des participants à la réunion du 8 octobre 1996 ne sont pas connus, il est établi que les entreprises Bourdeau, Nagabbo, Optique Chavril et Europtic ont été les instigatrices de cette réunion et qu'elles en ont assuré l'organisation, l'animation et le suivi ; qu'en effet, M^{me} Evelyne Brethes, présidente de la société Contact Optique a déclaré que telles étaient les sociétés organisatrices (cote 6) ; que cette déclaration est confirmée par celle de M. André Guigues responsable d'Optique Chavril (cote 92) ; que M^{me} Patris, présidente de la société anonyme «Europtic», a reconnu avoir préparé le dossier mis à disposition des participants à la réunion qui contenait la publicité diffusée par «Optical Center», un devis établi par cet opticien, la liste des marques exposées par lui en vitrine et une lettre type comportant deux formulations destinées à être envoyées aux fournisseurs dont les marques figurent sur cette liste ; que selon M. André Guigues (cote 96), c'est la société Naggabo qui a proposé les deux options de la lettre type ; que les dirigeants des entreprises «Bourdeau», «Optique Chavril» et «Naggabo» ont, à l'occasion du Salon international de la lunetterie, de l'optique oculaire et du matériel pour opticiens (SILMO) qui se tenait à Paris du 25 au 28 octobre 1996, rencontré un certain nombre des fournisseurs visés lors de la réunion du 8 octobre précédent pour leur faire part de la position adoptée en commun par les opticiens présents et faire pression sur ces fournisseurs en vue d'obtenir qu'ils ne livrent plus le magasin «Optical Center» ; qu'ainsi, en prenant l'initiative d'organiser cette réunion, en la préparant et en l'animant, en la prolongeant par des contacts avec les fournisseurs lors du SILMO et par deux réunions ultérieures les 5 novembre 1996 et 7 janvier 1997, les quatre entreprises précitées ont été à l'origine d'une action concertée ayant pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché des lunettes de marque de l'agglomération lyonnaise et, de ce fait, prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Sur les messages adressés par des opticiens lyonnais à leurs fournisseurs

Considérant que, dans la période du 9 octobre 1996 au 5 novembre 1996, 36 entreprises d'optique de la région lyonnaise (Cristal Optique, S.A. Nagabbo, S.A.R.L. Bourdeau, Optique Chavril, S.A.R.L. Guigues Optique, Europtic S.A., Optique Ginet S.A., Idéal Optique S.A., S.A.R.L. C.G. Optique, EURL Francheville Optique, Christian Grenier, S.A.R.L. J. Peter, Optique Moderne Claude Moch, Optique Gimet, Optique Galimard, DTS Optique, Optique du Serpent, Optique Poignant S.A., Troussey Optique, Optique Chavet, Optique Torrilhon S.A., Optique Ducret, Razy Optique S.A., S.A.R.L. Optique 73, La Grande Pharmacie Lyonnaise, Optique Provansal, S.A. Thivend, Brotteaux Optique, Debaugé S.A., Saint Priest Optique S.A., Optique 54, S.A. Optique du Grand Large, Mathieu Opticien, Visions et Regards, Grand Optical, Optique Médicale D. Girod.) ont envoyé un courrier à au moins l'un des fournisseurs visés lors de la réunion du 8 octobre 1996 ; que, dans la majorité des cas, ces courriers reprenaient purement et simplement l'une des deux formulations type proposées lors

de ladite réunion ; que, lorsqu'ils s'en écartaient légèrement, leur sens était le même ; que, contrairement à ce qui est soutenu par certaines de ces entreprises, ces courriers n'étaient pas de simples lettres de demande d'informations adressées aux fournisseurs au sujet de leur politique commerciale ; qu'en effet, ils contenaient des formules telles que *«Au vu des nouvelles options que vous semblez prendre sur Lyon, j'ai le regret de vous informer que je suis dans l'obligation de suspendre la promotion de vos marques ... et, et, ce, dans le seul et unique but de préserver l'image et la réputation de mon magasin»* (1^{ère} formulation type proposée lors de la réunion du 8 octobre 1996) ou *«Nous sommes très surpris des choix commerciaux que vous semblez faire sur Lyon actuellement. Vous comprendrez aisément qu'afin de préserver l'image et la réputation de notre magasin, nous nous devons de prendre du recul par rapport aux produits concernés»* (2^{ème} formulation type proposée lors de la réunion du 8 octobre 1996) ; que ces formules étaient manifestement destinées à exercer une pression sur les fournisseurs afin d'obtenir que ceux-ci remettent en cause les relations commerciales entamées avec *«Optical Center»* ; que, par ailleurs, les entreprises Contact Optique et O. Lefebvre, n'ont pas envoyé de courrier, mais ont eu des contacts téléphoniques avec un de leurs fournisseurs, durant la même période de temps, et ont reçu de ce fournisseur en réponse le même courrier type que celui envoyé à leurs confrères leur ayant écrit ; que, les entreprises *«Debourg Optique»* et *«P. Sanders»* ont admis avoir fait part de leur mécontentement à leurs fournisseurs par l'intermédiaire de leurs représentants ; qu'en envoyant des courriers rédigés dans des termes identiques à ceux proposés lors de la réunion du 8 octobre 1996 ou s'en inspirant manifestement, dans les jours qui ont suivi celle-ci, aux fournisseurs désignés lors de cette réunion, ou en leur transmettant des messages d'une teneur identique sous forme de communication téléphonique ou par l'intermédiaire des représentants desdits fournisseurs, les entreprises concernées se sont associées à l'action décidée au cours de cette réunion ; qu'il s'agit d'une action concertée tendant à limiter le libre exercice de la concurrence et faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, et, donc, prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant que M. Caillat, dirigeant des trois sociétés Idéal Optique S.A., S.A.R.L. CG Optique et E.U.R.L. Francheville Optique, qui a envoyé une lettre à 5 des fournisseurs visés, soutient qu'il n'a pas participé à la réunion du 8 octobre 1996 et qu'il a réagi de façon individuelle aux pratiques commerciales d'*«Optical Center»* sans concertation avec ses confrères ; qu'il n'y a pas eu accord de volontés entre les entreprises qui ont envoyé ces courriers à leurs fournisseurs ;

Considérant, toutefois, que M. Caillat a admis, dans ses déclarations lors de l'enquête administrative (cotes 231 à 236), qu'il avait été informé de la réunion du 8 octobre 1996 et de son objet et qu'il avait eu connaissance du dossier remis aux participants à cette réunion ; que les courriers qu'il a envoyés à cinq fournisseurs visés lors de la réunion, au nom de chacune des trois sociétés qu'il dirige, datés du 10 octobre 1996, reprennent intégralement la 1^{ère} formulation type, augmentée d'ajouts personnels ; que M. Caillat a reconnu avoir participé à une deuxième réunion qui s'est tenue le 5 novembre 1996 et qui avait pour but de faire le point sur l'action commune décidée lors de la réunion du 8 octobre 1996 ; que, dans ces conditions, il existe un faisceau d'in-

dices graves, précis et concordants qui établissent que les courriers envoyés par M. Caillat ne sont pas le fruit d'une décision individuelle, mais s'insèrent dans le mouvement concerté décidé par les participants à la réunion du 5 octobre 1996 en vue de faire pression sur leurs fournisseurs ; que le fait que chacun des opticiens qui ont écrit à leurs fournisseurs, n'ait pas informé ses confrères de sa démarche est sans incidence sur la qualification d'«*action concertée*» retenue, dès lors que cet envoi de courriers rédigés dans des termes semblables avait été décidé en commun par les opticiens participant à la réunion du 8 octobre 1996 et qu'en envoyant un courrier, chacun des opticiens concernés a manifesté son adhésion à l'action commune entreprise ;

Considérant que la société «*Les Opticiens Economes*» (L.O.E.), venant aux droits de la société «*Optique Ginet*», soutient que M. Philippe Ginet, qui a envoyé des courriers à six fournisseurs, a agi de façon autonome et indépendante par rapport aux autres opticiens ; qu'en effet, s'il a participé à la réunion du 8 octobre 1996, il n'en connaissait pas à l'avance l'objet exact ; qu'il n'a pas eu connaissance des formulations type figurant dans le dossier mis à la disposition des participants à cette réunion ; qu'il a adressé à ses fournisseurs des courriers personnalisés ne reprenant pas ces formulations type ; qu'il a écrit à un fournisseur, la société Lux de Morez (marque Fred) qui ne livrait pas le magasin «*Optical Center*» ; qu'il n'a participé à aucune autre réunion ;

Considérant, toutefois, que M. Ginet a reconnu, lors de son audition par les enquêteurs de l'administration (cotes 140 et 141), avoir participé à la réunion du 8 octobre 1996 et avoir eu connaissance du dossier diffusé lors de cette réunion ; qu'il a admis avoir lui-même informé d'autres opticiens de la tenue de cette réunion ; qu'il apparaît ainsi peu vraisemblable qu'il en ait ignoré l'objet ; que la marque Fred figurait sur la «*liste des marques Optical Center*» qui faisait partie du dossier et que d'autres opticiens lyonnais ont d'ailleurs adressé des courriers à ce fournisseur ; que les courriers qu'il a envoyés sont datés du 10 octobre 1996, soit deux jours après la réunion du 8 et que, s'ils ne reprennent aucune des deux formulations type, ils sont entièrement conformes à leur esprit, tout en étant plus explicites, puisqu'ils annoncent dans trois cas (courriers adressés à Luxottica, Lux de Morez et O.D.L.M.) des mesures concrètes de représailles à l'encontre des fournisseurs ; que, dans ces conditions, il existe un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant que M. Ginet n'a pas agi de façon autonome mais qu'il s'est joint à l'action concertée décidée lors de la réunion du 8 octobre 1996 ;

Considérant que la société «*Grand Optical*», qui reconnaît avoir adressé à 7 fournisseurs un courrier daté du 24 octobre 1996, soutient qu'elle a agi indépendamment des autres opticiens ; qu'en effet, elle n'a participé à aucune des réunions qui ont eu lieu à Lyon ; que son courrier ne reprend aucune des deux formulations type proposées lors de la première de ces réunions ; qu'en outre, ce courrier, adressé directement depuis le siège de Paris-La Défense par le directeur des approvisionnements ne contiendrait aucune menace, ni pression à l'encontre desdits fournisseurs et ne ferait état d'aucune mesure de rétorsion ;

Considérant, toutefois, que s'il n'est pas établi qu'un de ses représentants ait participé aux réunions organisées à Lyon, la société «*Grand Optical*» disposait de deux magasins dans cette ville à l'époque des faits ; qu'il n'est

donc pas exclu que les responsables de ces magasins aient été informés de la tenue de ces réunions et des décisions qui y ont été prises et en aient, à leur tour, informé la direction des approvisionnements de la société ; que les courriers envoyés par «Grand Optical» sont datés du 24 octobre 1996, soit quatorze jours après la réunion du 8 octobre, et qu'ils se réfèrent à l'ouverture du magasin Optical Center à Lyon, alors que celle-ci remonte à fin septembre ; que s'ils ne reprennent pas les formulations type proposées lors de cette réunion, ils contiennent des formules assez proches et qui visent de façon explicite à faire pression sur les destinataires (*«Je souhaiterais donc que vous me fassiez connaître votre position sur ce sujet ainsi que sur la stratégie 1997 en ce qui concerne la distribution de vos produits. Cela m'est nécessaire et vous n'en douterez pas pour prendre les décisions sur notre stratégie d'assortiment. Je considère, en effet, que l'implantation de vos produits d'une manière massive dans un circuit discount, peuvent remettre en cause nos relations commerciales.»*) ; que ces courriers ont été adressées à six fournisseurs de produits figurant sur la «liste des marques Optical Center» qui faisait partie du dossier mis à la disposition des participants à la réunion du 8 octobre 1996 ; qu'ainsi, il existe un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant que la société «Grand Optical» n'a pas agi de façon autonome, mais qu'elle s'est jointe à l'action concertée décidée lors de la réunion du 8 octobre 1996 ;

Considérant que les entreprises «Contact Optique» et «Olivier Lefebvre» ont admis avoir eu un contact téléphonique avec le fournisseur Luxottica, ce qui est, en outre, attesté par le fait qu'elles ont reçu, dans une version légèrement modifiée, la réponse standard adressée le 15 octobre 1996 par cette société aux opticiens qui lui avaient écrit dans les jours suivant la réunion du 8 octobre 1996 ; que, par ce contact téléphonique, dont la teneur peut être déduite de la réponse qui leur a été adressée et qui s'est produit dans la période suivant immédiatement la tenue de ladite réunion, ces deux sociétés se sont associées au mouvement concerté décidé au cours de cette réunion ;

Considérant d'ailleurs que si la S.A.R.L. «O. Lefebvre» soutient que «la pratique concertée alléguée n'apparaît pas démontrée» et que sa «réaction a été spécifique, démontrant l'absence de toute réaction concertée», il ressort des pièces du dossier que M. Lefebvre, qui a reconnu avoir participé à la réunion du 8 octobre 1996, avait préparé le brouillon d'une lettre qu'il n'a finalement pas envoyée et qui se terminait par les mots «Souhaitant que mes propos et ceux de mes confrères vous permettront de prendre des décisions constructives...» ; qu'à défaut d'envoyer un courrier, il a téléphoné à au moins un des fournisseurs concernés (la société Luxottica) dans la période suivant la tenue de cette réunion ; que la teneur de cette conversation téléphonique devait être très proche du contenu des courriers envoyés par ses confrères, dès lors que Luxottica lui a fait parvenir une réponse reprenant les termes de celle qu'elle a envoyée aux opticiens qui lui avaient écrit ; qu'ainsi, la S.A.R.L. «O. Lefebvre» n'est pas fondée à soutenir qu'elle aurait agi indépendamment des autres opticiens et de manière non concertée ;

Considérant que les sociétés «Debourg Optique» et «P. Sanders», si elles n'ont pas envoyé de courrier aux fournisseurs, ont admis avoir informé leurs fournisseurs de leur mécontentement par l'intermédiaire de leurs représentants, dont elles reçoivent la visite régulièrement ;

Considérant que si la société «*Debourg Optique*» soutient qu'elle n'a commis aucune infraction à l'article L. 420-1 du code de commerce, dès lors qu'elle n'a participé à aucune réunion, qu'elle n'a envoyé aucun courrier et qu'elle s'est bornée à faire part de son mécontentement à ses fournisseurs par l'intermédiaire de leurs représentants, M. Kalfoun, son gérant, a déclaré lors de l'enquête administrative (cotes 382 à 388), qu'il avait appris que l'objet de la réunion du 5 novembre 1996 était de boycotter certains fournisseurs et qu'il «*souhaitait être solidaire de cette action commune aux opticiens lyonnais*» ; que, par ailleurs, s'il n'a pas fait parvenir de lettres à ses fournisseurs, c'est parce qu'il pensait que cette action (faire transmettre ses doléances par l'intermédiaire des représentants) «*serait plus efficace*» ; qu'ainsi M. Kalfoun a reconnu explicitement qu'il a entendu agir dans le cadre du mouvement collectif lancé par ses collègues ayant participé aux différentes réunions qui ont eu lieu à la suite de l'ouverture du magasin «*Optical center*» et en vue de faire pression sur ses fournisseurs ;

Considérant que si la S.A.R.L. Optique Sanders soutient que «*la pratique concertée alléguée n'apparaît pas démontrée*» et que sa «*réaction a été spécifique, démontrant l'absence de toute réaction concertée*», son gérant, M. Patrick Sanders, a déclaré lors de l'enquête administrative que c'est à l'issue d'une réunion qui s'est tenue début novembre et à laquelle il avait participé à l'invitation de son collègue, M. Guigues fils (société Optique Chavril), qu'il a informé, par l'intermédiaire de leurs représentants, ses fournisseurs présents dans le magasin «*Optical Center*» qu'il cessait ses relations commerciales avec eux (cotes 487) ; qu'ainsi M. Sanders a reconnu qu'il avait entendu exercer des pressions sur ses fournisseurs et qu'il agissait dans le cadre du mouvement collectif des opticiens lyonnais ;

Considérant que la société «*Optique Médicale Girod*», dont le siège est à Autun (Saône-et-Loire), a fait parvenir des courriers, datés du 10 octobre 1996, à 5 fournisseurs (Luxottica, O.D.L.M., Jullien, Lux de Morez et L'Amy), qui en ont remis les doubles figurant au dossier ; que ces courriers reprennent quasiment à l'identique la formulation type n° 1 proposée aux opticiens lyonnais lors de la réunion du 8 octobre 1996 ; que M. Daniel Girod, signataire de la lettre, prend la peine d'expliquer en *post-scriptum* que sa position est «*circonstanciée par son association sur plusieurs magasins de Lyon et sera appliquée sur Autun*» ; qu'ainsi, et contrairement à ce qu'allègue la société dans ses observations, elle a entendu elle-même situer clairement sa démarche dans le cadre du mouvement concerté entre les opticiens lyonnais, en tant qu'entreprise ayant des intérêts dans des magasins lyonnais ; qu'ainsi qu'il a déjà été dit, les termes employés dans ces courriers ne constituaient pas une simple demande d'explications aux fournisseurs sur leur attitude vis-à-vis d'Optical Center, mais traduisaient une volonté de faire pression sur eux ; que l'absence éventuelle d'effet d'une pratique anticoncurrentielle ne saurait la rendre licite, dès lors que son objet était bien de limiter la concurrence sur un marché donné ; qu'il suit de tout ce qui précède que la société «*Optique Médicale Girod*», en envoyant ces courriers, et bien qu'elle allègue qu'elle n'a pas eu d'autre action vis-à-vis de ses fournisseurs, s'est associée à une action concertée à but anticoncurrentiel prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant que M. Christian Grenier, exploitant un magasin situé 15, Cours Lafayette, 69006 Lyon, avait déclaré que, s'il avait été informé de la tenue de la réunion du 8 octobre 1996, il n'y avait pas participé et qu'il n'avait envoyé aucun courrier à ses fournisseurs ; que, néanmoins, la société Luxottica a produit le double d'un courrier envoyé par M. Grenier, daté du 17 octobre 1996 et clairement inspiré de la formule type n° 2 proposée lors de la réunion du 8 octobre ; que cette lettre se termine par la remarque suivante : «*Veillez transmettre à vos représentants que je ne désire pas les recevoir pour le moment*» ; que si M. Grenier soutient tardivement, dans un courrier du 28 décembre 2001, qu'il a agi en toute indépendance et parce qu'il était peu satisfait de ce fournisseur, le lieu d'exercice de M. Grenier, la teneur de son courrier et sa date constituent des indices précis, sérieux et convergents de ce que l'envoi de ce courrier se situait dans le cadre de l'action concertée mise en œuvre par les opticiens lyonnais ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les sociétés Cristal Optique, S.A. Nagabbo, Sarl Bourdeau, Optique Chavril, Sarl Guigues Optique, Europtic S.A., société «*Les Opticiens Economes*» venant aux droits de la société Optique Ginet S.A., Idéal Optique S.A., Sarl C.G. Optique, Eurl Francheville Optique, Christian Grenier, Sarl J. Peter, Optique Moderne Claude Moch, Optique Gimet, Optique Galimard, Dts Optique, Optique du serpent, Optique Poignant S.A., Troussey Optique, Optique Chavet, Optique Torrilhon S.A., Optique Ducret, Razy Optique S.A., Sarl Optique 73, La Grande Pharmacie Lyonnaise, Optique Provansal, S.A. Thivend, Brotteaux Optique, Debauge S.A., Saint Priest Optique S.A., Optique 54, S.A. Optique du Grand Large, Visions et Regards, Grand Optical, Optique Médicale D. Girod, Contact Optique, O. Lefebvre, Debourg Optique, P. Sanders ont, ainsi adhéré à une pratique concertée consistant à faire pression sur leurs fournisseurs dans le cadre de la campagne collective décidée lors de la réunion du 8 octobre 1996 destinée à amener ces derniers à ne plus approvisionner un concurrent et à contraindre ce dernier à modifier sa politique commerciale ;

Sur les mesures de représailles prises par certaines entreprises à l'encontre de leurs fournisseurs

Considérant que dix-sept opticiens, (Nagabbo S.A., Bourdeau SARL, Optique Chavril, Europtic S.A, Optique Gimet S.A., Idéal Optique, Debourg Optique, P. Sanders, Poignant, O. Lefebvre, Optique Chavet, Optique Ducret, Grande Pharmacie Lyonnaise, Brotteaux Optique, Optique du Grand Large, Mathieu Opticien, Visions et Regards) ont pris des mesures concrètes à l'encontre de certains de leurs fournisseurs ; que ces mesures, suivant les cas, consistent en l'annulation de commandes en cours, le retour de marchandises déjà livrées, le renvoi au fournisseur de son matériel de P.L.V. (publicité sur le lieu de vente), la non présentation de ses produits en vitrine ou dans le magasin, la cessation de toute nouvelle commande, le ralentissement du rythme de réapprovisionnement ou la limitation des nouvelles commandes en quantités et la recherche de nouveaux fournisseurs ; que ces différentes mesures prolongent, dans la plupart des cas, l'envoi d'un courrier et s'insèrent dans la stratégie de pressions concertées sur les fournisseurs adoptée par les professionnels lyonnais lors de la réunion du 8 octobre 1996, ayant pour objet de fausser le jeu de la

libre concurrence sur le marché des lunettes de marque de l'agglomération lyonnaise, et donc prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant que M. Bourdeau, gérant de la SARL *«Optique lunetterie Bourdeau»*, a déclaré (cotes 59 et 61) ne plus mettre en avant dans son magasin les montures des marques Yves-Saint-Laurent, Armani, Oliver, Valentino, Vogue, Genny, Persol, Moschino (marques commercialisées par la société Luxottica), figurant toutes sur la liste des marques proposées par le magasin *«Optical Center»* ; que la société Jullien a produit un bordereau (cote 698) établissant qu'une commande passée par la société Bourdeau avait été annulée *«cause Optical Center»* ; qu'ainsi et nonobstant le fait que les relations commerciales auraient été, aux dires de la société, maintenues avec les autres fournisseurs du magasin Optical Center, la société Bourdeau a pris des mesures dont la nature, le contexte et la mention *«cause Optical Center»* établissent qu'elles visaient à faire pression sur au moins deux fournisseurs du magasin *«Optical Center»* en vue d'amener ceux-ci à ne plus l'approvisionner ;

Considérant qu'il est établi par les déclarations de son responsable, M. Guillermin (cotes 21-22) que la société Nagabbo a retourné à son fournisseur *«Prestige de Paris»* une commande déjà livrée de la marque *«Fred»* d'un montant de 8 202 F ; qu'elle a également retourné à ce fournisseur le matériel publicitaire qu'elle détenait ; qu'elle a annulé une commande non encore livrée passée à la société Luxottica ; que les produits des *«marques concernées»* (c'est à dire présentes chez *«Optical Center»*) ont été retirés des vitrines ; que les commandes aux *«autres fournisseurs concernés»* ont été réduites ; qu'un document statistique produit par la société Berthet-Bondet montre que le chiffre d'affaires réalisé avec les deux magasins Nagabbo est devenu nul au cours du 1^{er} semestre 1997 ; qu'ainsi, la société Nagabbo a pris des mesures dont les victimes, la nature et le contexte établissent qu'elles visaient à faire pression sur les fournisseurs du magasin *«Optical Center»* en vue d'amener ceux-ci à ne plus l'approvisionner ;

Considérant que M. Guigues, responsable du magasin *«Optique Chavril»*, a admis avoir suspendu une commande chez Luxottica et une commande chez Jullien (cotes 93-94) ; que M^{me} Patris, présidente de la société *«Europtic»*, a déclaré (cotes 123-124) : *«je n'ai effectué aucun achat auprès des fournisseurs présents chez Optical Center depuis qu'Optical Center s'est installé à Lyon»* ; qu'un bordereau produit par la société Jullien établit qu'une commande passée par la société *«Europtic»* a été annulée le 25 septembre 1996 par ladite société *«Cause Optical Center»* (cote 698) ; qu'ainsi il est établi que les sociétés *«Optique Chavril»* et *«Europtic»* ont pris des mesures dont les victimes, la nature et le contexte établissent qu'elles visaient à faire pression sur les fournisseurs du magasin *«Optical Center»* ;

Considérant que les sociétés Bourdeau Optique, Nagabbo, Optique Chavril et Europtic soutiennent que leurs agissements n'auraient eu qu'un effet très limité voire nul sur les fournisseurs, puisqu'en définitive un seul d'entre eux (la société L'Amy) a rompu avec Optical Center ; qu'en outre, la société L'Amy n'aurait pas agi ainsi en raison des pressions des distributeurs, mais uniquement parce qu'elle aurait constaté le non respect par Optical Center

de ses engagements en tant que distributeur agréé ; qu'enfin, l'effet sur le marché a été quasiment nul et qu'en tout cas Optical Center a pu développer normalement son activité ;

Considérant, toutefois, que pour qu'une action concertée soit prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce, il suffit qu'elle ait *pour objet* ou *puisse avoir pour effet* d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché ; qu'il résulte des termes même de ce texte qu'une pratique anticoncurrentielle est prohibée, même si elle n'a pas eu d'effet réel sur le jeu de la concurrence, dès lors que l'intention de ses auteurs était d'obtenir un tel effet ; qu'ainsi, le fait que seule la société L'Amy ait en définitive rompu avec «*Optical Center*», quelles que soient les raisons pour lesquelles elle a décidé cette rupture, ou que la société «*Optical Center*» ait pu poursuivre son activité, sont sans incidence sur la qualification des pratiques mises en œuvre par les sociétés Bourdeau, Nagabbo, Optique Chavril et Europtic, dès lors que les mesures ci-dessus décrites prises à l'encontre de leurs fournisseurs avaient pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché lyonnais des lunettes de marque ;

Considérant que M. Thierry Caillat, dirigeant des trois sociétés Idéal Optique S.A., C.G. Optique et E.U.R.L. Francheville Optique, a reconnu, lors de l'enquête administrative (cotes 232-234), avoir pris des contacts téléphoniques, puis envoyé des courriers à certains de ses fournisseurs ; qu'il a déclaré : «*J'ai décidé personnellement et individuellement de cesser la publicité dans ma vitrine pour les marques concernées*» ; que, toutefois, il justifie ses agissements par l'obligation de se défendre contre les pratiques illégales et «*prédatrices*» d'Optical Center et par la volonté d'amener les fournisseurs à respecter les clauses des contrats de distribution sélective qu'ils ont eux même imposés aux détaillants distributeurs ;

Mais considérant que, ni l'illicéité alléguée des pratiques d'Optical Center, ni le non respect supposé par les fournisseurs des clauses des contrats de distribution sélective mis en place par eux, ne sauraient avoir pour effet de rendre licites les pratiques de pressions concertées sur lesdits fournisseurs mises en oeuvre par les opticiens lyonnais, et notamment par M. Caillat, et qui sont prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant que la Sarl Debourg Optique soutient qu'elle n'a jamais interrompu ses relations commerciales avec la société Luxottica, que ses relations ont toujours été très faibles avec Jullien et quasiment inexistantes avec Aïress ; que, toutefois, M. Kalfoun, gérant de ladite société, a lui-même déclaré, lors de l'enquête administrative (cotes 384-385) : «*Je n'ai pas renvoyé de commandes livrées, mais j'ai suspendu toute nouvelle commande chez Luxottica, Aïress, Silhouette et Jullien. Je vais essayer de diversifier mes achats en m'adressant à d'autres fournisseurs dont les produits présentent des caractéristiques équivalentes.*» ; qu'ainsi, M. Kalfoun a clairement exprimé sa volonté d'exercer au moins temporairement des pressions sur certains de ses fournisseurs ; qu'en outre, les factures adressées par la société Luxottica à la Sarl Debourg Optique, produites par ladite société, font apparaître un chiffre d'affaires nettement plus élevé entre septembre et décembre 1997 qu'entre septembre et décembre 1996 (18 000,09 F en 1997 contre 11 551,62 F en 1996) ;

Considérant qu'un certain nombre d'entreprises (les sociétés Bourdeau, Nagabbo, Optique Chavril, Europtic, Optique Chavet, Optique Poignant, Optique Ducret, Idéal Optique, Les Opticiens Economes, venant aux droits de la société Optique Ginet) soutiennent que les pratiques d'«*Optical Center*» en matière de publicité et de rabais seraient illicites, en ce que les rabais seraient calculés sur des prix de base volontairement exagérés et que la publicité serait de nature à tromper le consommateur ;

Mais considérant qu'il n'appartient pas au Conseil de se prononcer sur le caractère éventuellement illicite des pratiques d'Optical Center ; qu'il appartenait aux opticiens concurrents de saisir desdites pratiques, s'ils le jugeaient utile, l'administration ou les tribunaux, ce que certains assurent avoir fait ; qu'en tout état de cause, même si le caractère illicite des agissements d'Optical Center était établi, il ne saurait rendre légitime les pratiques anti-concurrentielles mises en œuvre, en réaction, par les opticiens lyonnais ; qu'en aucun cas, il ne saurait être admis que des entreprises se fassent justice elles mêmes au nom d'un prétendu «*droit de légitime défense économique*» ;

Considérant que plusieurs sociétés (optique Gimet, Troussey Optique, Razy Optique, Optique 73, Optique Torrilhon, Optique Saint-Priest, Optique 54) et, de façon plus détaillée, la société «*Idéal Optique*» soutiennent, en outre, que leur réaction était dirigée contre les fournisseurs avec qui ils étaient liés par des contrats de distribution sélective ; que, selon elles, les pratiques d'«*Optical Center*» en matière de rabais et de publicité étaient incompatibles avec les termes de ces contrats ; qu'ils entendaient, par leur action, obtenir que leurs fournisseurs imposent à «*Optical Center*» le respect des engagements contenus dans ces contrats, rétablissant ainsi une égalité de traitement entre tous les distributeurs ;

Mais considérant que les opticiens lyonnais ne se sont pas bornés à demander des explications à leurs fournisseurs au sujet de l'application des contrats de distribution sélective ; qu'ils ont, en effet, organisé une action visant à faire pression sur lesdits fournisseurs d'abord par l'envoi d'un courrier, puis, pour certains, par l'adoption de mesures telles que l'annulation de commandes, le renvoi de marchandises déjà reçues, le retrait des produits de leurs vitrines ; que ces pratiques, qui avaient pour but d'obliger les fournisseurs à cesser d'approvisionner «*Optical Center*», sont, en tout état de cause, prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les entreprises :

- Nagabbo S.A. (annulation de commande ; retour de marchandises ; retour de P.L.V. ; produits des fournisseurs ne sont plus présentés en vitrine ; nouvelles commandes limitées) ;
- Bourdeau Sarl (annulation d'une commande ; produits ne sont plus mis en avant) ;
- Optique Chavril (suspension de commandes) ;
- Europtic S.A. (annulation d'une commande en cours ; pas de nouvelle commande) ;
- Société «*Les Opticiens Economes*» venant aux droits de la société Optique Ginet S.A. (commandes annulées) ;
- Idéal Optique (produits ne sont plus présentés en vitrine) ;
- Debourg Optique (pas de nouvelle commande) ;

- P. Sanders (cessation des relations commerciales avec les fournisseurs concernés) ;
- Poignant (annulation de commandes) ;
- O. Lefebvre (pas de nouvelle commande à un fournisseur) ;
- Optique Chavet (annulation d'une commande ; retour de marchandises, pas de nouvelles commandes) ;
- Optique Ducret (annulation de commandes) ;
- Grande Pharmacie Lyonnaise (annulation d'une commande) ;
- Brotteaux Optique (cessation des relations commerciales avec différents fournisseurs) ;
- Mathieu Opticien (cessation des relations commerciales avec les fournisseurs concernés) ;
- Optique du Grand Large (réduction des commandes de 50 %) ;
- Visions et regards (ralentissement des commandes) ;

ont modifié défavorablement leur politique commerciale à l'égard de fournisseurs d'Optical Center ; que les mesures prises ont été précédées ou annoncées par un courrier adressé à ces fournisseurs ou par un message téléphonique ou transmis par l'intermédiaire des représentants ; que ces courriers ou messages contenaient, de façon suffisamment claire, des menaces de représailles qui ont donc été mises en œuvre sous des formes variées par ces entreprises ; que l'envoi de ces courriers et le principe d'un «*boycott*» des producteurs avaient été décidés collectivement lors de la réunion du 8 octobre 1996 ; que, dans ces conditions, il existe un faisceau d'indices graves, précis et concordants établissant que ces mesures de représailles à l'égard de certains fournisseurs s'insèrent dans une pratique concertée, visant à obliger un concurrent à modifier sa politique commerciale, pratique prohibée, comme telle, par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Sur les mesures prises par certains fabricants à l'encontre d'Optical Center

Société L'Amy France

Considérant qu'il est établi que la société L'Amy France, distributeur des marques Lacoste, Nina Ricci et Chevignon, avait signé, préalablement à l'ouverture du magasin Optical Center de Lyon, des contrats de distributeur agréé avec celui-ci pour les marques Nina Ricci et Lacoste (la marque Chevignon ne faisant pas l'objet de contrats), alors qu'elle ne pouvait ignorer les pratiques commerciales habituelles de cette enseigne ; que postérieurement aux contacts pris avec les opticiens lyonnais au SILMO et à la campagne de courriers initiée par ceux-ci, elle a imposé au magasin «*Optical Center*» de Lyon de faire figurer la mention «*sauf Nina Ricci et Lacoste*» sur ses publicités, puis a étendu cette disposition à la marque «*Chevignon*» et à tous les points de vente «*Optical Center*» de France ; que, dans un troisième temps, tirant argument de la présence du logo «*lunettes Lacoste*» sur la chiffonnette remise par Optical Center à ses clients, elle a rompu unilatéralement les contrats qui la liaient à Optical Center Lyon et a pris des dispositions pour récupérer les produits de ces deux marques et la P.L.V. détenus par ce magasin ;

Considérant que la société L'Amy France soutient que les mesures qu'elle a prises à l'encontre d'Optical Center auraient été décidées en considération des manquements de la société Eyes Cube, propriétaire du fonds de commerce, à ses engagements contractuels et indépendamment de toute pression exercée par les opticiens lyonnais ; qu'elle soutient également que les courriers de ces derniers l'auraient simplement informée des pratiques commerciales d'Optical Center et que les opticiens lyonnais ne pesaient pas d'un poids suffisant pour la contraindre à prendre des mesures à l'encontre d'Optical Center ;

Considérant, en premier lieu, que la société L'Amy France reconnaît, dans les observations qu'elle a envoyées en réponse à la notification de griefs, que *«cette enseigne (Optical Center) est réputée pour utiliser activement le marketing et la publicité pour promouvoir les marques qu'elle présente à la vente»* ; que ce fait est en outre établi par de nombreuses pièces figurant au dossier ; qu'il résulte, notamment, des déclarations de M. Terle (firme Airess Distribution) que l'ouverture d'un magasin Optical Center à Lille en août 1994 avait déjà suscité un mouvement de protestation des opticiens de cette ville ; que, dans ces conditions, la société L'Amy France ne peut sérieusement soutenir que, lorsqu'elle a conclu le 22 août 1996 avec le magasin Optical Center de Lyon un contrat de détaillant agréé *«Lacoste Lunettes»* et un contrat de distributeur agréé *«Nina Ricci Paris»*, elle ne pouvait s'attendre à ce qu'Optical Center mette en œuvre ses habituelles pratiques commerciales et suscite des réactions de la part des opticiens déjà installés ; qu'alors que 14 fournisseurs de lunettes haut de gamme, ayant signé des contrats de distribution exclusive, étaient visés par la campagne des opticiens lyonnais, elle est la seule à avoir rompu toute relation commerciale avec Optical Center ;

Considérant, en second lieu, que les premières mesures de rétorsion imposées par la société L'Amy France à Optical Center sont intervenues immédiatement après la réunion du 8 octobre 1996 ; que ladite société a pris soin d'en informer de façon détaillée, le jour même (14 octobre 1996), les opticiens qui lui avaient écrit auparavant ; que les contacts avec les opticiens lyonnais les plus déterminés se sont poursuivis à l'occasion du SILMO entre le 25 et le 28 octobre 1996 ; que la photocopie de la chiffonnette qui a motivé la rupture des contrats de distribution passés avec Optical Center a été expédiée par un opticien lyonnais ; que cette rupture est intervenue le 12 novembre 1996, soit une semaine après la deuxième réunion des détaillants lyonnais ; que la société L'Amy en a informé, immédiatement après, un certain nombre d'opticiens, soit par lettre (Provansal, Naggabo), soit par téléphone (M. Caillat), ce dernier la félicitant alors pour *«les dispositions courageuses»* prises ; qu'il existe ainsi un faisceau d'indices graves, précis et concordants, établissant que la société L'Amy n'a pas agi seulement au nom du respect des contrats de distribution sélective conclus avec les détaillants et de ses propres engagements vis à vis des sociétés qui lui concèdent leur licence, mais parce qu'elle a cédé aux pressions exercées sur elle par une bonne moitié des opticiens de l'agglomération lyonnaise, incluant les plus importants d'entre eux ;

Considérant qu'en agissant ainsi, la société L'Amy France s'est jointe à l'action concertée décrite ci-dessus pour tenter d'obtenir que le magasin

«*Optical Center*» change de politique commerciale ; que cette action avait pour objet et, en raison des mesures prises par L'Amy France, a eu partiellement pour effet de limiter l'accès au marché du magasin Optical Center de Lyon et de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence sur le marché lyonnais des lunettes de marque ; qu'en outre, les mesures prises par la société L'Amy ont été étendues à l'ensemble des points de vente d'Optical Center en France pour ce qui concerne l'obligation de mentionner sur les publicités faites par ces magasins l'exclusion de toutes les marques distribuées par L'Amy France ; que toutes ces pratiques mises en œuvre par la société L'Amy, à l'encontre des magasins Optical Center, sont prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Société O.D.L.M. (marque «*Façonnable*»)

Considérant que les déclarations de Mlle Pepin telles qu'elles ont été rappelées ci-dessus (I - Constatations) suggèrent que les produits de la marque Façonnable ont été retirés de la vitrine du magasin Optical Center de Lyon, à la demande de la société O.D.L.M. ; qu'en revanche, ni les déclarations de M. Xavier Terle, directeur commercial de la société «*Airess Distribution*» et de M. Poignant, opticien à Tassin-la-Demi-Lune, ni le courrier adressé par M. Thierry Caillat à M. Azoulay, ne suffisent à établir que la société O.D.L.M. aurait pris des mesures plus significatives à l'encontre du magasin «*Optical Center*» ;

Considérant que MM. Francis Kessous, directeur général, et Yves Gamby, directeur commercial, de la société O.D.L.M., ont déclaré, le 27 novembre 1996 (cote 595) : «*La société n'a pas donné suite ni de réponse officielle à ces courriers (reçus des opticiens lyonnais). Elle a maintenu les mêmes relations commerciales avec le magasin Optical Center et avec les autres opticiens de la région lyonnaise. Sur l'ensemble des magasins Optical Center implantés en France, la société a réalisé un chiffre d'affaires d'environ 412 000 F en 1995.*» ; qu'ultérieurement, la société O.D.L.M. a confirmé qu'elle entretient des relations commerciales suivies avec l'ensemble des magasins «*Optical Center*» depuis 1992 ; qu'elle a produit de nombreuses factures attestant de la réalité de ces relations, y compris avec le magasin de Lyon ; qu'elle a produit également une attestation établie par M. Lévy, président de la société Eyes Cube, qui coiffe l'ensemble des magasins à l'enseigne «*Optical Center*», le 13 juin 2000, par laquelle ce dernier certifie qu'il a toujours eu des relations commerciales normales avec la société O.D.L.M., que celle-ci n'a jamais tenté de faire pression sur lui pour obtenir une modification de sa politique commerciale et qu'en particulier, O.D.L.M. ne lui a jamais demandé de ne plus mettre en avant les produits Façonnable ;

Considérant qu'il est ainsi établi qu'en dehors de la demande ponctuelle de retrait des produits distribués par O.D.L.M. de la vitrine du magasin «*Optical Center*», aucune autre forme de pression n'a été exercée sur ledit magasin, ni sur la société «*Eyes Cube*», par la société O.D.L.M., à la suite des courriers qu'elle a reçus des opticiens lyonnais et auxquels elle s'est abstenue de répondre ; qu'il est démontré, au contraire, que les relations commerciales entre cette société et les magasins «*Optical Center*» se sont poursuivies normalement ; que, dans ces conditions, compte tenu du caractère très limité et temporaire de la mesure prise par cette société consistant à demander que ses produits ne soient plus exposés en vitrine du magasin

«*Optical Center*», le grief notifié à la société O.D.L.M. pour s'être associée au mouvement anti-concurrentiel dirigé contre le magasin «*Optical Center*» doit être écarté ;

Société Airess Distribution

Considérant qu'il ressort des déclarations de M. Xavier Terle, directeur commercial de la Sarl «*Airess Distribution*», que cette société a demandé que ses produits ne soient plus exposés momentanément en vitrine du magasin «*Optical Center*» ; que, dans un courrier adressé à M. Lévy, président de la société «*Eyes Cube*», M. Terle lui a demandé de ne plus faire figurer sur ses envois publicitaires les marques distribuées par Airess ; que, toutefois, lors des contacts pris à l'occasion du SILMO, M. Terle a précisé à M. Bourdeau qu'*«il n'avait pas de raison de modifier sa politique commerciale vis-à-vis d'Optical Center»* ; qu'un représentant de cette société a précisé à un autre opticien que sa société n'avait pas l'intention de *«changer les choses»* ; que la société Airess Distribution s'est abstenue de répondre aux opticiens qui lui avaient écrit et qu'elle n'a pris aucune autre mesure que celle décrite ci-dessus à l'encontre d'Optical Center ; qu'il est démontré que les relations commerciales entre les deux sociétés se sont poursuivies normalement ; que, dans ces conditions, compte tenu du caractère très limité et temporaire des mesures prises, au demeurant dans un but d'apaisement de la situation conflictuelle qui s'était créée à Lyon, il n'est pas établi que la société Airess Distribution se soit associée au mouvement anti-concurrentiel dirigé contre le magasin «*Optical Center*» ; qu'en conséquence, le grief notifié de ce chef à la société «*Airess Distribution*» doit être écarté ;

Société «*Sporoptic Pouilloux*»

Considérant que si la société Sporoptic Pouilloux, qui distribue les lunettes de marque Vuarnet, a envoyé aux opticiens lyonnais qui lui avaient préalablement écrit, un courrier comportant la phrase suivante : *«Après enquête, nous avons pu savoir de qui il s'agissait. Bien entendu, nous lui faisons une injonction d'arrêter cette façon de procéder. Faute de quoi, nous serons dans l'obligation de ne plus le livrer. (...)»*, ladite société soutient qu'elle n'a pris aucune mesure concrète de rétorsion à l'encontre d'Optical Center ; qu'au contraire, elle a conclu, le 20 décembre 1996, un contrat de revendeur agréé avec l'ensemble des magasins Optical Center ; qu'elle a livré le magasin de Lyon, dès son ouverture, même si la première commande émanant directement de ce magasin ne date que du 18 février 1997 ; que le chiffre d'affaires réalisé avec les magasins Optical Center a fortement progressé en 1997, puis 1998 ; que M. Lévy confirme qu'il n'a pas eu de problème avec la société Sporoptic Pouilloux, notamment à l'époque de l'ouverture du magasin de Lyon ; que, compte tenu de l'ensemble de ces éléments, il n'est pas établi, nonobstant les termes du courrier précité, que la société Sporoptic Pouilloux ait pris de mesure concrète à l'encontre de la société Eyes Cube et de ses magasins, pour satisfaire les opticiens lyonnais ; que, dès lors, le grief notifié à la société «*Sporoptic Pouilloux*» pour s'être associée au mouvement anti-concurrentiel déclenché par les détaillants lyonnais doit être écarté ;

Sur les clauses des contrats de distribution sélective mis en place par différents fournisseurs de lunettes «haut de gamme»

En ce qui concerne les fabricants ayant fait signer de tels contrats à leurs distributeurs :

Considérant que les griefs d'entente relatifs à certaines clauses des contrats de distribution ont été notifiés tant sur la base du droit national que sur celle du droit communautaire de la concurrence ;

Considérant, s'agissant de l'application du droit communautaire, que la Commission européenne considère, dans sa communication 2001/C 368/07 concernant les accords d'importance mineure (de minimis), que les accords entre entreprises qui ne sont pas des concurrentes ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article 81-1 du traité, lorsque la part de marché affectée par l'accord est inférieure à 15 %, sauf si les accords contiennent des «*restrictions flagrantes*» ;

Considérant qu'il résulte des constatations ci-dessus qu'aucun des fournisseurs en cause de détient plus de 15 % de parts de marché ; que, parmi les clauses faisant l'objet des griefs notifiés, seules relèvent de la catégorie des «*restrictions flagrantes*» les clauses restreignant la capacité de livraison croisée entre distributeurs de réseau de distribution sélective, telles qu'elles figurent dans les contrats de distribution sélective passés pour les produits de la marque «*Fred Force 10*», dans les contrats de revendeur agréé «*Sporoptic Pouilloux*» et dans les contrats de distribution agréée «*Lunettes Lagerfeld*» ; que dès lors, seules ces clauses seront examinées au regard de l'article 81 du traité de Rome les autres ne l'étant qu'au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant qu'il convient d'examiner si les clauses relevant de l'article 81 du traité et rappelées ci-dessus, sont susceptibles d'entrer dans le champ d'application du règlement communautaire CE n°2790/1999 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées ;

Considérant, que l'article 3 du règlement 19/65 du Conseil prévoit qu'un règlement d'exemption par catégorie peut disposer qu'il s'applique avec effet rétroactif ; que le règlement 2790/1999 précité ne comportant pas de telle disposition, il n'est pas applicable aux contrats en cause qui sont antérieurs à son entrée en vigueur ;

Considérant que des clauses qui interdisent aux membres d'un réseau de distribution sélective de vendre à d'autres distributeurs membres du réseau sont restrictives de concurrence et, comme telles, contraire à l'article 81-1 du traité ; qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence de se prononcer sur l'exemption éventuelle de ces clauses, laquelle, faute de règlement d'exemption par catégorie applicable, ne pourrait être prononcée que par une décision de la Commission ;

Considérant, s'agissant du droit national, que le Conseil de la concurrence utilise le règlement 2790/1999 comme un guide d'analyse ; qu'en effet, lorsqu'un fournisseur dispose d'un faible pouvoir de marché, le fait d'organiser et de réguler son réseau de distribution de manière à assurer une meilleure coordination entre les entreprises participantes peut, le plus généralement,

être considéré comme pro-concurrentiel ; qu'ainsi, il n'y a pas lieu de retenir de griefs concernant des clauses autres que celles considérées comme «noires» par ledit règlement c'est à dire, notamment, celles qui imposent des prix de revente, celles qui instituent des protections territoriales absolues, ou celles qui restreignent les livraisons croisées entre distributeurs à l'initiative d'un réseau de distribution sélective ;

Considérant qu'en dépit de l'existence de marques dites «*de haut de gamme*» dont les produits se vendent à des prix plus élevés que les autres montures de lunettes, il n'est pas établi qu'existeraient deux marchés séparés de la monture «normale» et de la monture «*haut de gamme*» ; qu'en effet, la gamme de prix est suffisamment progressive pour que des substituabilités existent entre différentes qualités de monture ; qu'aucun élément autre que le prix ne conduit à penser qu'un marché spécifique des montures «*haut de gamme*» peut être défini ; que les marchés pertinents pour la présente affaire sont, d'une part, le marché des montures de lunette, et d'autre part, le marché des lunettes solaires ;

Considérant qu'aucun des fabricants mis en cause dans cette présente affaire ne détient plus de 30 % de chacun de ces marchés au niveau national ; qu'ainsi, seules les clauses dites «noires» sont susceptibles d'être prohibées à raison de leur caractère anticoncurrentiel ;

Contrats de distribution sélective mis en place par la société L'Amy France

Considérant que si l'article 2, point 7 du contrat de distributeur agréé «*Nina Ricci*», ainsi que l'article 3, point 2 du même contrat, limitent la liberté commerciale du distributeur agréé en matière de publicité, cette limitation ne figure pas au nombre des restrictions énumérées à l'article 4 du règlement n° 2790/1999 ; que, dès lors, ces stipulations doivent être considérées comme licites ;

Considérant que si l'article 3, point 2 du contrat de détaillant agréé «*Lunettes Lacoste*» limite la liberté commerciale du détaillant agréé en matière de publicité, cette clause ne figure pas au nombre des restrictions énumérées à l'article 4 du règlement n° 2790/1999 ; que, dès lors, ces stipulations doivent être considérées comme licites ;

Considérant que si l'article 2, point 3 du contrat de distributeur agréé «*Nina Ricci*» introduit des restrictions à la liberté des distributeurs agréés de revendre les produits «*Nina Ricci*» à d'autres distributeurs agréés, ces restrictions sont justifiées par la seule nécessité de permettre au fournisseur de vérifier que lesdits produits ne quittent pas son réseau de distribution sélective et d'assurer la cohérence de sa politique commerciale en matière de lancement de nouveaux produits ; que, dès lors, ces restrictions n'entrent pas dans le champ d'application des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité de Rome ;

Contrat de distributeur des produits de lunetterie optique et solaire «Façonnable»

Considérant que le contrat de distributeur des produits de lunetterie optique et solaire «*Façonnable*» mis en place par la société O.D.L.M. comporte la

clause suivante (article 5.2) : *«L'enseigne du point de vente ne devra jamais être dévalorisante pour la notoriété et l'image des produits de la marque «Façonnable». Serait notamment considérée comme dévalorisante une enseigne ayant acquis sa réputation sur des pratiques commerciales agressives et/ou sur une politique permanente de rabais illicites ou de nature à induire en erreur le consommateur.»* ; que s'il est licite pour un fabricant d'introduire dans un contrat de distribution sélective des critères de sélection des détaillants visant à préserver l'image de marque des produits distribués, ces critères doivent revêtir un caractère objectif et n'avoir ni pour objet, ni pour effet d'exclure une ou des formes déterminées de distribution ; que le fait de considérer comme *«dévalorisante» «une enseigne ayant acquis sa réputation sur des pratiques commerciales agressives»* pourrait permettre d'exclure certains types de magasins en fonction d'un critère qui n'est pas purement objectif ; que le Conseil prend acte du fait que la société O.D.L.M. propose de remplacer la clause litigieuse par la rédaction suivante : *«L'enseigne du point de vente ne devra jamais être dévalorisante pour la notoriété et l'image des produits de la marque «Façonnable». Serait notamment considérée comme dévalorisante une enseigne ayant acquis sa réputation sur une politique permanente de rabais illicites ou de nature à induire en erreur le consommateur.»* ; que cette rédaction apparaît satisfaisante au regard des observations développées ci-dessus ; qu'en outre, aucun élément du dossier ne permet de penser que cette clause aurait été stipulée dans le but de limiter la concurrence ;

Considérant que si l'article 7.2.2 du même contrat prévoit l'interdiction pour le distributeur agréé de prendre des initiatives en matière publicitaire et promotionnelle concernant les produits *«Façonnable»*, sans avoir obtenu l'accord de son fournisseur, cette interdiction ne figure pas au nombre des restrictions énumérées à l'article 4 du règlement n° 2790/1999 ; que, dès lors, ces stipulations n'entrent pas dans le champ d'application des articles L. 420-1 du code de commerce et 81 du traité de Rome ;

Protocole d'accord de distribution sélective pour les produits de la marque «Fred-Force 10»

Considérant que le Protocole d'accord de distribution sélective pour les produits de la marque *«Fred Force 10»* passé entre la société *«Gala Prestige de Paris»* et ses distributeurs agréés comportait les clauses suivantes (points 9 et 12 des obligations de l'opticien détaillant agréé) : *«il s'engage : (...) 9) à ne pas rétrocéder des montures optiques ou lunettes solaires à d'autres revendeurs et par conséquent à ne vendre les produits qu'aux consommateurs finaux. (...) 12) à s'approvisionner uniquement auprès du fournisseur.»* ; que ces clauses stipulaient une interdiction absolue faite aux détaillants agréés de vendre leurs produits à d'autres détaillants agréés faisant partie du même système de distribution sélective ; qu'elles sont de nature à limiter le commerce intra-communautaire dès lors qu'un détaillant situé sur le territoire français ne peut livrer un détaillant d'un autre Etat membre ; que l'interdiction susvisée entraînerait la non application de l'exemption prévue à l'article 2 du règlement n° 2790/1999, en vertu du d) de l'article 4 du même règlement, si ce règlement était applicable ; qu'il est, par ailleurs, de jurisprudence constante, en droit national, qu'une inter-

diction absolue de revente au sein d'un réseau de distribution agréé est contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant, certes, que la société Logo, qui a absorbé la société Gala Prestige de Paris, soutient qu'elle a modifié les protocoles d'accord de distribution sélective qu'elle propose aux nouveaux membres de son réseau en rédigeant le point 9 de la manière suivante : «*il s'engage : (...) 9) à ne rétrocéder les montures optiques ou lunettes solaires qu'à d'autres dépositaires Fred agréés*» ; que cette rédaction, qui autorise les livraisons croisées entre distributeurs Fred, apparaît satisfaisante au regard des observations développées ci-dessus ;

Considérant, toutefois, que le point 12 a été maintenu dans sa rédaction initiale ; que celle-ci, qui oblige le distributeur Fred à ne s'approvisionner qu'auprès du fournisseur (la société Logo) est contradictoire avec la faculté ouverte par le point 9 au détaillant de s'approvisionner, au moins occasionnellement, auprès d'un autre détaillant ; qu'il y a ainsi lieu de considérer que les dispositions du point 12 sont prohibées par les articles 81 du traité de Rome et L. 420-1 du code de commerce ;

Contrat de revendeur agréé «Sporoptic Pouilloux»

Considérant que le contrat de revendeur agréé conclu entre la société Sporoptic Pouilloux pour les lunettes Vuarnet et ses revendeurs comportait la clause suivante (article 3.) : «*Le revendeur agréé s'engage à acquérir les produits exclusivement auprès de Sporoptic Pouilloux S.A.*», ainsi que la clause suivante (article 3.1.3) : «*Le revendeur agréé s'engage, en outre, à ne vendre qu'à des consommateurs finaux. Il s'interdit formellement, par conséquent, de vendre ou de fournir les produits à un autre revendeur, quel qu'il soit, sauf autorisation écrite et exceptionnelle de Sporoptic Pouilloux S.A.*» ; que ces clauses contenaient une interdiction absolue faite aux détaillants agréés de vendre leurs produits à d'autres détaillants agréés faisant partie du même système de distribution sélective ; que ces clauses sont de nature à limiter le commerce intra-communautaire dès lors qu'un détaillant situé sur le territoire français ne peut livrer un détaillant d'un autre Etat membre ; que cette interdiction entraînerait la non application de l'exemption prévue à l'article 2 du règlement n° 2790/1999, en vertu du d) de l'article 4 du même règlement, s'il était applicable ; qu'il est de jurisprudence constante, en droit national, qu'une interdiction absolue de revente au sein d'un réseau de distributeurs agréés est contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant que la société Sporoptic Pouilloux fait valoir qu'elle a fait signer à tous ses revendeurs agréés un avenant qui précise que «*Par dérogation aux alinéas 3.1.1 et 3.1.3 de l'article 3 du contrat, le revendeur agréé pourra rétrocéder les produits aux autres revendeurs membres liés contractuellement avec Sporoptic Pouilloux*» ; que cette rédaction apparaît satisfaisante au regard des observations développées ci-dessus ;

Considérant que la société Sporoptic Pouilloux soutient également qu'elle a modifié les termes de ses nouveaux contrats de revendeur agréé ; que l'article 3.1.3 est ainsi rédigé : «*Le revendeur agréé s'engage, en outre, à ne*

vendre qu'à des consommateurs finaux. Il s'interdit, formellement, par conséquent, de rétrocéder les produits à un autre revendeur qui ne serait pas lié contractuellement avec Sporoptic Pouilloux S.A.» ; que, toutefois, cette rédaction demeure injustifiée, puisque si la seconde phrase paraît autoriser la revente entre distributeurs agréés, la première phrase continue de l'interdire ; que dès lors cette clause est prohibée par les dispositions des articles 81 du traité de Rome et L. 420-1 du code de commerce ;

Contrat de distribution agréée «lunettes Lagerfeld»

Considérant que le contrat de distribution agréée conclu par la société Berthet-Bondet avec ses distributeurs comporte la clause suivante : *«Le distributeur agréé ne pourra revendre ses produits qu'au consommateur final»* ; que cette clause a pour objet l'interdiction des livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective ; que cette clause est de nature à limiter le commerce intra-communautaire dès lors qu'un distributeur agréé ne peut livrer un détaillant agréé d'un autre Etat membre ; que cette interdiction entraînerait la non application de l'exemption prévue à l'article 2 du règlement n° 2790/1999, en vertu du d) de l'article 4 du même règlement, si ce dernier était applicable ; qu'une telle clause est illicite ;

Considérant que la société Berthet-Bondet soutient qu'elle a fait parvenir à l'ensemble de ses distributeurs un courrier daté du 10 septembre 1998 leur donnant l'information suivante : *«Nous tenons à vous rappeler que compte tenu de la distribution sélective de la marque Lagerfeld, la revente de ces lunettes en dehors du réseau n'est pas autorisée»* ; que, toutefois, le fait d'avoir donné cette information unilatérale dans un courrier d'accompagnement du nouveau catalogue n'empêche pas les contrats litigieux de continuer à exister ; que le contrat de distribution de la société Berthet-Bondet, dans sa rédaction actuelle, est ainsi contraire aux dispositions des articles 81 du traité de Rome et L. 420-1 du code de commerce ; que la société devra faire signer à ses adhérents un avenant au contrat en cours, rédigé de façon à autoriser explicitement la cession de produits par un distributeur agréé à un autre distributeur agréé ;

Contrats de distribution sélective Bausch & Lomb pour les lunettes Ray-Ban

Considérant que si l'article 3-10-2 du contrat de distribution sélective conclu entre la société Bausch & Lomb et ses distributeurs agréés pour les lunettes Ray-Ban limite la liberté commerciale du distributeur agréé en matière de publicité, cette limitation ne figure pas au nombre des restrictions énumérées à l'article 4 du règlement n° 2790/1999 susvisé ; que, dès lors, ces dispositions, dans la mesure où la part de marché de cette société est inférieure à 30 %, doivent être considérées comme licites ;

Considérant qu'aux termes de l'article 3.10.3 du même contrat : *«Toute pratique de promotion avec discount systématique sera considérée comme attentatoire à la marque et pourra donner lieu à résiliation immédiate du présent contrat»* ; que s'il est licite pour un fabricant d'introduire dans un contrat de distribution sélective des critères de sélection des détaillants visant à préserver l'image de marque des produits distribués, ces critères

doivent revêtir un caractère objectif et n'avoir ni pour objet, ni pour effet d'exclure une ou des formes déterminées de distribution ; que le fait de considérer comme «*attentatoire à la marque*» «*toute pratique de promotion avec discount systématique*» peut permettre d'exclure certains types de magasins en fonction d'un critère (le caractère «*systématique*» du discount) qui n'est pas purement objectif ; qu'une telle clause qui est susceptible de limiter l'accès au marché de certaines entreprises peut également faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence ; que cette clause est donc prohibée par les articles 81 du traité de Rome et L. 420-1 du code de commerce ;

En ce qui concerne les distributeurs ayant souscrit des contrats contenant des clauses illicites

Considérant que le détaillant agréé qui signe avec un de ses fournisseurs un contrat de distribution sélective n'a pas le pouvoir de négocier les clauses de ce contrat qui est un contrat d'adhésion ; que, dès lors, si ce contrat contient des clauses éventuellement illicites au regard du droit de la concurrence, le détaillant agréé ne saurait en être considéré comme responsable que si des éléments précis établissent qu'il a concouru à l'élaboration ou à l'imposition de ces clauses ; que, faute d'éléments de cette nature au cas d'espèce, les griefs notifiés aux entreprises La Grande Pharmacie Lyonnaise, Optique Provansal, Mathieu Opticien, Les Opticiens Economes, venant aux droits de la société Optique Ginet S.A., Optique Regence, Optique Poignant, Olivier Lefebvre, Debaugé, Cristal Optique, Contact Optique, Sarl J. Peter, Nagabbo, Cerf Optique, Brotteaux Optique et Eyes Cube, pour avoir souscrit de tels contrats, doivent être écartés ;

Sur les suites à donner

Considérant que les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; que, par suite, les dispositions introduites par cette loi dans l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles prévoient des sanctions plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 : «*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 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.*» ;

En ce qui concerne les pratiques dirigées contre le magasin à l'enseigne Optical Center de Lyon

Considérant que la pratique qui consiste pour un nombre relativement important d'entreprises, intervenant sur le marché de produits destinés au consommateur final, à se mettre d'accord entre elles pour, selon leurs propres termes, organiser le boycott de leurs fournisseurs, en vue de contraindre ceux-ci soit à cesser d'approvisionner un de leurs concurrents, soit à obliger ce dernier à renoncer à sa politique de prix bas, revêt une particulière gravité, même si ce mouvement a eu une durée limitée ; qu'il est de même particulièrement grave pour un fournisseur de s'associer à ce mouvement en cessant toute relation commerciale avec l'entreprise de distribution visée ;

Considérant, toutefois, que le mouvement concerté des opticiens lyonnais n'a réussi à rallier qu'un seul fournisseur ; que les autres fournisseurs n'ont pas cédé aux pressions et ont continué à approvisionner normalement le magasin visé ; que celui-ci s'est normalement développé et que l'enseigne a continué à ouvrir de nouveaux points de vente dans l'agglomération lyonnaise et en France ; qu'ainsi le dommage à l'économie a été limité ;

Considérant que la société à responsabilité limitée «*Bourdeau Optique*» est l'une des quatre entreprises qui ont pris l'initiative de mettre sur pied le mouvement concerté illicite entre les opticiens lyonnais ; qu'il est établi que M. Bourdeau, gérant de cette entreprise, a pris la parole au cours de la réunion du 8 octobre 1996 ; qu'il a ensuite rencontré différents fournisseurs à l'occasion du salon professionnel SILMO ; qu'il a envoyé un courrier daté du 9 octobre 1996 reprenant la formule type n° 1 à au moins 4 fournisseurs ; qu'il a annulé une commande adressée à son fournisseur Jullien et n'a plus mis en avant dans son magasin les marques des sociétés L'Amy, Aïress, Jullien, Luxottica ; que la société «*Bourdeau Optique*» est, de par son chiffre d'affaires, un des plus importants opticiens lyonnais indépendants ; que cette situation a pu inciter certains opticiens à adhérer au mouvement dont la SARL Bourdeau a été l'une des initiatrices ; que le chiffre d'affaires réalisé par la société Bourdeau au cours de l'exercice 2000 a atteint 17 448 766 F, soit 2 660 047 euros ; que, pour ce même exercice, le bénéfice de cette société s'est élevé à 653 418 F, soit 99 613 euros ; 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 79 800 euros ;

Considérant que la société anonyme Nagabbo est l'une des quatre entreprises qui ont pris l'initiative de mettre sur pied le mouvement concerté illicite entre les opticiens lyonnais ; que son gérant et administrateur, M. Thierry Guillermin, a reconnu qu'il avait participé à l'élaboration des formules type proposées aux autres opticiens pour écrire à leurs fournisseurs et qu'il était intervenu au cours de la réunion du 8 octobre 1996 ; qu'il est établi que son président, M. Naggabo, a rencontré lors du SILMO, en compagnie de M. Guigues, exploitant du magasin «*Optique Chavril*», le directeur général de Luxottica pour lui exposer la position arrêtée par les opticiens lyonnais ; que la société Nagabbo a adressé en lettre recommandée avec accusé de réception un courrier daté du 10 octobre 1996 reprenant la formule type n° 1 à 10 fournisseurs ; qu'elle a retourné à son fournisseur Gala Prestige de Paris une commande d'un montant de 8 202 F (produits de marque «*Fred*»), ainsi que sa P.L.V. ; qu'elle a annulé

une commande passée à la société Luxottica ; que, selon les déclarations de M. Guillermin, elle a réduit les commandes aux autres fournisseurs concernés et n'a plus mis en vitrine les produits des marques concernées ; que la société Nagabbo dispose de trois magasins sur l'agglomération lyonnaise, dont deux à Lyon et un à Caluire ; que, selon les dires de M. Guillermin, son magasin «*est en vue sur le centre de Lyon*» ; que cette situation a pu inciter certains opticiens à adhérer au mouvement dont la S.A. Nagabbo a été l'une des initiatrices ; que le chiffre d'affaires réalisé par la S.A. Nagabbo au cours de l'exercice 2000 a atteint 6 421 880 F, soit 979 009 euros ; que, pour ce même exercice, le bénéfice de cette société s'est élevé à 29 933 F, soit 4 563 euros ; 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 29 370 euros ;

Considérant que M. André Guigues, exploitant un magasin à l enseigne «*Optique Chavril*», à Sainte-Foy-lès-Lyon, a reconnu avoir participé à une réunion avec les représentants des entreprises Bourdeau, Naggabo et Europtic, au cours de laquelle ils ont décidé d'organiser la réunion élargie du 8 octobre 1996 ; qu'il a reconnu également avoir contacté téléphoniquement, à la suite de cette réunion, les fournisseurs Luxottica, O.D.L.M., Jullien, New Charmes ; qu'il a déclaré que c'est son fils, Bertrand Guigues, exploitant un autre magasin d'optique situé à Sainte-Foy-lès-Lyon, à l'enseigne «*Guigues Optique*» qui a écrit aux mêmes fournisseurs un courrier daté du 10 octobre 1996 reprenant la formulation n° 1 ; qu'il a rencontré, en compagnie de son fils, un dirigeant de Luxottica au SILMO ; qu'il a reconnu avoir suspendu une commande passée à Luxottica pour environ 35 pièces et une commande à la société Jullien pour environ 10 pièces ; qu'il est établi que M. André Guigues, et M. Bertrand Guigues, fils du précédent, ont agi en étroite concertation dans la réalisation des infractions qui leur sont reprochées ; que la Sarl «*Optique Guigues*», dont le gérant est M. Bertrand Guigues, a réalisé au cours de l'exercice 2000 un chiffre d'affaires de 1 706 799 F, soit 260 200 euros ; que son résultat, pour la même période, a été négatif (- 8 300 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 7 800 euros ;

Considérant que la S.A. Europtic est l'une des quatre entreprises qui ont pris l'initiative de mettre sur pied le mouvement concerté illicite entre les opticiens lyonnais ; que sa présidente, M^{me} Martine Patris, a reconnu qu'elle était l'auteur du dossier mis à la disposition des participants à la réunion du 8 octobre 1996 ; que la société a adressé un courrier reprenant la formule type n° 1 à 6 fournisseurs ; que M^{me} Patris a déclaré qu'elle n'avait effectué aucun achat auprès des fournisseurs présents chez Optical Center depuis que ce magasin s'est installé à Lyon ; qu'il est établi qu'elle a annulé une commande passée à la société Jullien ; que le chiffre d'affaires réalisé par la S.A. Europtic au cours de l'exercice qui s'est achevé le 31 octobre 2000 a atteint 2 680 996 F, soit 408 715 euros ; que, pour ce même exercice, le bénéfice de cette société s'est élevé à 148 956 F, soit 22 708 euros ; 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 12 260 euros ;

Considérant que la S.A. «*Optique Ginnet*» a envoyé des courriers datés du 10 octobre 1996 à 5 fournisseurs ; qu'il est établi qu'elle a annulé deux commandes passées à la société Luxottica, une commande passée à la

société Lux de Morez et une commande passée à la société O.D.L.M., même si les commandes adressées à Luxottica ont été postérieurement livrées ; qu'ainsi la société «*Optique Ginet*» s'est associée, de façon active, au mouvement anti-concurrentiel des opticiens lyonnais en exerçant des pressions sur trois de ses fournisseurs ; que la S.A. «*Optique Ginet*», avant son absorption par la S.A. «*Les Opticiens Economes*», comptait 4 magasins sur l'agglomération lyonnaise et deux autres magasins à Belley (Ain) ; qu'elle se situait parmi les plus gros opticiens de ladite agglomération ; que la S.A. «*Les Opticiens Economes*» (L.O.E.), qui, ainsi que cela a été dit, vient aux droits de la société Optique Ginet, a réalisé un chiffre d'affaires de 641 884 232 F, soit 97 848 206 euros au cours de l'exercice 2000, la S.A. «*Optique Ginet*» ayant au cours de l'exercice clos le 30 septembre 1996, donc antérieurement à son absorption par la société L.O.E., réalisé un chiffre d'affaires de 20 491 788 F, soit 3 123 953 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société L.O.E. une sanction pécuniaire de 62 480 euros ;

Considérant que M. Thierry Caillat, président de la S.A. «*Idéal Optique*», exploitant un magasin à Lyon et dirigeant de l'E.U.R.L. «*Francheville Optique*», exploitant un autre magasin à Francheville (69340), a admis avoir envoyé des courriers datés du 10 octobre 1996 à 5 fournisseurs au nom de ces deux sociétés ; que ces courriers s'inspirent de la formulation type n° 1 ; qu'il a déclaré avoir décidé de cesser la publicité dans la vitrine de son magasin de Lyon pour les marques concernées ; que la S.A. «*Idéal Optique*» a réalisé un chiffre d'affaires de 5 164 430 F, soit 787 312 euros, au cours de l'exercice 2000 et a dégagé un résultat bénéficiaire de 242 753 F, soit 37 007 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société Idéal Optique une sanction pécuniaire de 15 740 euros ;

Considérant que la S.A. «*Optique Poignant*» a reconnu avoir adressé, à cinq fournisseurs, des courriers, datés du 9 octobre 1996 et reprenant la formulation type n° 1, qui lui avait été communiquée par télécopie par M. Guigues ; qu'en outre, elle a reconnu avoir annulé trois commandes passées à la société Luxottica et une commande adressée à la société Jullien, même si, en définitive, ces commandes ont été ultérieurement livrées ; qu'ainsi, la société «*Optique Poignant*» s'est particulièrement impliquée dans le mouvement anti-concurrentiel concerté mis en œuvre par les opticiens lyonnais ; que la S.A. «*Optique Poignant*» a réalisé un chiffre d'affaires de 5 148 612 F, soit 784 901 euros, au cours de l'exercice 2000 et a dégagé un résultat bénéficiaire de 532 885 F, soit 81 238 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société «*Optique Poignant*» une sanction pécuniaire de 15 700 euros ;

Considérant que M. Chavet, président de la S.A. «*Optique Chavet*», a reconnu avoir adressé des courriers à 4 fournisseurs ; que dans le courrier adressé à la société Luxottica, il annonce qu'il suspend ses commandes de produits Armani ; que dans le courrier adressé à la société L'Amy, il annonce qu'il suspend toute nouvelle commande de produits Nina Ricci, qu'il annule sa récente commande de Lacoste et qu'il retourne la dernière livraison de Chevignon ; qu'enfin, dans son courrier adressé à la société Jullien, il déclara-

re qu'il suspend son partenariat avec cette marque ; qu'ainsi, M. Chavet reconnaît avoir pris des mesures particulièrement énergiques à l'encontre de trois de ses fournisseurs ; que la S.A. «*Optique Chavet*» a réalisé un chiffre d'affaires de 6 996 687 FF, soit 1 066 638 euros, au cours de l'exercice 2000 et a dégagé un résultat bénéficiaire de 629 876 F, soit 96 024 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société «*Optique Chavet*» une sanction pécuniaire de 21 330 euros ;

Considérant que M. Christian Ducret, gérant de l'E.U.R.L. «*Optique Ducret*», a reconnu avoir envoyé des courriers à 6 ou 7 fournisseurs ; que s'ils s'inspirent de la formule type n° 2, ces courriers comportent la mention : «*Nous suspendons à ce jour toute commande ou reliquat en cours pour nos deux établissements et ce pour une durée indéterminée*» ; que, par ailleurs, les sociétés Jullien et Luxottica ont apporté la preuve que l'EURL «*Optique Ducret*» a annulé une commande à chacune d'elles ; qu'ainsi, ladite société a pris une part particulièrement active dans le mouvement concerté des opticiens lyonnais ; que l'E.U.R.L. «*Optique Ducret*» a réalisé un chiffre d'affaires de 3 217 946 F, soit 490 573 euros, au cours de l'exercice qui s'est achevé le 31 août 2001 et a dégagé un résultat bénéficiaire de 464 608 F, soit 70 829 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société «*Optique Ducret*» une sanction pécuniaire de 9 800 euros ;

Considérant que le responsable du département optique de la société «*La Grande Pharmacie Lyonnaise*» a reconnu avoir fait parvenir des courriers à 7 fournisseurs reproduisant la formulation type n° 2 ; qu'il a également reconnu avoir annulé une commande passée à la société Aïress «*pour marquer le coup*» ; qu'ainsi qu'il a été relevé ci-dessus, la société «*La Grande Pharmacie Lyonnaise*» n'a plus de département optique ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 78 244 823 F, soit 11 928 346 euros, au cours de l'exercice 2000 et a dégagé un résultat bénéficiaire de 5 933 910 F, soit 904 619 euros ; que la société indique, sans, toutefois, produire d'éléments propres à l'établir, que le chiffre d'affaires de son département optique, avant sa fermeture, était de l'ordre de 900 000 F, soit 137 204 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société «*La Grande Pharmacie Lyonnaise*» une sanction pécuniaire de 138 567 euros ;

Considérant que M. Jean-Pierre Marmet, président de la société «*Optique du Grand Large*», qui exploite deux magasins dans l'agglomération lyonnaise, a reconnu avoir fait parvenir à 5 fournisseurs un courrier reprenant la deuxième formulation-type, assortie de cette précision : «*Tant que vos produits seront dans ces magasins, nous limiterons au maximum nos achats chez vous.*» ; qu'il a, par ailleurs, déclaré avoir limité ses commandes (aux fournisseurs livrant Optical Center) à 50 % de ce qu'elles auraient pu être ; que la société «*Optique du Grand Large*» a réalisé un chiffre d'affaires de 5 374 094 F, soit 819 275 euros, au cours de l'exercice qui s'est achevé le 30 septembre 2001 et a dégagé un résultat bénéficiaire de 553 460 F, soit 84 374 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société «*Optique du Grand Large*» une sanction pécuniaire de 16 385 euros ;

Considérant que M. Tchordjallian, gérant de l'E.U.R.L. «*Visions et Regards*», exploitant un magasin à cette enseigne à Décines-Charpieux (69150), a déclaré qu'il avait adressé à deux fournisseurs une lettre reprenant la formulation type n° 2 ; qu'en outre, il a déclaré avoir ralenti le rythme de ses commandes à ces deux fournisseurs, sans rompre ses relations commerciales avec eux ; que l'E.U.R.L. «*Visions et Regards*» a réalisé un chiffre d'affaires de 1 035 444 F, soit 157 852 euros, au cours de l'exercice qui s'est achevé le 30 septembre 2000 et a dégagé un résultat bénéficiaire de 344 891 F, soit 52 578 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à l'E.U.R.L. «*Visions et Regards*» une sanction pécuniaire de 3 157 euros ;

Considérant que si M. Lefebvre, gérant de la Sarl O. Lefebvre, n'a pas envoyé de courrier à ses fournisseurs, il a admis avoir eu un contact téléphonique avec la société Luxottica, dont la teneur peut être inférée du brouillon de lettre qu'il avait préparé ; que ce projet indiquait : «*Je me vois dans l'obligation de suspendre la diffusion de vos produits au sein de mon établissement*» ; que, par ailleurs, il a reconnu le 8 janvier 1997 n'avoir pas passé de nouvelle commande à Luxottica depuis l'ouverture du magasin Optical Center en septembre 1996 ; que la SARL «*O. Lefebvre*» a réalisé un chiffre d'affaires de 2 624 880 F, soit 400 160 euros au cours de l'exercice clôturé le 30 septembre 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 262 767 F, soit 40 059 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la Sarl «*O. Lefebvre*» une sanction pécuniaire de 8 000 euros ;

Considérant que M. Kalfoun, gérant de la Sarl «*Debourg Optique*», n'a pas envoyé de courrier à ses fournisseurs parce qu'il a jugé plus efficace de faire connaître son mécontentement par l'intermédiaire de leurs représentants ; qu'il a admis qu'il souhaitait être solidaire de l'action des opticiens indépendants lyonnais et qu'il avait suspendu toute nouvelle commande chez Luxottica, Airess, Silhouette et Jullien ; que la Sarl «*Debourg Optique*» a réalisé un chiffre d'affaires de 2 148 999 F, soit 327 613 euros au cours de l'exercice clôturé le 30 septembre 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 185 414 F, soit 28 266 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la Sarl «*Debourg Optique*» une sanction pécuniaire de 6 550 euros ;

Considérant que M. Patrick Sanders, gérant de la Sarl «*Haras*», a déclaré qu'à l'issue de la réunion du 8 octobre 1996 à laquelle il avait participé, il a informé les représentants des fournisseurs présents dans le magasin «*Optical Center*» qu'il cessait ses relations commerciales avec eux ; que cela concernait Luxottica, Jullien, New Charmes, et qu'il avait revu sa position en ce qui concerne les produits de L'Amy, dans la mesure où leurs marques Lacoste et Nina Ricci avaient été retirées du magasin «*Optical Center*» ; que la Sarl «*Haras*» a réalisé un chiffre d'affaires de 1 752 081 F, soit 267 103 euros au cours de l'exercice clôturé le 31 mars 2001, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 189 281 F, soit 28 856 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la Sarl «*Haras*» une sanction pécuniaire de 5 340 euros ;

Considérant qu'il est établi que les entreprises suivantes : Sarl «*Réal Optique*» venant aux droits, ainsi qu'il a été dit, de la Sarl «*Cristal Optique*», E.U.R.L. Francheville Optique, Christian Grenier, Sarl «*Anciens Etablissements J. Peter*», S.A. «*Optique Moderne Claude Moch*», Optique Gimet, Sarl «*Cynthia*» (Optique Galimard), Sarl DTS Optique, Sarl «*Optique du Serpent*», S.A. «*Troussey Optique*», S.A. «*Optique Torrilhon*», S.A. Razy Optique, Sarl «*Optique 73*», Sarl «*Optique Provansal*», S.A. Vermersch, venant aux droits de S.A. Thivend, S.A. Debaugé, S.A. «*Optique Saint-Priest*», Sarl «*Optique Médicale D. Girod*», ainsi que la S.A. «*Grand Optical*», ont envoyé un ou plusieurs courriers à des fournisseurs présents dans le magasin «*Optical center*» ; que ces courriers reprenaient le plus souvent une des formules-type proposées lors de la réunion du 8 octobre 1996 ou s'en inspiraient ; que par l'envoi de ce courrier elles ont manifesté leur volonté de se joindre au mouvement concerté des opticiens lyonnais, mis sur pied à l'occasion de cette réunion, en vue d'exercer des pressions sur les fournisseurs de lunettes «*haut de gamme*» ; que, toutefois, compte tenu des pièces figurant au dossier, il n'est pas établi que cet envoi de courrier ait été suivi d'actions concrètes, telles que celles qui sont reprochées aux entreprises précédentes ;

Considérant que la Sarl «*Cristal Optique*» a adressé des courriers aux fournisseurs L'Amy, Pouilloux, Luxottica, Berthet-Bondet, Pinton, Airess, O.D.L.M. ; que ces courriers reprennent la formule type n° 1 ; que la SARL «*Réal Optique*», qui vient aux droits de la société «*Cristal Optique*», a réalisé un chiffre d'affaires de 2 696 494 F soit 411 078 euros au cours de l'exercice 2000 et dégagé un résultat négatif de 688 021 F, soit 104 888 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la Sarl «*Réal Optique*» une sanction pécuniaire de 4 110 euros ;

Considérant que M. Caillat, gérant de l'E.U.R.L. «*Francheville Optique*» a adressé un courrier portant l'en-tête de cette société aux fournisseurs Jullien, Airess, L'Amy, O.D.L.M., Luxottica, courriers dont la rédaction s'inspire de la formulation type n° 1 ; que cette société a réalisé un chiffre d'affaires de 626 974 F, soit 95 582 euros au cours de l'exercice clôturé le 31 décembre 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 13 120 F, soit 2 000 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à l'E.U.R.L. «*Francheville Optique*» une sanction pécuniaire de 955 euros ;

Considérant que, contrairement aux affirmations de son gérant, la société «*Christian Grenier*» a adressé au moins un courrier, inspiré de la formule-type n° 2, à son fournisseur Luxottica ; que ladite entreprise a réalisé un chiffre d'affaires de 2 410 513 F, soit 367 480 euros au cours de l'exercice 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 593 357 F, soit 90 457 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société «*Christian Grenier*» une sanction pécuniaire de 3 670 euros ;

Considérant que, contrairement aux affirmations de son gérant, la Sarl «*Anciens Etablissements J. Peter*» a fait parvenir au moins un courrier à la société Luxottica, inspiré de la formule type n° 1 ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 1 180 009 F, soit 179 891 euros au cours de l'exercice clôturé le 30 avril 2001, et a dégagé un résultat bénéficiaire

de 19 107 F, soit 2 913 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la Sarl «*Anciens Etablissements J. Peter*» une sanction pécuniaire de 1 795 euros ;

Considérant que la S.A. «*Optique Moderne Claude Moch*» a écrit aux fournisseurs Sporoptic Pouilloux, L'Amy, New Charmes, Jullien, O.D.L.M., Airess, Louis Cabaud, des lettres reproduisant la formule type n° 1 ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 3 222 114 F, soit 491 208 euros au cours de l'exercice 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 118 993 F, soit 18 140 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la S.A. «*Optique Moderne Claude Moch*» une sanction pécuniaire de 4 910 euros ;

Considérant que, contrairement aux affirmations de son dirigeant, la société «*Optique Gimet*» a envoyé des courriers à la rédaction inspirée de la formule type n° 2, à ses fournisseurs Luxottica, O.D.L.M., Jullien, L'Amy, Berthet-Bondet ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 4 250 978 F, soit 648 057 euros au cours de l'exercice 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 222 894 F, soit 33 980 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société «*Optique Gimet*» une sanction pécuniaire de 6 480 euros ;

Considérant que la Sarl «*Cynthia*» exploitant le magasin «*Optique Galimard*», a fait parvenir au moins un courrier à son fournisseur «*L'Amy*», reprenant la formule type n° 1 avec la mention suivante en post-scriptum : «*Je vous confirme que je ne désire plus recevoir les modèles échantillons*» ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 2 280 334 F, soit 347 635 euros au cours de l'exercice 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 432 489 F, soit 65 933 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la SARL «*Cynthia*» une sanction pécuniaire de 3 475 euros ;

Considérant que la Sarl «*DTS Optique*» a écrit aux fournisseurs Luxottica, Arnette, O.D.L.M., Jullien, Airess, Berthet-Bondet ; que ces courriers sont inspirés de la formule type n° 2 et ne sont donc pas de simples demandes d'information adressées aux fournisseurs ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 3 213 297 F, soit 489 864 euros au cours de l'exercice 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 602 136 F, soit 91 795 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la SARL «*DTS Optique*» une sanction pécuniaire de 4 895 euros ;

Considérant que la Sarl «*Optique du Serpent*» a écrit aux fournisseurs O.D.L.M., Luxottica, Berthet-Bondet, Pouilloux, en reprenant la formule type n° 1 ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 1 192 308 F, soit 181 766 euros au cours de l'exercice clôturé le 31 août 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 25 942 F, soit 3 955 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la Sarl «*Optique du Serpent*» une sanction pécuniaire de 1 815 euros ;

Considérant que M. Jean-Pierre Troussey, président de la S.A. «*Troussey Optique*», dont le siège est à Tournon (Ardèche), a reconnu avoir écrit «*par solidarité avec ses collègues lyonnais*» à L'Amy, Jullien, O.D.L.M., Luxottica,

Berthet-Bondet, en s'inspirant de la formule type n° 2 ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 4 156 034 F, soit 633 583 euros au cours de l'exercice clôturé le 31 mars 2001, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 312 622 F, soit 47 659 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la S.A. «*Troussey Optique*» une sanction pécuniaire de 6 335 euros ;

Considérant que la S.A. «*Optique Torrilhon*», qui exploite 6 magasins dans les environs de Lyon, a écrit à ses fournisseurs Luxottica, O.D.L.M., Jullien, Berthet-Bondet, en s'inspirant de la formule type n° 2 ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 38 504 807 F, soit 5 870 020 euros au cours de l'exercice clôturé le 30 septembre 2001, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 2 419 226 F, soit 368 809 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la S.A. «*Optique Torrilhon*» une sanction pécuniaire de 58 700 euros ;

Considérant que la S.A. «*Razy Optique*» a envoyé des courriers aux sociétés L'Amy, O.D.L.M., Jullien, Luxottica, New Charmes, Pinton, Elce ; que ces courriers reprennent, en la personnalisant légèrement, la formule type n° 2 ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 8 680 020 F, soit 1 323 260 euros au cours de l'exercice 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 508 136 F, soit 77 465 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la S.A. «*Razy Optique*» une sanction pécuniaire de 13 230 euros ;

Considérant que la Sarl «*Optique 73*», dont le gérant est également le président de la S.A. «*Razy Optique*», a envoyé les mêmes courriers que la S.A. «*Razy Optique*» aux mêmes fournisseurs ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 1 476 936 F, soit 225 157 euros au cours de l'exercice 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 168 873 F, soit 25 745 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la Sarl «*Optique 73*» une sanction pécuniaire de 2 250 euros ;

Considérant que la Sarl «*Optique Provansal*» a envoyé des courriers aux sociétés L'Amy, O.D.L.M., Luxottica, Airess, Jullien, Pouilloux ; que ces courriers reprennent la formule type n° 2 ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 2 590 816 F, soit 394 967 euros au cours de l'exercice clôturé le 30 septembre 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 1 676 F, soit 255 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la Sarl «*Optique Provansal*» une sanction pécuniaire de 3 950 euros ;

Considérant que la S.A. «*Thivend*» a envoyé des courriers aux sociétés L'Amy, O.D.L.M., Luxottica, Jullien, Lux de Morez ; que ces courriers reprennent la formule type n° 1 ; que la société anonyme «*Vermeersch*» venant aux droits de la S.A. «*Thivend*» a réalisé un chiffre d'affaires de 2 728 914 F, soit 416 020 euros au cours de l'exercice clôturé le 30 juin 2001, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 381 522 F, soit 58 163 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la S.A. «*Vermeersch*» une sanction pécuniaire de 4 160 euros ;

Considérant que la S.A. «*Debauge*» a envoyé des courriers aux sociétés L'Amy, O.D.L.M., Airess, Jullien, Logo, Pinton, Pouilloux, Simop, New Charmes ; que ces courriers reprennent la formule type n° 2 ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 6 815 639 F, soit 1 039 037 euros au cours de l'exercice 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 498 753 F, soit 76 034 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la S.A. «*Debauge*» une sanction pécuniaire de 10 390 euros ;

Considérant que la S.A. «*Optique Saint Priest*» a envoyé des courriers aux sociétés L'Amy, O.D.L.M., Airess, Jullien, Luxottica, Berthet-Bondet ; que ces courriers reprennent la formule type n° 1 ; que ladite société, qui exploite deux magasins, a réalisé un chiffre d'affaires de 4 291 049 F, soit 654 166 euros au cours de l'exercice 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 461 541 F, soit 70 361 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la S.A. «*Optique Saint Priest*» une sanction pécuniaire de 6 540 euros ;

Considérant que la Sarl «*Optique Médicale D. Girod*», bien que située à Autun (Saône-et-Loire), a envoyé des courriers aux sociétés L'Amy, O.D.L.M., Jullien, Luxottica, Lux de Morez ; que ces courriers s'inspirent de la formule type n° 1 ; que M. Daniel Girod a justifié sa démarche par son «*association sur plusieurs magasins de Lyon*» ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 5 296 699 F, soit 807 477 euros au cours de l'exercice 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 441 985 F, soit 67 380 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la Sarl «*Optique Médicale D. Girod*» une sanction pécuniaire de 8 075 euros ;

Considérant que figure au dossier un courrier adressé le 15 octobre 1996 par la société Luxottica à la S.A. «*Contact Optique*» ; que la teneur de ce courrier établit que la société «*Contact Optique*» a eu un échange téléphonique avec ce fournisseur et que ce contact s'insérait dans la démarche collective organisée par les opticiens lyonnais ; qu'il n'apparaît pas que cette société ait écrit ou pris contact téléphoniquement avec d'autres fournisseurs ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 5 091 033 F, soit 776 123 euros au cours de l'exercice clôturé le 31 août 2001, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 986 693 F, soit 150 420 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la S.A. «*Contact Optique*» une sanction pécuniaire de 3 880 euros ;

Considérant que la S.A. «*Grand Optical*», qui dispose de deux magasins à Lyon, a envoyé des courriers aux sociétés O.D.L.M., Jullien, Luxottica, Pouilloux, Gomé, Lux de Morez, Safilo France ; que ces courriers font expressément référence à l'ouverture du magasin «*Optical Center*» de Lyon et contiennent au moins deux formules de nature à faire pression sur leurs destinataires («*cela m'est nécessaire pour prendre les décisions sur notre stratégie d'approvisionnement*» et «*je considère, en effet, que l'implantation de vos produits d'une manière massive dans un circuit discount peuvent remettre en cause nos relations commerciales*») ; qu'eu égard à la puissance d'achat que représente cette société, et même si les relations avec les fournisseurs concernés se sont pour-

suivies normalement, le fait de s'être associée au mouvement anticoncurrentiel dirigé contre les magasins Optical Center revêt de la part de cette société un caractère de gravité manifeste ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires de 872 368 423 F, soit 132 982 991 euros au cours de l'exercice 2000, et a dégagé un résultat bénéficiaire de 46 832 287 F, soit 7 139 536 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la SA «*Grand Optical*» une sanction pécuniaire de 665 000 euros ;

Considérant qu'ainsi qu'il a été dit plus haut, la société L'Amy France s'est jointe à l'action concertée initiée par les opticiens lyonnais pour obtenir que le magasin «*Optical Center*» ne soit plus livré ou soit contraint de changer de politique commerciale ; que cette action avait pour objet et, en raison des mesures prises par L'Amy France, a eu pour effet de limiter l'accès au marché du magasin Optical Center de Lyon et de faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence sur le marché lyonnais des lunettes de marque ; qu'en outre, les mesures prises par la société L'Amy ont été étendues à l'ensemble des points de vente d'Optical Center pour ce qui concerne l'obligation de mentionner sur les publicités faites par ces magasins l'exclusion de toutes les marques distribuées par L'Amy France ; que la société L'Amy France S.A. a été absorbée par la société L'Amy S.A. avec effet au 1^{er} janvier 1999 ; que cette société, qui distribue les marques Lacoste, Nina Ricci, Chevignon, Ted Lapidus, occupe une place de leader sur le marché de la lunetterie en France avec 10 % du marché en volume et 15 % en valeur ; que la marque «*Lacoste*» est la première en France sur le marché des lunettes griffées, la marque «*Nina Ricci*» est la première griffe féminine et la marque «*Chevignon*» est leader sur le créneau des 15-25 ans ; que la société L'Amy S.A. a réalisé un chiffre d'affaires de 23 145 361 euros en 2000 sur le marché français et a dégagé un résultat bénéficiaire de 594 124 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société L'Amy S.A. une sanction pécuniaire de 800 000 euros ;

En ce qui concerne certaines clauses des contrats de distribution sélective

Considérant qu'aux termes du 1^{er} alinéa de l'article L. 464-2 du code de commerce : «*(Le Conseil de la concurrence) peut ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anti-concurrentielles dans un délai déterminé...*» ;

Considérant qu'il y a lieu d'enjoindre à la société Logo, qui a absorbé la société Gala Prestige de Paris, de modifier, dans les nouveaux contrats qu'elle propose à ses distributeurs, le point 12 du «*protocole d'accord de distribution sélective pour les produits de la marque Fred-Force 10*», de telle sorte qu'il soit clair que le distributeur agréé Fred-Force 10 dispose de la faculté de s'approvisionner auprès d'autres distributeurs agréés, ainsi, d'ailleurs, qu'il est indiqué dans la nouvelle rédaction du point 9 dudit protocole ; qu'il y a lieu d'enjoindre également à la société Logo de proposer à tous les distributeurs ayant conclu le contrat dans sa version antérieure, la signature d'un avenant incorporant audit contrat la nouvelle rédaction des points 9 et 12 ;

Considérant que, compte tenu de ce qui a été dit ci-dessus, il y a lieu d'enjoindre à la société Sporoptic Pouilloux, de modifier, dans les nouveaux

contrats de revendeur agréé qu'elle conclut avec des distributeurs, les articles 3.1.1 et 3.1.3 de telle sorte qu'il soit clair que le revendeur agréé conserve toute liberté de céder ou d'acheter des produits de marque «Vuarnet» à un autre revendeur agréé ;

Considérant qu'il y a lieu d'enjoindre à la société Berthet-Bondet de modifier le contrat de distribution agréée «*lunettes Lagerfeld*» en y insérant une clause autorisant expressément les livraisons entre revendeurs agréés ; qu'il y a lieu d'enjoindre également à la société Berthet-Bondet de proposer à tous les distributeurs ayant conclu le contrat dans sa version antérieure la signature d'un avenant incorporant audit contrat la nouvelle clause précitée ;

Considérant, que, du fait de la cession de l'activité de lunetterie solaire de la société Bausch & Lomb postérieurement à la saisine du Conseil, il n'y a pas lieu d'adresser d'injonction à cette société ;

Sur la publication de la décision

Considérant qu'aux termes du dernier alinéa de l'article L. 464-2 du code de commerce : «*Le Conseil de la concurrence 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'il est nécessaire d'informer les consommateurs de l'agglomération lyonnaise des pratiques mises en œuvre par un nombre important d'opticiens de cette agglomération et par la société L'Amy S.A. ; qu'il y a donc lieu d'ordonner la publication de la partie II de cette décision par les sociétés Bourdeau, Naggabo, Guigues Optique, Europtic à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, dans le quotidien *Le Progrès*, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision ; qu'il est nécessaire également d'informer l'ensemble des opticiens exerçant en France, afin d'éviter le renouvellement de pratiques semblables sur d'autres marchés géographiques ; qu'il convient, en conséquence, de prescrire la publication de la partie II de la présente décision dans la revue «*Inform'optique*» par les mêmes sociétés et dans les mêmes conditions ;

Décide

Article 1^{er} : Il est établi que les sociétés Bourdeau Optique, Nagabbo, Optique Guigues, Europtic, Optique Ginot, dont les droits et obligations ont été transmis à la société «*Les Opticiens Economes*», Idéal Optique, Optique Poignant, Optique Chavet, Optique Ducret, La Grande Pharmacie Lyonnaise, Optique du Grand Large, l'EURL Visions et Regards, les sociétés O. Lefebvre, Debourg Optique, Haras, Cristal Optique, dont les droits et obligations ont été transmis à la société Réal Optique, l'EURL Francheville Optique, les sociétés Christian Grenier, Anciens Etablissements J. Peter, Optique moderne Claude Moch, Optique Gimet, Cynthia, DTS Optique, Optique du Serpent, Troussey Optique, Optique Torrilhon, Razy Optique, Optique 73, Optique Provansal, Thivend, dont les droits et obligations ont été transmis à la société Vermeersch, Debauge, Optique Saint Priest, Optique médicale D. Girod, Contact Optique, Grand Optical, l'Amy France,

dont les droits et obligations ont été transmis à la société l' Amy S.A., Gala Prestige de Paris, dont les droits et obligations ont été transmis à la société Logo, Sporoptic Pouilloux, Berthet-Bondet, Bausch et Lomb ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 2 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- 79 800 € à la société Bourdeau Optique
- 29 370 € à la société Nagabbo
- 7 800 € à la société Optique Guigues
- 12 260 € à la S.A. Europtic
- 62 480 € à la S.A. Les Opticiens Economes (L.O.E.)
- 15 740 € à la S.A. Idéal Optique
- 15 700 € à la S.A. Optique Poignant
- 21 330 € à la S.A. Optique Chavet
- 9 800 € à l'EURL Optique Ducret
- 138 567 € à la société La Grande Pharmacie Lyonnaise
- 16 385 € à la société Optique du Grand Large
- 3 157 € à l'EURL Visions et Regards
- 8 000 € à la Sarl O. Lefebvre
- 6 550 € à la Sarl Debourg Optique
- 5 340 € à la Sarl Haras (P. Sanders)
- 4 110 € à la Sarl Réal Optique
- 955 € à l'EURL Francheville Optique
- 3 670 € à la société Christian Grenier
- 1 795 € à la Sarl Anciens Etablissements J. Peter
- 4 910 € à la S.A. Optique Moderne Claude Moch
- 6 480 € à la société Optique Gimet
- 3 475 € à la Sarl Cynthia («*Optique Galimard*»)
- 4 895 € à la Sarl DTS Optique
- 1 815 € à la Sarl Optique du Serpent
- 6 335 € à la S.A. Trousssey Optique
- 58 700 € à la S.A. Optique Torrilhon
- 13 230 € à la S.A. Razy Optique
- 2 250 € à la Sarl Optique 73
- 3 950 € à la Sarl Optique Provansal
- 4 160 € à la S.A. Vermeersch
- 10 390 € à la S.A. Debauge
- 6 540 € à la S.A. Optique Saint-Priest
- 8 075 € à la Sarl Optique Médicale D. Girod
- 3 880 € à la S.A. Contact Optique
- 665 000 € à la S.A. Grand Optical
- 800 000 € à la société l' Amy S.A.

Article 3 : Il est enjoint à la société Logo, venant aux droits et obligations de la société Gala Prestige de Paris, de modifier, dans les nouveaux contrats qu'elle propose à ses distributeurs, le point 12 du «*protocole d'accord de distribution sélective pour les produits de la marque Fred-Force 10*», de telle sorte qu'il soit clair que le distributeur agréé Fred-Force 10 dispose de la faculté de s'approvisionner auprès d'autres distributeurs agréés ainsi que cela figure dans la nouvelle version du point 9 ; il est également enjoint à la

société Logo de proposer à la signature de tous les distributeurs ayant conclu le contrat dans sa version antérieure un avenant incorporant audit contrat la nouvelle rédaction des points 9 et 12 ;

Article 4 : Il est enjoint à la société Sporoptic Pouilloux de modifier, dans les nouveaux contrats de revendeur agréé qu'elle propose aux distributeurs, les articles 3.1.1 et 3.1.3. de telle sorte qu'il soit clair que le revendeur agréé conserve toute liberté de céder ou d'acheter des produits de marque Vuarnet à un autre revendeur agréé ;

Article 5 : Il est enjoint à la société Berthet-Bondet de modifier le contrat de distribution agréé «*Lunettes Lagerfeld*» en y inscrivant une clause autorisant expressément les livraisons entre revendeurs agréés ; il est également enjoint à la société Berthet-Bondet de proposer à la signature de tous les distributeurs ayant conclu le contrat dans sa version antérieure un avenant incorporant audit contrat la nouvelle clause.

Article 6 : La partie II de la présente décision sera publiée en caractères lisibles par un lecteur ordinaire, à l'initiative des sociétés Bourdeau, Naggabo, Guigues Optique, Europtic, à frais commun et en proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, dans le quotidien *Le Progrès*, édition du Rhône, dans un délai de deux mois à compter de la notification de la présente décision ; les mêmes entreprises procéderont à la publication du II de la présente décision dans les mêmes conditions dans la revue *Inform'optique*.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Alzamora, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, MM. Bargue, Gauron, Lasserre et Robin, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président, présidant la séance
Frédéric Jenny

Notes :



- 1 - M^{me} Evelyn Wurm, présidente de la S.A. «Bellecour Optique» confirme que «au cours de cette réunion, M^{me} Patris, M. Bourdeau et un employé de chez Naggabo ont pris la parole» (cote 364).
- 2 - Il s'agit probablement de M. A. Fiabane, qui est le signataire de toutes les réponses adressées au nom de Luxottica France aux courriers reçus des opticiens lyonnais (cf. infra).
- 3 - M. Hubert de Thoisy est le directeur des ventes de la marque Nina Ricci au sein du groupe L'Amy France.
- 4 - Voir note 2.
- 5 - C'est-à-dire concomitamment aux réponses écrites faites par les fournisseurs aux courriers envoyés par la maison Bourdeau.
- 6 - Reçus à la suite de l'ouverture du magasin Optical Center.

02-D-37

Décision n°02-D-37 du 14 juin 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des tuyauteries de gaz

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre du 28 décembre 2000, enregistrée sous le numéro F 1281, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques concernant le secteur des tuyauteries de gaz ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu la décision en date du 6 novembre 2001 par laquelle la Présidente du Conseil de la concurrence a décidé de faire application des dispositions de l'article L. 463-3 du code de commerce ;

Vu les observations présentées par les sociétés Endel, venant aux droits des sociétés Delattre-Levivier et Entrepose, Suburbaine de canalisation et de grands travaux et Ponticelli Frères ainsi que par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Endel, venant aux droits des sociétés Delattre-Levivier et Entrepose, Suburbaine de canalisation et de grands travaux et Ponticelli Frères entendus lors de la séance du 10 avril 2002 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés ;

Décisions / 02-D-37

313

I. - Constatations

■ A. - La description des marchés

1. - Le marché des tuyauteries principales du terminal gazier de Dunkerque

A la suite de la publication d'un appel d'offres au journal officiel des Communautés européennes du 7 février 1996, la société Dunkerque Terminal DA (D.T.D.A.) a lancé une consultation, le 9 septembre 1996, en vue de l'installation d'équipements de tuyauteries sur le site du terminal gazier de Dunkerque, dont elle est propriétaire, afin d'alimenter le réseau de Gaz de

France en gaz norvégien en provenance du gisement de Troll. La société D.T.D.A. est une société de droit norvégien, constituée pour la construction et l'exploitation du terminal, elle comprend douze actionnaires : onze sociétés norvégiennes, dont Statoil, et un actionnaire français - Gaz de France (G.D.F.). La société Statoil était, pour cette opération, maître d'ouvrage délégué de la société D.T.D.A. ; G.D.F, considéré comme opérateur technique, était maître d'œuvre délégué. Le marché était estimé par G.D.F à 41 200 000 F HT.

Les 9 sociétés suivantes ont été consultées :

- Boccard,
- Delattre-Levivier,
- Denys,
- Entrepose,
- Fabricom,
- Nordon,
- Ponticelli,
- Spie Enertrans,
- Visser et Smit Hanab B.V.

La société Visser et Smit Hanab B.V. a été la seule à se désister, invoquant sa charge de travail et les délais d'exécution du projet. Les huit autres sociétés ont fait des propositions technico-commerciales, qui ont ensuite donné lieu à divers échanges et réunions d'alignement, courant décembre 1996, avant d'être jugées recevables.

L'ouverture des plis a été effectuée le 20 décembre 1996 et les huit offres remises étaient les suivantes :

Entreprises	Denys	Boccard	Nordon	Fabricom	Entrepose	Spie Enertrans	Ponticelli	Delattre- Levivier
Offres en francs (HT)	4 900 000	35 996 654	42 709 000	39 629 860	33 711 000	43 100 000	34 550 000	36 050 000
Écart par rapport au moins-disant (arrondi)	+ 48 %	+ 7 %	+ 27 %	+ 17 %	0	+ 28 %	+ 2,5 %	+ 7 %

Après examen de ces offres par une équipe *ad hoc*, le marché a été attribué par la société D.T.D.A., le 21 janvier 1997, à l'entreprise Entrepose, moins-disante.

2. - Le marché des tuyauteries auxiliaires de la station de compression de Saint-Martin-de Crau

Le 25 mars 1997, GDF a lancé un appel d'offres relatif à l'exécution de travaux de réalisation de tuyauteries auxiliaires pour la station de compression de Saint-Martin-de-Crau.

Les 5 entreprises suivantes ont été consultées aux fins de remise d'une offre technique : Entrepose, Fabricom, Ponticelli, SNIG et Suburbaine.

Les sociétés Fabricom et Entrepose se sont désistées, cette dernière au motif de sa charge de travail ; les sociétés Suburbaine, Ponticelli et SNIG ont remis des offres techniques.

Après analyse et obtention de compléments techniques et administratifs, les propositions reçues ont été jugées recevables et GDF a alors demandé la remise d'offres de prix global et forfaitaire accompagnées d'un bordereau de prix unitaires pour le paiement de travaux supplémentaires éventuels. Le prix de référence du marché avait été fixé à 3 298 050 F par le centre national d'équipement de Gaz de France.

L'ouverture des plis a eu lieu le 30 avril 1997 et les trois offres remises étaient les suivantes :

Entreprises	Ponticelli	Snig	Suburbaine
Offres en francs hors taxes	2 904 000	3 577 000	3 842 990
Différence par rapport à l'estimation (3 298 000 F HT)	- 12 %	+ 8 %	+ 17 %
Écart par rapport au moins-disant (en %)	0 %	+ 23 %	+ 32 %

Ce marché a fait l'objet d'un examen *a priori* de la part de la commission des marchés de G.D.F. lors de sa séance du 19 juin 1997. La commission a émis un avis favorable à sa passation, en dépit des doutes exprimés par le rapporteur particulier sur le respect de la concurrence en raison du nombre restreint de réponses à la consultation et du fait qu'une seule réponse soit apparue réellement compétitive.

Le marché a été attribué à l'entreprise la moins disante, l'entreprise Ponticelli.

■ B. - Les pratiques constatées

1. - Sur le marché des tuyauteries principales du terminal gazier de Dunkerque

Lors d'une visite effectuée le 2 mars 1999 dans les locaux de l'entreprise Delattre-Levivier à Nanterre, les enquêteurs ont saisi, d'une part, quatre exemplaires d'un formulaire «*bordereau de remise de prix – décomposition indicative du montant global et forfaitaire*», qui fait partie de l'offre de prix remise à Dunkerque Terminal DA, d'autre part, deux pages de tableaux manuscrits détaillant des prix de travaux de tuyauteries.

Les quatre exemplaires du formulaire «*bordereau de remise de prix – décomposition indicative du montant global et forfaitaire*», datés de décembre 1996,

comprennent la même colonne de chiffres dactylographiés – le montant global HT étant de 41 738 000 F. - et, selon les exemplaires, une ou trois colonnes de chiffres manuscrits, se présentant de la manière suivante :

- sur l'exemplaire coté 18, figure, en regard de la colonne de chiffres dactylographiés, une colonne de chiffres manuscrits, différents des premiers, pour un montant total HT de 30 250 000 F ; M. Dupré, agent technique de l'entreprise Delattre-Levivier, alors chargé des devis, a indiqué aux enquêteurs que la colonne de chiffres manuscrits était de son écriture ;
- l'exemplaire coté 17 comporte des différences par rapport au précédent : en haut des deux colonnes de chiffres figurent les indications suivantes : «DL» pour la colonne dactylographiée, «ENTR.» pour la colonne manuscrite, dans laquelle certains chiffres sont barrés et corrigés à la hausse de la manière suivante :

- «installation et repli de chantier : 260 + 100
- travaux de tuyauteries et de mécanique : 13 400 [10 230 dans l'autre colonne]
- épreuves : 1074 + 200»

Le total passe de 30 250 KF [après un chiffre barré de 31 020 000] à 33 720.

- Sur l'exemplaire coté 37, trois autres colonnes sont ménagées d'une manière manuscrite à gauche et à droite de la colonne de chiffres dactylographiés :
 - La première colonne porte en haut la mention «à remettre» ainsi que l'indication «DL» ; plusieurs chiffres sont inférieurs à ceux figurant sur la deuxième colonne et le total est de 36 084 ;
 - Les troisième et quatrième colonnes comprennent la même indication «E» puis, respectivement, «initial» pour un montant total de 30 250, et «revu» pour un montant total de 33 700 ; les chiffres figurant dans ces deux colonnes sont – dans leur grande majorité – inférieurs à ceux inscrits dans les deux colonnes précédentes ; par ailleurs, outre le chiffre global, trois des chiffres figurant dans la colonne intitulée «revu» sont supérieurs à ceux de la colonne appelée «initial» : «installation et repli de chantier» passe de 260 à 360, «travaux de tuyauteries et de mécanique» de 10 230 à 13 400 et «épreuves» de 1 074 à 1 274 ;
- L'exemplaire coté 25 est une copie du précédent document, avec deux différences dans la première colonne, où le montant total précédent de 36 084 est barré et remplacé par 36 050, et où le chiffre de 4 957 inscrit pour la «fourniture et transport à pied d'œuvre des matériels et matériaux définis» passe de 4 957 à 4 991 ; les chiffres inscrits dans les colonnes «à remettre DL» et «E revu», et notamment les montants totaux – soit 36 050 000 F HT et 33 700 00 F HT – sont, à trois arrondis près, exactement les mêmes que ceux figurant sur les offres remises le 19 décembre 1996 par les entreprises Delattre-Levivier et Entrepose ; interrogé sur l'origine des documents cotés 17, 37 et 25, M. Dupré a indiqué que ces documents ne sont pas de sa main.

Les deux pages de tableaux manuscrits comprennent des chiffres détaillés sur les travaux de tuyauteries et comportent deux colonnes de chiffres, en haut desquelles sont inscrites respectivement les mentions «DL» et «E» ; les chiffres figurant dans la première colonne sont, pour la majorité d'entre eux, supérieurs à ceux de la deuxième ; les totaux respectifs sont de 19 500 KF et de 13 400. Selon M. Dupré, il semblerait que ces deux pages aient été écrites par M. Stiquel, son supérieur hiérarchique de l'époque.

2. - Sur le marché des tuyauteries auxiliaires de la station de compression de Saint-Martin-de Crau

Lors de visites effectuées le 2 mars 1999 dans les locaux des entreprises Suburbaine et Ponticelli Frères à Port-de-Bouc, les enquêteurs ont saisi, d'une part, un agenda pour l'année 1997 appartenant à M. Forgeat, chargé d'études à l'entreprise Suburbaine, d'autre part, un compte-rendu d'émission de télécopie accompagné de tableaux de prix relatifs au marché de tuyauteries auxiliaires de la station de compression de Saint-Martin-de Crau.

L'agenda de M. Forgeat, comporte, à la date du jeudi 24 avril, les mentions manuscrites suivantes :

«Ponticelli 04 42 06 25 07 «vu»
Tobia «vu»»

Le numéro de téléphone mentionné est celui du centre de Port-de-Bouc de l'agence Provence de la société Ponticelli Frères ; M. Tobia y est responsable du service devis préparation.

Dans les locaux du centre de Port-de-Bouc de l'agence Provence de la société Ponticelli Frères, les enquêteurs ont saisi un «*message confirmation*» d'une télécopie de trois pages adressée le 28 avril 1997 à 15 h 36 par Ponticelli Port-de-Bouc à Suburbaine ; à ce document sont agrafées trois pages, portant la référence AO-MP-383-97015 (référence du marché des tuyauteries auxiliaires de Saint-Martin-de Crau), correspondant à des exemplaires des formulaires de la «*décomposition indicative du prix forfaitaire*» et du «*bordereau de prix unitaires*», lesquels font partie de l'offre de prix que les entreprises soumissionnaires remettent à G.D.F. La première page, relative à la décomposition indicative du prix forfaitaire, comporte au crayon, outre des prix, et notamment un prix global de 3 484 000 F, la mention suivante :

«GAZ de France : tuy. Auxiliaires
Mr TOBIA → Mr RIMBAUD (SUBURBAINE)»

Les deux pages suivantes sont un exemplaire du bordereau de prix unitaires rempli au crayon, la dernière page comportant à son verso – également au crayon - la mention manuscrite suivante : «POUR SUB.»

Interrogé par les enquêteurs sur les raisons de cette transmission, Monsieur Tobia, responsable du service devis préparation de l'entreprise Ponticelli, a déclaré :

«(...) Suburbaine nous a consulté en sous-traitance pour ce marché au cas où ils en seraient attributaires, sans préciser les postes sur lesquels porterait cette sous-traitance. J'ai répondu le jour même de la demande de M. Rimbaud, en faisant une offre portant sur l'intégralité du marché, c'est à dire sur tous les postes concernés. (...) Ma direction préférerait travailler avec GDF en direct, plutôt qu'en sous-traitance (...). J'ai donc fait à Suburbaine une offre majorée par rapport à celle destinée à GDF».

Monsieur Rimbaud, technicien méthodes de l'entreprise Suburbaine à Port-de-Bouc, a, pour sa part, déclaré que bien que son nom apparaisse sur la télécopie comme destinataire de cette transmission, il ne se rappelait rien de particulier à ce sujet ; il a ajouté :

«Je ne m'explique pas avoir pu être émetteur d'une demande de sous-traitance à Ponticelli portant sur l'ensemble des postes du marché. Il aurait été envisageable pour moi de consulter Ponticelli sur la petite tuyauterie (petits diamètres), pas sur autre chose, puisque le reste, soit nous le faisons -comme, bien entendu les gros diamètres, comme également le terrassement-génie civil (que nous faisons en direct et non en sous-traitance, puisque nous sommes équipés pour) -, soit nous avons, pour certains postes spécialisés comme le contrôle des soudures, recours à des sous-traitants spécialisés. Je ne m'explique donc pas que Ponticelli ait transmis les pièces précitées, qui portent sur l'ensemble des postes du marché, pas plus que je ne comprends qu'ils aient transmis leurs bordereaux de prix unitaires».

Sur la base de ces éléments, le rapporteur a notifié des griefs :

- d'une part, aux sociétés Entrepose et Delattre-Levivier, pour avoir mis en œuvre une concertation sur les prix relatifs au marché de travaux d'installation d'équipement de tuyauteries sur le site du terminal de Dunkerque, pratique ayant eu pour objet et pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le jeu de la concurrence et de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur le marché concerné et constitutive d'une violation de l'article L. 420-1 du code de commerce ;
- d'autre part, aux sociétés Ponticelli Frères et Suburbaine de canalisations et de grands travaux, pour avoir mis en œuvre une concertation sur les prix relatifs au marché des tuyauteries auxiliaires de la station de compression de Saint-Martin-de Crau, pratique ayant eu pour objet et pour effet de faire obstacle à la fixation des prix par le jeu de la concurrence et de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur le marché concerné et constitutive d'une violation de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil

Sur la procédure

Considérant que les sociétés Ponticelli Frères et Suburbaine font valoir que deux procès-verbaux d'audition de MM. Tobia et Rimbaud établis par les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, les 7 et 15 avril 1999, sont nuls car ils ne mentionnent pas de façon suffisamment précise l'objet et l'étendue de l'enquête ; qu'ils devraient donc être écartés des débats ainsi que tous les actes subséquents prenant appui sur ces documents ;

Mais considérant que, dans un arrêt en date du 20 novembre 2001 (société Bec Frères), la chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu que *«la mention préimprimée sur le procès-verbal selon laquelle l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue suffit à justifier, jusqu'à preuve contraire, de l'indication de cet objet»* ;

Considérant, de surcroît, que le procès-verbal d'audition de M. Robert Tobia, technicien méthodes au centre de Port-de-Bouc de la société Ponticelli Frères, en date du 7 avril 1999, comporte les mentions préimprimées *«avons justifié de notre qualité»* et *«lui avons indiqué l'objet de notre enquête relative à la vérification du respect des dispositions des titres III et IV de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986»* ; que la cinquième phrase de la déclaration de M. Tobia, ainsi formulée *«Sur le marché de Saint-Martin-de-Crau – tuyauteries auxiliaires, j'ai sorti le mètre de la partie tuyauterie, et j'ai consulté la partie sous-traitante»* fait apparaître que la personne entendue avait connaissance, dès le début de son audition, du sujet sur lequel elle était conduite à s'expliquer ; que la suite du procès-verbal confirme que les déclarations de l'intéressé ont porté sur les conditions dans lesquelles l'entreprise Ponticelli a obtenu le marché des tuyauteries auxiliaires de Saint-Martin-de-Crau ; qu'en particulier, M. Tobia évoque *«le document figurant au scellé n° 2 réalisé dans les locaux de Ponticelli Port-de-Bouc le 2 mars 1999»* ; que l'ensemble de ces énonciations atteste que M. Tobia n'a pu se méprendre sur l'objet et sur le champ de l'enquête ; qu'ainsi, le procès-verbal d'audition de M. Tobia fait apparaître que le principe de loyauté dans la recherche des preuves a été respecté par les enquêteurs ; qu'il n'y a donc pas lieu de l'écarter des débats ;

Considérant que le procès-verbal d'audition de M. Roger Rimbaud, technicien méthodes à l'agence de Port-de-Bouc de la société Suburbaine, en date du 15 avril 1999, comporte les mentions préimprimées *«avons justifié de notre qualité»* et *«lui avons indiqué l'objet de notre enquête relative à la vérification du respect des dispositions des titres III et IV de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986»* ; qu'aucune disposition ne fait obligation aux enquêteurs de communiquer aux personnes entendues le texte du titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu livre IV du code de commerce ; que la lecture du contenu du procès-verbal permet de constater que les déclarations de l'intéressé concernent le marché des tuyauteries auxiliaires de Saint-Martin-de-Crau, M. Rimbaud précisant notamment qu'il n'a pas rencontré personnellement M. Tobia *«à l'occasion du marché de Saint-Martin-de-Crau»*, puis *«concernant les pièces que vous me montrez (scellé n° 2, cotes 37 à 41 réalisé chez Ponticelli Frères Port-de-Bouc le 2 mars 1999), bien que mon nom figure sur la cote 37 comme destinataire de cette transmission, je ne me rappelle rien de particulier à ce sujet»* ; que l'ensemble de ces énonciations atteste que M. Rimbaud n'a pu se méprendre sur l'objet et sur le champ de l'enquête ; qu'ainsi, le procès-verbal d'audition de M. Rimbaud fait apparaître que le principe de loyauté dans la recherche des preuves a été respecté par les enquêteurs ; qu'il n'y a donc pas lieu de l'écarter des débats ;

Sur les pratiques relevées

En ce qui concerne le marché des tuyauteries principales du terminal gazier de Dunkerque

Considérant que la société Endel, qui vient aux droits des sociétés Entrepose et Delattre-Levivier admet que ces deux sociétés, qui étaient concurrentes pour l'obtention d'un même marché, ont échangé des informations sur les prix avant la remise des plis ; qu'elle fait toutefois valoir que ce com-

portement procède d'initiatives individuelles et ne caractérise *«aucunement une volonté de concertation anticoncurrentielle souhaitée et organisée par les directions de chacune des deux sociétés»* ;

Mais considérant qu'en matière de marché public conclu selon la procédure d'appel d'offres, la coordination des offres ou l'échange d'informations entre entreprises antérieurement au dépôt des offres caractérise une entente anticoncurrentielle contrevenant aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ; que le fait que l'échange d'informations et la coordination des offres aient procédé d'initiatives individuelles de salariés, agissant dans le cadre de leurs fonctions, est sans influence sur la qualification de la pratique ;

Considérant que la société Endel soutient encore que la pratique n'a eu aucun effet, puisqu'un autre concurrent a proposé un prix légèrement inférieur à celui proposé par la société Delattre-Levivier, laquelle n'aurait donc pu se voir attribuer le marché ; que, quoiqu'il en soit, Entrepose *«était et est restée la moins-disante et l'aurait tout autant été si Delattre-Levivier n'avait pas eu d'informations»*, et qu'enfin, l'échange d'informations n'a pas entraîné de surcoût pour G.D.F. qui avait initialement estimé le marché à 41 200 000 F HT, alors que le prix de soumission a été de 33 371 000 F HT ;

Considérant, cependant, qu'il est constant que l'entreprise Entrepose, qui avait initialement chiffré son offre à 30 250 000 F HT, l'a, après avoir échangé des informations avec l'entreprise Delattre-Levivier, finalement établie à 33 711 000 F HT, montant auquel le marché lui a été attribué par DTDA ; qu'ainsi, cet échange d'informations a eu un effet anticoncurrentiel sur le marché en favorisant artificiellement une hausse de prix ;

320

En ce qui concerne le marché des tuyauteries auxiliaires de Saint-Martin-de Crau

Considérant qu'il résulte des pièces du dossier, en premier lieu, que M. Forgeat, chargé d'études de l'entreprise Suburbaine, a eu un contact avec M. Tobia, technicien méthodes de l'entreprise Ponticelli ; en deuxième lieu, que M. Tobia a, le 28 avril 1997, à 15 h 36, adressé à l'agence de Port-de-Bouc de l'entreprise Suburbaine, à l'attention de M. Rimbaud, technicien méthodes, une télécopie mentionnant des prix relatifs au marché pour l'attribution duquel ces deux entreprises étaient candidates ; en troisième lieu, que M. Tobia a précisé avoir transmis ces éléments, dont il était l'auteur, à la demande, formulée le jour même par téléphone, de M. Rimbaud, pour le cas où l'entreprise Suburbaine serait retenue et dans la perspective d'une sous-traitance de Suburbaine à Ponticelli ; que l'entreprise Suburbaine ne conteste pas avoir reçu cette télécopie ;

Considérant, que la société Ponticelli fait valoir, d'une part, que le projet de sous-traitance explique de façon parfaitement fondée et légitime la transmission du détail de l'offre à la société Suburbaine, d'autre part, que les prix transmis par Ponticelli étaient majorés de façon non homogène afin d'éviter que Suburbaine puisse en déduire les prix pratiqués par Ponticelli ;

Mais, considérant que cette explication est contredite par les déclarations de M. Rimbaud qui a indiqué aux enquêteurs ne pas avoir le souvenir d'avoir formulé une demande de sous-traitance à l'entreprise Ponticelli et que cette

déclaration a été confirmée par le représentant de la société Suburbaine lors de la séance du Conseil ;

Considérant, que, de son côté, l'entreprise Suburbaine oppose qu'aucun élément du dossier ne démontre un accord de volonté entre les entreprises ; que la démarche de M. Tobia était unilatérale et ne répondait à aucune demande de Suburbaine ; qu'enfin, cette transmission n'a pu avoir aucun effet, puisqu'elle avait déjà formalisé son offre le 25 avril 1997, soit trois jours avant l'envoi de la télécopie de la société Ponticelli ;

Mais, considérant que quand bien même serait-il établi que l'offre de la société Suburbaine ait été établie au jour de la transmission de son offre par la société Ponticelli, ceci ne permet nullement d'expliquer, d'une part, les raisons pour lesquelles Suburbaine a, alors, attendu trois jours pour déposer cette offre, d'autre part, celles pour lesquelles, si Suburbaine souhaitait réellement être concurrente sur le marché, elle a alors néanmoins déposé une offre de 10,3 % supérieure à la décomposition indicative du prix forfaitaire transmise par Ponticelli ; qu'au contraire, l'ensemble de ces éléments établit que la société Suburbaine a déposé une offre de couverture au bénéfice de la société Ponticelli, ce qu'elle n'a pu, logiquement, faire que sur sollicitation de cette dernière ;

Considérant, que la société Suburbaine fait encore valoir que la pratique reprochée n'a pu avoir aucun effet sur l'attribution du marché ; qu'en effet, les écarts de prix entre les offres ne présentent aucun caractère anormal et que si le nombre d'offres est faible on ne saurait en imputer la responsabilité aux entreprises mises en cause ;

Mais, considérant qu'un échange d'informations sur le montant des offres préalable au dépôt de celles-ci a pour effet, au moins potentiel, d'influencer la stratégie commerciale des entreprises soumissionnaires sur le marché pertinent et de limiter l'intensité de la pression concurrentielle ; que, dès lors, le point de savoir si les écarts de prix entre les offres présentaient ou non un caractère anormal est sans effet sur la qualification de la pratique ;

Considérant qu'il résulte de ces éléments un faisceau d'indices graves, précis et concordants de ce que la société Ponticelli et la société Suburbaine ont échangé des informations antérieurement au dépôt de leurs offres ; que cet échange d'informations, qui avait pour objet et a pu avoir pour effet de fausser la concurrence sur le marché en cause, constitue une pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Sur les sanctions

Considérant, en premier lieu, que les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; que, par suite et en vertu du principe de la non rétroactivité des lois à caractère punitif, les dispositions introduites par cette loi à l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles sont plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2000 : *«le Conseil de la concurrence peut ordonner aux intéressés de mettre fin*

aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai déterminé ou imposer les conditions particulières. Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement soit en cas de non exécution 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 taxe réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 1 524 490,17 euros» ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-5 du code de commerce, «le Conseil lorsqu'il statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3, peut prononcer les mesures prévues au I de l'article L. 464-2 (...)» ; que toutefois, en vertu des dispositions de l'article 22 alinéa 2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, applicables à l'époque de la commission des faits, la sanction pécuniaire prononcée, dans le cadre de la procédure simplifiée, ne peut excéder 500 000 F (76 244,51 euros) pour chacun des auteurs des pratiques prohibées ;

En ce qui concerne le marché des tuyauteries principales du terminal gazier de Dunkerque

Considérant que les pratiques mises en œuvre par les sociétés Entrepose et Delattre-Levivier étaient destinées à faire obstacle au libre jeu de la concurrence et à tromper le maître de l'ouvrage sur l'étendue de la concurrence sur un marché d'un montant de 33 711 millions de francs, portant sur la réalisation de travaux d'une grande technicité pour lesquels il n'existe en France qu'une dizaine d'entreprises répondant aux références exigées par G.D.F. ; qu'il s'agit donc de pratiques graves ; que le fait que le prix de l'offre retenue ait été inférieur à l'estimation initiale du maître de l'ouvrage n'est nullement de nature à supprimer le grief d'atteinte à la concurrence, dès lors que cette atteinte a précisément pu avoir pour effet d'empêcher l'établissement d'un prix réellement concurrentiel et librement débattu, qui aurait pu être plus bas ; que, d'ailleurs, la société Entrepose avait initialement chiffré son offre à 30 250 millions de francs ; qu'en outre, cet échange d'informations mis en œuvre par deux entreprises appartenant alors au groupe GTM, l'un des premiers groupes mondiaux de construction et de services associés, était de nature à accréditer l'idée selon laquelle les échanges d'informations entre entreprises soumissionnaires aux mêmes marchés préalablement au dépôt de leurs offres, était une pratique courante ;

Considérant qu'à la suite d'une opération de fusion absorption en date du 8 janvier 2002, les sociétés Delattre-Levivier et Entrepose ont été absorbées par la société Endel qui a indiqué venir aux droits de ces deux sociétés ; qu'interrogée en cours de délibéré sur le montant de son dernier chiffre d'affaires connu, cette société a précisé qu'elle n'a été immatriculée au registre du Commerce et des sociétés de Bobigny que le 22 juin 2001, qu'elle n'a pas eu d'activité avant le 31 décembre 2001 et que son chiffre d'affaires pour l'année 2001 est donc inexistant ; qu'en conséquence, le plafond de 5 % énoncé par l'article L. 464-2 du code de Commerce sera apprécié par rapport aux derniers chiffres d'affaires réalisés par les sociétés Delattre-Levivier et Entrepose ;

Considérant qu'en 2001, dernier exercice clos disponible, la société Entrepose a réalisé un chiffre d'affaires de 221 193 262 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu d' infliger à la société Endel, venant aux droits de la société Entrepose une sanction pécuniaire de 38 112 euros ;

Considérant qu'en 2001, dernier exercice clos disponible, la société Delattre-Levivier a réalisé un chiffre d'affaires de 130 643 157 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu d' infliger à la société Endel, venant aux droits de la société Entrepose une sanction pécuniaire de 38 112 euros ;

En ce qui concerne le marché des tuyauteries auxiliaires de Saint-Martin-de Crau

Considérant que les pratiques mises en œuvre par les sociétés Ponticelli et Suburbaine étaient destinées à faire obstacle au libre jeu de la concurrence et à tromper le maître de l'ouvrage sur l'étendue de la concurrence sur un marché d'un montant de 2,9 millions de francs portant sur des prestations techniques pour lesquelles il n'existe qu'une douzaine de concurrents potentiels répondant aux références exigées par G.D.F. ; qu'il s'agit donc de pratiques graves ;

Considérant qu'ainsi que l'a rappelé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 15 mai 1999, Solatrag et autres, « (...) *Le dommage à l'économie est indépendant du préjudice subi par le maître de l'ouvrage et doit s'apprécier en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence par la généralisation de telles pratiques (...)* » ; qu'en l'espèce, il convient de relever que cinq entreprises seulement ont été consultées et trois ont remis des offres ; que les pratiques ont donc été mises en œuvre sur un marché où la concurrence était déjà réduite ;

Considérant qu'au 30 septembre 2001, dernier exercice clos disponible d'une durée de 15 mois, la société Ponticelli Frères a réalisé un chiffre d'affaires de 263 247 877 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 38 112 euros ;

Considérant qu'en 2000, dernier exercice clos disponible, la société Suburbaine a réalisé un chiffre d'affaires de 53 785 848 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 38 112 euros ;

Considérant qu'il convient de rappeler aux entreprises du secteur des travaux publics le caractère illicite des pratiques analysées ci-dessus ainsi que les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises qui s'y prêtent ; qu'il y a lieu, en conséquence, d'ordonner aux entreprises visées à l'article 2 ci-après la publication de la présente décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, dans la revue hebdomadaire *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment* ;

Décide

Article 1^{er}. - Il est établi que la société Endel venant aux droits des sociétés Entrepose et Delattre-Levivier, la société Ponticelli Frères et la société Suburbaine de canalisations et de grands travaux ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 2. - Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

76 224 euros à la société Endel

38 112 euros la société Ponticelli Frères

38 112 euros à la société Suburbaine de canalisations et de grands travaux

Article 3. - Dans un délai maximum de trois mois à compter de sa notification, la présente décision sera publiée, à frais communs et à proportion des sanctions qui leur sont infligées, par les entreprises mentionnées à l'article 2 dans la revue *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment* ; cette publication sera précédée de la mention : «*Décision du Conseil de la concurrence en date du (...) relative à la situation de la concurrence dans le secteur des tuyauteries de gaz*».

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Descours-Gatin, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, en remplacement de Mme Hagelsteen, présidente empêchée, Mme Pasturel et M. Nasse, vice-présidents.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

Le vice-président, présidant la séance

Frédéric Jenny

02-D-38

Décision n°02-D-38 du 19 juin 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Liberty Surf

Le Conseil de la concurrence (section III A),

Vu la lettre enregistrée le 19 février 2002 sous les numéros 02/0027/F et 02/0028/M, par laquelle la société Liberty Surf a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques du groupe France Télécom qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité, en outre, le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu l'avis n° 02-306 adopté 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 télécommunications ;

Vu la décision de secret des affaires n° 02-DSA-14 du 19 avril 2002 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Liberty Surf, France Télécom, Wanadoo Interactive, et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 22 mai 2002 ;

Considérant que les sociétés France Télécom et Wanadoo Interactive contestent la recevabilité des éléments produits par la société Liberty Surf, par courrier daté du 16 mai 2002, enregistré au bureau de la procédure le 17 mai, pour l'examen desquels elles n'ont disposé que d'un jour ouvré, ce qui constitue un délai insuffisant pour élaborer leurs arguments en réponse ; que ces éléments sont donc retirés du dossier pour l'examen de la présente demande ;

Décisions / 02-D-38

325

I. - Sur la saisine au fond

Considérant que Liberty Surf, fournisseur d'accès à Internet, fait valoir, en premier lieu, que, compte tenu des tarifs de l'offre IP/ADSL proposée par France Télécom aux fournisseurs d'accès désirant commercialiser des services d'accès à Internet par l'ADSL, les fournisseurs d'accès concurrents de Wanadoo, filiale de France Télécom, ne peuvent s'aligner sur les tarifs de détail des services d'accès à l'Internet haut débit commercialisés par cette société sans subir de

pertes ; qu'elle relève que la Commission européenne a fait savoir, par un communiqué en date du 21 décembre 2001, qu'elle avait notifié à l'encontre de la société Wanadoo une communication de griefs, dans laquelle elle estime que les prix de détail de ses services d'accès à Internet haut débit, Pack eXtense et Wanadoo ADSL, sont inférieurs à leurs coûts ; que Liberty Surf soutient que cette pratique constitue un abus de position dominante au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce et pourrait également être qualifiée au titre de l'article L. 420-5 du dudit code prohibant les prix abusivement bas ;

Considérant que Liberty Surf dénonce, en deuxième lieu, l'utilisation qui serait faite par France Télécom de certaines données techniques et commerciales dont elle dispose du fait de sa qualité d'exploitant du réseau téléphonique fixe, afin de favoriser sa filiale Wanadoo Interactive par rapport à ses concurrents sur le marché de l'accès à Internet par l'ADSL ; qu'elle produit à l'appui de cette allégation les témoignages de deux abonnés dont le premier, client des services d'accès à Internet de Liberty Surf, aurait été démarché par son agence France Télécom afin de lui proposer, au vu de ses consommations téléphoniques, un abonnement à Wanadoo, et dont le second, suite à une simple demande auprès de son agence France Télécom d'un kit de connexion à Internet de Wanadoo, aurait vu son compte bancaire débité au profit de cette dernière, sans qu'il lui ait accordé d'autorisation de prélèvement distincte de celle donnée au titre de son abonnement téléphonique ;

Considérant que Liberty Surf critique, en troisième lieu, les conditions privilégiées que France Télécom accorderait à sa filiale, concernant l'accès aux informations relatives à l'éligibilité à l'ADSL des lignes téléphoniques et le processus de commande d'ouverture des lignes ADSL, par rapport à celles résultant pour les fournisseurs d'accès concurrents, dont Liberty Surf, de l'application du contrat IP/ADSL ;

Considérant que Liberty Surf se plaint, en quatrième lieu, de la diffusion par France Télécom au dos des enveloppes d'envoi des factures du service téléphonique, de publicités en faveur de l'accès à Internet par l'ADSL, dont elle estime qu'elles viseraient à promouvoir les services offerts par sa filiale Wanadoo Interactive, en exploitant abusivement sa position largement dominante sur le marché de la téléphonie fixe ;

Considérant que Liberty Surf dénonce, en cinquième lieu, les caractéristiques d'une offre de partenariat faite par France Télécom aux fournisseurs d'accès à Internet, en octobre 2001, en vue de la commercialisation de packs ADSL dans la grande distribution, et dont les modalités limiteraient leur liberté commerciale en ce qui concerne la détermination du prix de leurs services d'accès à Internet et des conditions de rémunération des distributeurs ;

Sur les marchés concernés et la position de France Télécom et de Wanadoo sur ces marchés,

Considérant que la société Wanadoo Interactive affirme que les accès à haut, moyen et bas débit sont largement substituables entre eux, et qu'elle ne commercialiserait que 37 % de ces accès, ce qui rendrait sans fondement les griefs d'abus de position dominante formulés à son encontre ;

Mais considérant que les services d'accès à Internet à haut débit permettent des transmissions de données huit à dix fois plus rapides que celles de l'accès à bas débit, indispensables à certaines applications, et une durée de connexion permanente et illimitée ; qu'ils autorisent, par ailleurs, l'utilisation simultanée de la ligne téléphonique ; que Wanadoo Interactive fait état de 371 000 abonnés à ses services d'accès à Internet par l'ADSL à la fin de l'année 2001, sur un total de 414 000 lignes mises en service à la même date par sa maison mère, soit une part de marché de près de 90 % ; que Wanadoo conteste ce chiffre et produit une étude selon laquelle elle commercialisait 77 % des lignes ADSL au 1^{er} trimestre 2002 ; qu'au vu de ces éléments, il ne peut être exclu, à ce stade de l'instruction, que l'accès haut débit à Internet par l'ADSL constitue un marché distinct sur lequel Wanadoo occupe une position largement dominante ;

Considérant qu'ainsi que le relève l'ART dans son avis n° 02-346, France Télécom demeure en situation de quasi-monopole sur le marché de l'acheminement des communications Internet par l'ADSL, tant en ce qui concerne l'accès à l'abonné, du fait du retard du dégroupage de la boucle locale, qu'en ce qui concerne le transport des flux de trafic, segment sur lequel les autres opérateurs de télécommunications peuvent en principe proposer aux fournisseurs d'accès une offre concurrente, par l'intermédiaire du service ADSL Connect ATM de France Télécom ; que si les chiffres communiqués par France Télécom lors de l'instruction révèlent une progression des lignes mises en service par l'intermédiaire de son offre ADSL Connect ATM, dont le parc passe de 1 155 au 31/12/01 à 5 197 au 13/04/02, la part ainsi prise par les opérateurs alternatifs auprès des fournisseurs d'accès reste très marginale, inférieure à 1 % du parc total ; qu'en conséquence, la quasi-totalité des lignes ADSL sont commercialisées par France Télécom, soit directement avec ses offres Netissimo, soit par l'intermédiaire de l'offre de revente accessible aux fournisseurs d'accès, IP/ADSL, et de l'offre de collecte du trafic, dénommée Collecte IP/ADSL ;

Sur les entreprises visées par la saisine,

Considérant que la société Wanadoo Interactive expose que, bien qu'elle appartienne au groupe France Télécom, elle constitue une entreprise distincte de sa maison mère France Télécom, qu'elle dispose d'une complète autonomie de décision et que 27,8 % de son capital est détenu par des actionnaires minoritaires ; qu'en visant «*le groupe France Télécom*», la saisine ne permet pas de déterminer quelle est l'entreprise mise en cause ; qu'un effet de ciseau tarifaire ne peut être invoqué entre les tarifs de deux entreprises autonomes, sans qu'une entente entre elles soit établie ;

Mais considérant que certains éléments présents au dossier témoignent d'une stratégie commune à France Télécom et à sa filiale Wanadoo Interactive ; qu'ainsi, sur le papier à en-tête utilisée par cette dernière, figure le logo «*Wanadoo Internet avec France Télécom*» ; que les services Wanadoo sont distribués par les agences commerciales de France Télécom, contrairement à ceux des autres FAI, et que la circonstance que cette commercialisation ait été provisoirement suspendue, en application d'une mesure

conservatoire prononcée par le Conseil dans sa décision 02-MC-03 du 27 février 2002, est sans effet sur la communauté d'intérêt que révèle cette stratégie commerciale ; qu'à supposer, en tout état de cause, que Wanadoo Interactive dispose d'une autonomie de décision, cette circonstance influencerait sur l'imputabilité des pratiques mais non sur leur matérialité ;

Sur la compétence du Conseil,

Considérant que Wanadoo indique que, le 20 décembre 2001, la Commission européenne lui a adressé une communication de griefs relative à la tarification de certains de ses services, au titre de l'article 82 du traité de Rome ; qu'elle fait valoir qu'en application des dispositions de l'article 9.3 du règlement 17/62, la procédure engagée à son encontre par la Commission européenne dessaisit le Conseil de sa compétence quant à la qualification des pratiques concernées, tant au titre de l'article L. 420-2 du code de commerce, pour les accusations de prédation ou de ciseau tarifaire, que de l'article L. 420-5, pour celles de prix abusivement bas ; que ce dessaisissement sur le fond s'étend, de fait, à l'examen de la demande de mesures conservatoires ;

Mais considérant que, si l'article 9, paragraphe 3, du règlement 17/62 du Conseil du 5 février 1962, prive les autorités nationales de la concurrence de leur compétence pour l'application des articles 81 et 82 du traité lorsqu'une procédure a été engagée par la Commission européenne en vue de l'adoption d'une décision et qu'il est effectivement de bonne administration, en ce cas, de surseoir à statuer en ce qui concerne l'application des articles L. 420-2 et L. 420-5 du code de commerce, compte tenu du risque de contradiction entre la décision que prendrait le Conseil sur le fondement du droit national et la décision à venir de la Commission, il n'en n'est pas de même pour le prononcé de mesures conservatoires, qui présentent un caractère temporaire et ne préjugent pas de l'appréciation des pratiques sur le fond ;

Sur les pratiques,

Considérant que France Télécom fait valoir, en premier lieu, que Liberty Surf n'apporte aucun élément probant au soutien de ses affirmations concernant l'effet de ciseau tarifaire dont seraient victimes les fournisseurs d'accès concurrents de Wanadoo, et s'appuie seulement sur le prétendu caractère abusivement bas ou prédateur du prix du pack eXtense de Wanadoo ; que les tarifs de son offre IP/ADSL n'ont pas à être rapprochés des prix de détail de Wanadoo, mais de ceux qu'elle pratique elle-même sur son offre de détail Netissimo ; que les tarifs en cause des offres Netissimo, IP/ADSL et Collecte IP/ADSL ont fait l'objet d'un avis favorable de l'ART, en date du 19 juin 2001, sous réserve d'un engagement de sa part de baisser d'au moins 20 % le tarif de la composante «accès» de son offre ADSL Connect ATM, ce qui a été fait ; que cet engagement a été rempli et que les tarifs en cause ont donc été homologués par le ministre de l'économie le 23 juillet 2001 ; que France Télécom fait, de plus, valoir que l'effet de ciseau qui serait généré, selon l'avis n° 02-306 rendu par l'ART, par les conditions de son offre ADSL Connect ATM, résulterait d'évaluations

effectuées sur la base de contributions de ses concurrents, qui n'auraient pas été débattues contradictoirement, faute d'avoir été versées à la procédure ; que le tarif de cette offre a pourtant été réduit de 20 %, conformément à la demande de l'ART ; que France Télécom conclut que les griefs de Liberty Surf à l'égard des coûts retenus pour déterminer le tarif de ses offres intermédiaires relèvent en réalité de la régulation instituée par l'article 36-8 du code des postes et télécommunications qui ressort de la compétence de l'ART ;

Mais considérant que, dans son avis n° 02-346 du 30 avril 2002, l'ART estime qu'un FAI, comptant 20 000 abonnés, verserait à France Télécom 39,7 € par mois au titre du service IP/ADSL, dont 22,8 € au titre de l'accès (intégrant un amortissement sur 3 ans des frais d'accès au service), et 16,9 € /mois au titre de la collecte du trafic, ce qui excède ses revenus, évalués sur la base du prix du pack eXtense de Wanadoo, soit 38 € par mois ; que l'estimation des charges dues au titre de l'offre IP/ADSL repose sur certaines hypothèses, notamment celle d'un débit moyen par abonné à l'heure de pointe de 23 kbits/s, proche de celle présentée par Liberty Surf (24 kbits/s) dans le modèle de coûts qu'elle produit en annexe à sa saisine ; que, si Wanadoo démontre que des variations de plus ou moins 10 kbits/s de cette variable (soit 43 % en plus ou en moins de la valeur retenue par l'ART) font évoluer de 83 % à 114 % le taux de couverture des coûts variables, elle n'apporte aucun élément établissant que le débit moyen constaté chez ses abonnés est effectivement plus faible ; que les erreurs que dénonce Wanadoo Interactive dans les calculs de Liberty Surf paraissent se limiter à l'oubli du coût mensuel des raccordements province, qui porterait le coût variable effectif de 38,9 € à 40,4 € ; qu'il n'est donc pas exclu, à ce stade de l'instruction, que le prix de détail du pack eXtense de Wanadoo soit fixé à un niveau inférieur à celui des charges d'accès dues à France Télécom, et que les autres FAI ne soient pas en mesure de rentabiliser leurs propres offres, compte tenu des versements dus à France Télécom au titre des offres IP/ADSL, et donc de pénétrer sur le marché ; qu'une telle pratique peut entrer dans le champ des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce que le Conseil est compétent pour appliquer ;

Considérant que France Télécom soutient, en deuxième lieu, que les griefs formulés par Liberty Surf, suggérant qu'elle utiliserait des informations provenant de son activité d'opérateur du réseau de téléphonie fixe pour favoriser sa filiale de services d'accès à Internet, par rapport aux autres fournisseurs d'accès, reposeraient sur des témoignages de caractère général et non probants ;

Considérant que les données relatives aux consommations des abonnés du réseau téléphonique fixe et à leur coût constituent des informations stratégiques vis à vis de la prospection de la clientèle pour des services d'accès à Internet ; que le rôle de premier plan joué par les agences France Télécom dans la commercialisation des services d'accès à Internet de Wanadoo Interactive est de nature à permettre l'utilisation de ces données à une telle fin ; qu'une telle utilisation des informations provenant de l'exploitation du réseau téléphonique local, sur lequel ainsi que le souligne l'ART, France Télécom détient toujours une position quasi-monopolistique, serait de nature à procurer à sa filiale un avantage certain par rapport à ses concurrents ;

que, de même, la communication par France Télécom des coordonnées bancaires de ses abonnés au service téléphonique fixe afin de faciliter la conclusion de contrats au profit de Wanadoo Interactive, constituerait un détournement des informations détenues par l'opérateur du fait de sa position sur ce premier marché, ayant pour effet d'avantager sa filiale par rapport à ses concurrents sur le marché des services d'accès à Internet ; qu'il ne peut donc être exclu, à ce stade de l'instruction, que ces pratiques puissent être qualifiées sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant, en troisième lieu, en ce qui concerne les conditions privilégiées que France Télécom accorderait à Wanadoo pour l'accès aux informations relatives à l'éligibilité à l'ADSL des lignes téléphoniques et le processus de commande d'ouverture des lignes ADSL, qu'il s'agit des mêmes faits que ceux dont le Conseil a été saisi par la société T-Online, dans l'affaire ayant donné lieu à la décision 02-MC-03 du 27 février 2002, confirmée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 9 avril 2002 ; que la Cour a ainsi estimé qu'il résultait des clauses 5-1 et 5-5, ainsi que de l'annexe 3 du contrat IP/ADSL, que les FAI se voyaient proposer à ce titre *«une procédure lourde et formaliste de vérification de l'éligibilité de la ligne et de passation des commandes»* dont il s'ensuivait pour eux *«outre des refus d'accès injustifiés dus à des informations erronées résultant du manque de fiabilité du fichier(...) des délais de connexion d'une dizaine de jours environ, incompatibles avec une distribution de masse et plus longs que ceux dont bénéficie Wanadoo, qui obtient la connexion en quatre jours grâce aux informations techniques détenues par les agences de France Télécom sur le territoire géographique qu'elles recouvrent»* ; que le constat d'huissier produit par France Télécom, établi à sa demande le 4 mars 2002, et qui démontrerait des délais de raccordements de quelques heures à Paris, comparables pour les trois fournisseurs d'accès concernés, dont Wanadoo Interactive et Liberty Surf, avait déjà été produit devant la Cour qui l'a estimé insuffisamment probant à cet égard, s'agissant de cas isolés ; qu'il y a donc lieu de déclarer la saisine au fond recevable sur ce point également ; qu'il en est de même de l'offre de partenariat faite par France Télécom aux fournisseurs d'accès à Internet, en octobre 2001, en vue de la commercialisation de packs ADSL dans la grande distribution, qui avait déjà été dénoncée par T-Online dans sa saisine ; qu'en effet, le Conseil a considéré dans sa décision 02-MC-03 que cette offre *«peut constituer une pratique ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence pour la fourniture de services Internet à haut débit, susceptible d'entrer dans le champ d'application du livre IV du code de commerce»* ;

Considérant, en revanche, que, concernant la diffusion par France Télécom au dos des enveloppes d'envoi des factures du service téléphonique, de publicités en faveur de l'accès à Internet par l'ADSL, France Télécom invoque l'ordonnance de référé du président du Tribunal de Commerce de Paris, en date du 19 décembre 2001, confirmée par un arrêt du 10 mai 2002 de la cour d'appel de Paris, qui déboute Liberty Surf de ses demandes d'interdiction de telles publicités, en estimant qu'elles se rapportent aux seuls services de télécommunications à haut débit, et non aux services d'accès à Internet de Wanadoo ; que par cet arrêt, la Cour, au terme d'un examen concret des termes des messages publicitaires incriminés, a relevé que ceux-ci *ne mentionnent que l'Internet haut débit pour l'un, et «l'ADSL,*

Internet haut débit» pour l'autre, sans faire aucunement mention – ni même allusion – à la société Wanadoo ou à son offre de «pack eXtense» ;

Considérant que sur la base de ces constatations, il apparaît au Conseil que le fait pour France Télécom de recourir au support des enveloppes d'envoi des factures téléphoniques pour promouvoir les services de télécommunications à haut débit, à l'exclusion de toute mention des services d'accès à Internet proposés par sa filiale Wanadoo Interactive, ne peut être considéré comme susceptible d'affecter le jeu de la concurrence sur le marché connexe des services d'accès à Internet à haut débit, les consommateurs restant libres de s'adresser au fournisseur d'accès de leur choix ; que, sur ce point, la saisine doit donc être rejetée pour absence d'éléments probants ;

II. - Sur les demandes de mesures conservatoires

Considérant que la société Liberty Surf soutient que les pratiques qu'elle dénonce dans sa saisine retarderaient, voire décourageraient, l'accès des concurrents de Wanadoo, dont elle-même, au marché des services d'accès à Internet à haut débit ; que l'effet d'éviction de ces pratiques aurait déjà eu pour effet de provoquer la cessation d'activité de la société Mangoosta ; que de tels faits porteraient une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur des télécommunications, à l'intérêt des consommateurs ainsi qu'aux siens propres ;

Considérant que la société Liberty Surf demande, en conséquence, au Conseil, sur le fondement de l'article L.464-1 du code de commerce :

- en premier lieu, d'enjoindre à Wanadoo Interactive de cesser de pratiquer des prix abusivement bas, au point d'être prédateurs, et d'enjoindre à Wanadoo Interactive de suspendre la commercialisation de toute offre d'accès rapide à Internet par la technique ADSL tant que France Télécom n'aura pas proposé un nouveau tarif pour son offre de revente IP/ADSL, calculé à partir d'éléments de coût qui permettent de supprimer tout effet de ciseau tarifaire tel que décrit dans sa saisine ;
- en deuxième lieu, d'enjoindre aux sociétés concernées du groupe France Télécom de cesser d'utiliser des données techniques et/ou commerciales dont elles disposent, grâce à une position dominante dans certaines activités, pour favoriser celles de ses filiales Wanadoo et Wanadoo Interactive dans le secteur de l'accès rapide à Internet et, notamment, de cesser d'utiliser le fichier des abonnés au service téléphonique fixe en vue de promouvoir les services ADSL de France Télécom ;
- en troisième lieu d'enjoindre à France Télécom de mettre en place un accès à son système de gestion des lignes téléphoniques permettant à Liberty Surf :
 - d'obtenir dans des conditions équivalentes à celles dont disposent les agences France Télécom les informations d'éligibilité des lignes

- de commander en ligne, dans l'hypothèse d'une réponse positive, et dans les mêmes conditions de délai, la ligne correspondante
- en quatrième lieu d'enjoindre à France Télécom de renoncer à son offre de partenariat avec des fournisseurs d'accès concurrents pour la vente de leurs forfaits via la grande distribution ;

Considérant qu'au terme de l'article L.464-1 du code de commerce, les mesures conservatoires *«ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante»* ; que les mesures 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 créer 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 fait valoir qu'aucune mesure conservatoire ne peut être prononcée à l'encontre de Wanadoo, qui n'est pas l'auteur des pratiques dénoncées, le prétendu ciseau tarifaire étant généré par les tarifs des offres intermédiaires de France Télécom aux FAI et aux opérateurs ; qu'elle soutient que Liberty Surf ne justifie d'aucune atteinte à ses intérêts, ses actuelles difficultés financières provenant, selon elle, de la dépréciation d'investissements passés et non du résultat d'exploitation de son activité dans le domaine de l'accès Internet, lequel serait équilibré ;

Considérant que, dans son avis n° 02-346, en date du 30 avril 2002, l'ART constate que les décisions tarifaires qui lui ont été transmises par France Télécom le 8 mars 2002, portant sur les tarifs des offres *«Collecte IP/ADSL»* et *«IP/ADSL»*, se traduiraient par une baisse de l'ordre de 30 % des reversements des FAI à France Télécom, leur permettant ainsi de rentabiliser leurs offres d'accès ADSL ; que l'avis défavorable rendu par l'ART sur ces propositions tarifaires, est motivé par le fait que cette baisse des tarifs des offres de France Télécom aux FAI aggrave l'effet de ciseau tarifaire dont sont victimes les opérateurs de télécommunications sur le marché de la collecte du trafic, malgré la baisse proposée pour l'offre ADSL Connect ATM ; que l'ART a suggéré à France Télécom de rééquilibrer l'ensemble des offres de la chaîne ADSL, avec une baisse des offres destinées aux FAI limitée à 25 %, et une baisse de l'offre ADSL Connect ADSL ramenant les tarifs de 49,3 € actuellement, à 19 ou 23 , selon les options ; que les représentants de Liberty Surf ont, quant à eux, indiqué que les propositions tarifaires faites par France Télécom, comme celles préconisées par l'ART, en ce qui concerne les offres collecte IP/ADSL et IP/ADSL, leur donneraient satisfaction ; qu'il n'y a donc pas lieu pour le Conseil, en l'état de la procédure d'homologation qui est en cours, de prononcer, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce, de mesures destinées à remédier aux distorsions de concurrence liées aux tarifs des offres Collecte IP/ ADSL et IP/ADSL ;

Considérant que, s'agissant de l'utilisation par France Télécom des données techniques ou commerciales dont elle dispose en sa qualité d'exploitant du réseau téléphonique fixe, afin de favoriser la commercialisation des services

d'accès à Internet de sa filiale Wanadoo Interactive, les deux témoignages produits ne permettent pas, en l'état du dossier, de conclure à un caractère généralisé de ces pratiques portant atteinte au marché, aux intérêts des consommateurs ou à ceux de la saisissante et justifiant le prononcé de mesures conservatoires ;

Considérant que, s'agissant des modalités de vérification de l'éligibilité des lignes et de prise de commande de celles-ci, le Conseil a enjoint à la société France Télécom, dans la décision 02-MC-03 du 27 février 2002, de *«mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet, un serveur Extranet permettant d'accéder aux mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL et sur les caractéristiques techniques des modems compatibles avec l'équipement de ces lignes que celles dont dispose Wanadoo interactive, et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo interactive, selon les mêmes conditions tarifaires, mais selon des conditions techniques autorisant le traitement de masse en ligne»* (article 1^{er}), et dans l'attente de la mise en place de ce système, *«de suspendre la commercialisation des packs ADSL de la société Wanadoo Interactive dans ses agences commerciales jusqu'à ce que l'outil Extranet soit rendu effectivement disponible pour l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet qui en font la demande. Cette suspension pourra être levée par le Conseil, qui sera saisi à cet effet par la partie la plus diligente, dès que deux contrats au moins auront été signés entre France Télécom et des fournisseurs d'accès à Internet autres que Wanadoo pour l'utilisation de ce système, et à l'issue d'une période d'essai d'un mois»* (article 2). *«Dans un délai de quatre mois au plus tard à compter de la notification de la présente décision, il sera rendu compte au Conseil par les parties des dispositions prises par France Télécom pour se conformer à l'injonction définie à l'article 1^{er}.»* (article 3) ; que cette injonction a été confirmée par la cour d'appel dans un arrêt en date du 9 avril 2002 ;

Considérant, ainsi, que les mesures sollicitées par Liberty Surf sur ce point ont, d'ores et déjà, été prononcées par le Conseil ; que le délai imparti par le Conseil pour le contrôle du respect de l'injonction n'est pas écoulé ; qu'il n'y a donc pas lieu de donner d'autre suite aux demandes formulées à cet égard par Liberty Surf ;

Considérant, de même, que s'agissant du partenariat proposé aux FAI par France Télécom pour la commercialisation de packs ADSL dans la grande distribution, le Conseil a enjoint à France Télécom, à l'article 4 de la même décision, de suspendre toute offre multi-FAI destinée à être commercialisée dans la grande distribution et associant son offre de service ADSL Netissimo à une offre de fourniture d'accès à Internet ; qu'il n'y a donc pas lieu de réitérer l'injonction de suspension de cette opération sollicitée par Liberty Surf ;

Décide

Article 1 : La saisine de la société Liberty Surf, enregistrée sous le numéro 02/0027/F, est rejetée en tant qu'elle concerne la pratique consistant pour France Télécom à faire figurer, au dos des enveloppes d'envoi des factures

du service téléphonique, des publicités en faveur de l'accès à Internet par l'ADSL.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0028/M est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Sellier, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président, et M. Gauron, membre.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-39

Décision n°02-D-39 du 20 juin 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant le secteur des ordinateurs portables

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 13 février 2002, sous les numéros 02/0023/F et 02/0024/M, par laquelle la société Concurrence a saisi le Conseil de la concurrence de certaines pratiques concernant la distribution des ordinateurs portables, qu'elle estime anticoncurrentielles, et a sollicité, en outre, le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par les sociétés Concurrence, Sony France, Toshiba, Ext Computer international (ECI), Ingram Micro, Tech Data, TWC, New Com Distribution et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Concurrence, Sony France, Toshiba, Tech Data, Ingram Micro, New Com Distribution et Ext Computer international entendus lors de la séance du 15 mai 2002 ;

Décisions / 02-D-39

335

I. - Rappel de la saisine

Considérant que, dénonçant des pratiques anticoncurrentielles qui affecteraient le marché des ordinateurs portables, la société Concurrence reproche, en premier lieu, à la société Sony France, d'avoir modifié ses conditions de vente à partir du mois d'avril 2001, notamment d'avoir baissé le taux de remise de 25 % à 19 % ;

Considérant qu'elle reproche, en second lieu, à la société Sony France, à la société Toshiba et à certains grossistes de ne pas lui communiquer, ou de ne lui communiquer que partiellement, leurs conditions de vente ou les renseignements indispensables pour passer commande (caractéristiques des produits, photos, fiches commerciales) ;

Considérant qu'elle reproche, en troisième lieu, à la société Sony France, à la société Toshiba et à certains grossistes de lui proposer des conditions de vente discriminatoires qui ne lui permettraient pas d'être compétitive sur le marché ; qu'elle soutient notamment que, la société Sony France proposerait des promotions qui ne seraient plus accessibles aux revendeurs indépendants

et pratiquerait des délais de livraison discriminatoires ; que la société Sony France et la société Toshiba réserveraient la revente de certains modèles d'ordinateurs à la FNAC, en pratiquant, à l'égard de la société Concurrence, des prix de vente supérieurs aux prix de vente au détail de la FNAC, et ne lui communiqueraient, qu'avec beaucoup de retard, les fiches techniques et les prix des nouveaux produits ;

Considérant qu'elle reproche, en quatrième lieu, à la société Sony France, à la société Toshiba, à certains grossistes et grands distributeurs de se concerter sur les prix ; qu'elle allègue, notamment, que la société Sony, la société Toshiba et certains grossistes diffuseraient, dans des catalogues ou par l'intermédiaire de sites Internet, des prix au stade de gros ou des prix publics, relativement élevés, qui seraient effectivement pratiqués et correspondraient à des prix d'entente ; qu'elle joint à sa saisine des catalogues de la société Sony France et de la société Métrologie, grossiste, sur lesquels sont mentionnés des prix publics, ainsi que des catalogues de produits Toshiba, sur lesquels apparaissent *«des prix d'achat généralement constatés chez les grossistes participant à l'opération»* ; qu'elle précise que la société Sony France utilise son site Internet Sony Style pour diffuser des prix d'entente ;

Considérant, que la société Concurrence précise que, sur le marché français des ordinateurs portables, la société Toshiba serait le premier fournisseur et détiendrait 25 % de part de marché et la société Sony serait en seconde position avec 10 % de part de marché ; qu'elle soutient qu'elle serait en situation de dépendance économique à l'égard de la société Sony, cette dernière représentant 95 % de son activité ;

Considérant que la société Concurrence soutient que les pratiques dénoncées ont eu pour conséquence de réduire le nombre d'ordinateurs portables Sony qu'elle a commercialisés, de ralentir la progression de son chiffre d'affaires qui n'a été que de 19 % en 2001, de faire baisser son taux de marge brute de 22,4 % en 2000 à 16,21 % en 2001, et qu'en conséquence, la société Concurrence serait menacée de disparaître ;

Considérant que la requérante demande au Conseil de prononcer les mesures conservatoires suivantes :

- enjoindre aux sept grossistes de communiquer à la société Concurrence, régulièrement et sans délai, les informations nécessaires à la commercialisation de tous les ordinateurs portables dans des conditions de concurrence praticable, plus spécialement sur les marques Sony, Toshiba, Compacq, HP et IBM ;
- enjoindre aux mêmes grossistes de ne plus diffuser des prix du marché qu'ils soient qualifiés de prix publics ou d'une autre qualification ;
- enjoindre aux mêmes grossistes de ne plus participer aux réunions de répartition de gamme en réservant la vente de certaines références à certaines enseignes ;
- enjoindre à la société Tech-Data, de reprendre les relations sur la marque Toshiba en communiquant les prix, barèmes, évolution de gamme et en livrant les produits ;
- enjoindre à la société Sony France de communiquer à Concurrence l'ensemble de ses conditions de vente de détail et de gros, ses tarifs, ainsi que les évolutions de gamme, les évolutions de prix, fiches techniques, photos, pour la totalité des références, afin qu'elle puisse commander, et

ce dans les mêmes temps et délais que pour les grands distributeurs, tels FNAC, Surcouf, Darty etc. ;

- enjoindre à la société Sony France de ne plus réserver la vente de certaines références à certaines enseignes, et notamment à la société FNAC ;
- enjoindre à la société Sony France de prendre toutes les mesures permettant à la société Concurrence d'être livrée directement par elle dans des conditions concurrentielles, tant que la société Sony continuera à inclure dans sa communication grand public de ses produits audiovisuels, les ordinateurs VAIO, afin que la société Concurrence puisse vendre les ordinateurs VAIO en complément des appareils Sony caméscopes, appareils photos numériques, téléviseurs et de faire en sorte que les conditions des ordinateurs soient relativement aussi concurrentielles que celles accordées sur les caméscopes, appareils photos numériques etc. ;
- enjoindre à Sony France de communiquer les critères de prise de commande, de livraison, de répartition de pénurie, les délais de livraison, et de faire en sorte que les délais de livraisons ne soient plus de 3 à 10 semaines comme actuellement, sauf à prouver qu'ils sont les mêmes pour les autres revendeurs ;
- enjoindre à Sony France de ne plus consentir de dérogations à son réseau de grossistes, en consentant le bénéfice du contrat grossiste, à des sociétés refusant d'assumer les fonctions de grossiste notamment à l'égard de la société Concurrence ;
- enjoindre à Sony France de ne plus exiger des quantités inaccessibles à un revendeur indépendant pour accéder aux promotions importantes en prix, et de modifier ou de supprimer la clause quantitative de globalisation des achats en raison d'une politique commerciale commune dont les critères et les moyens de contrôle ne sont pas définis, et qui n'apportent pas une valorisation spécifique explicite de la marque Sony ;
- enjoindre à Sony France de rémunérer l'accord de coopération de 2 % signé ;
- enjoindre à Sony France de modifier les seuils pour être livré en direct, ou pour bénéficier d'une remise quantitative sur le tarif de base ;
- enjoindre à Sony France de rétablir la remise Perbet de 2 %, la remise Lambert de 2 %, la remise memory stick de 1 % accordée jusqu'au 1^{er} avril 2001, tant que Sony ne démontrera pas que les services rémunérés par ces remises, soit ne sont plus rendus par Concurrence, soit sont compris dans les nouvelles conditions de vente, et tant qu'elle n'exposera pas les raisons exactes et vérifiables de leur attribution au printemps 1999.

Considérant que l'article 42 du décret du 30 avril 2002, reprenant les dispositions de l'article 12 du décret du 29 décembre 1986 modifié, énonce que *«La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du code de commerce 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»* ; qu'une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond est recevable et n'est pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'alinéa 2 de l'article L. 462-8 du code de commerce ; qu'en outre, la demande de mesures conservatoires doit être, en elle-même, recevable ;

II. - Sur la saisine au fond

Considérant que l'article L. 462-8, alinéa 2 du code de commerce dispose que le Conseil de la concurrence «... peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants» ;

Considérant que la société Concurrence, qui distribue des matériels d'électronique grand public depuis sa création, a récemment étendu son activité à la distribution de matériels informatiques, en commercialisant, notamment, des ordinateurs portables de marque Sony et Toshiba ;

Considérant qu'au stade de la fabrication comme au stade de la distribution, le secteur des ordinateurs portables se caractérise par une concurrence assez vive ; que selon les données communiquées par les parties, au niveau mondial, au 4^{ème} trimestre 2001, les six premiers producteurs détenaient moins de 60 % du marché avec les parts de marché suivantes : IBM 13,5 %, Dell 13 %, Toshiba 12,5 %, Sony 6,5 % ; que sur le marché national, Toshiba détiendrait 32 % de part de marché en volume, Compaq 25,6 % et Sony 4,1 % ; qu'il résulte de ces parts de marché qu'aucun de ces fournisseurs ne peut être considéré comme détenant une position dominante ;

Considérant que le Conseil de la concurrence a retenu, dans sa décision n° 01-D-49 du 31 août 2001, qu'il n'était pas établi que la société Concurrence se trouvait placée en situation de dépendance économique par rapport à la société Sony France ; que la cour d'appel de Paris a confirmé l'analyse du Conseil dans un arrêt du 9 avril 2002 et indiqué : «*Considérant que si les achats de la société Concurrence en produits Sony représentent actuellement, selon la requérante, 95 % de ses approvisionnements, il convient de constater que cette situation ne correspond nullement à une position particulièrement avantageuse de la société Sony dans le secteur en question et à l'inexistence de produits substituables (...) ; que la part prépondérante prise par Sony dans les activités commerciales de la société Concurrence résulte non d'une puissance économique exceptionnelle du producteur sur les marchés concernés mais d'une politique délibérée du distributeur ayant choisi de privilégier l'une de ses sources potentielles d'approvisionnement*» ; qu'aucun élément du présent dossier ne permet de considérer que la situation de la société Concurrence aurait, depuis la date de la décision du Conseil, évolué de façon à remettre en cause l'analyse faite dans cette décision ou que cette situation serait différente, en ce qui concerne les ordinateurs portables, de celle constatée sur le matériel électronique grand public ;

Sur les nouvelles conditions de vente des produits de la marque Sony

Considérant que la société Concurrence reproche à la société Sony France d'avoir modifié ses conditions de vente à compter du 1^{er} avril 2001 ;

Considérant que la société Concurrence a déjà saisi le Conseil, à deux reprises, des conditions de vente mises en place, à partir du 1^{er} avril 2001, par la

société Sony France ; que, rejetant, dans sa décision n° 01-D-49 du 31 août 2001 précitée, une saisine du 30 mai 2001, le Conseil a, notamment, considéré qu'il n'était pas établi que la société Concurrence se trouvait en situation de dépendance économique à l'égard de la société Sony France, ni que celle-ci serait en situation de position dominante sur les différents marchés et que, par ailleurs, la société Concurrence n'apportait aucun élément à l'appui de ses allégations, selon lesquelles la mise en place de nouvelles conditions de vente par la société Sony France et l'application qui lui en était faite, résulteraient d'une entente ;

Considérant que le recours formé contre cette décision a été rejeté par la cour d'appel de Paris dans un arrêt 9 avril 2002 ; que la cour d'appel a rappelé que : *«le seul fait par un fournisseur d'avoir modifié ses conditions de distribution des produits ne suffit pas à caractériser l'atteinte à la concurrence visée à l'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce qui implique, non seulement la constatation d'une soumission du distributeur à la domination économique du fournisseur, mais aussi un exercice fautif par celui-ci de ses prérogatives»* ; qu'elle a, en outre, jugé que la contestation par la société Concurrence de la suppression d'avantages particuliers que lui avait consentis la société Sony France constituait un litige de nature commerciale susceptible d'être soumis à la juridiction arbitrale choisie par les parties pour trancher tous différends relatifs à l'interprétation ou l'exécution de leurs accords ; que la cour d'appel a, enfin, retenu que cette suppression ne saurait caractériser une pratique pouvant être sanctionnée par le Conseil de la concurrence sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce dont les conditions d'application ne sont pas réunies ;

Considérant que le Conseil de la concurrence a également rejeté une saisine de la société Concurrence en date du 9 août 2001 relative aux nouvelles conditions de vente de la société Sony France, au motif, notamment, que la saisine n'apportait aucun élément permettant de présumer l'existence, entre la société Sony et certains de ses revendeurs, d'actions concertées, ententes expresses ou tacites ou coalitions ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de restreindre la concurrence sur un marché ;

Considérant que les éléments de la présente saisine ne permettent pas non plus de présumer que la société Sony France serait en position dominante sur le marché des ordinateurs portables, ni que la société Concurrence se trouverait en situation de dépendance à l'égard de ce fournisseur sur ce même marché, ou que le comportement imputé à la société Sony France, qui est identique à celui déjà examiné dans les saisines précédentes, résulterait d'une concertation anticoncurrentielle ;

Sur la non communication des barèmes, des conditions de vente ou des informations nécessaires pour passer commande

Considérant que la société Concurrence reproche encore à la société Sony France, à la société Toshiba et à certains grossistes de ne pas lui communiquer, ou de ne lui communiquer que partiellement, leurs conditions de vente ou les renseignements indispensables pour passer commande des

produits (caractéristiques des produits, photos, fiches commerciales) ; que les sociétés mises en cause contestent ces accusations ;

Considérant que la société Sony France produit de nombreux courriers établissant qu'elle communique régulièrement à la société Concurrence ses offres commerciales, y compris ses offres promotionnelles ; qu'elle précise qu'elle n'intervient pas dans la politique commerciale des grossistes ; que la société Toshiba soutient avoir honoré l'ensemble des commandes de la société Concurrence et que cette dernière a toujours pu s'approvisionner en produits informatiques Toshiba, soit directement auprès d'elle-même, soit auprès du grossiste Tech Data ; que la société TWC précise qu'elle a communiqué à la société Concurrence son catalogue contenant ses conditions générales de vente dès le 6 décembre 2001 ; que la société Ext Computer International indique qu'elle a communiqué ses barèmes et conditions de vente dès le 3 décembre 2001 ; que seules les sociétés Ingram Micro et New Com Distribution reconnaissent ne pas avoir communiqué à la société Concurrence leurs tarifs et conditions de vente ; que, toutefois, elles précisent qu'elles ont demandé vainement à la société Concurrence un extrait Kbis d'inscription au registre du commerce et, qu'en l'absence de ce document, elles n'ont pas donné suite aux demandes de la société Concurrence ;

Considérant, en tout état de cause, qu'en l'absence de tout indice permettant de supposer que les entreprises mises en cause se seraient concertées pour coordonner leurs comportements sur ce point ainsi que de position dominante ou de situation de dépendance économique, les refus de communication de barème de prix et de conditions de vente allégués, à les supposer établis, échappent à la compétence du Conseil de la concurrence ;

340

Sur les discriminations et les refus de vente

Considérant que la société Concurrence reproche aussi à la société Sony France, à la société Toshiba et à certains grossistes de lui proposer des conditions de ventes discriminatoires qui ne lui permettraient pas d'être compétitive sur le marché ; qu'elle soutient notamment, que la société Sony France et la société Toshiba réserveraient la revente de certains modèles d'ordinateurs à la FNAC, en pratiquant, à l'égard de la société Concurrence, des prix de vente supérieurs aux prix de vente au détail de la FNAC, et ne lui communiqueraient, qu'avec beaucoup de retard, les fiches techniques et les prix des nouveaux produits ;

Mais considérant que la saisine ne contient aucun élément probant permettant de penser que la société Concurrence serait victime de pratiques discriminatoires qui auraient pour objet ou pour effet de l'évincer du marché ; que s'agissant de la commercialisation exclusive de certaines promotions par les magasins FNAC, la société Sony France a communiqué des courriers desquels il résulte que la société Concurrence a été informée des offres promotionnelles proposées et aurait également pu saisir cette opportunité ; qu'au surplus, la société Concurrence avait la possibilité de commercialiser des modèles équivalents ; qu'en tout état de cause, aucun élément ne permet de soutenir que les discriminations alléguées résulteraient d'une entente anticoncurrentielle ; que, dès lors, en l'absence de position dominante, de

situation de dépendance économique et de pratiques concertées, les pratiques discriminatoires dénoncées ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence mais, le cas échéant, des juridictions compétentes pour appliquer les dispositions de l'article L. 442-6 du code de commerce ;

Sur les ententes tarifaires

Considérant que la société Concurrence soutient, enfin, que les sociétés Sony France, Toshiba, et un certain nombre de grossistes et de grands distributeurs se concerteraient sur les prix de vente pratiqués par les grossistes ou sur les prix de vente au public ; qu'elle illustre ses propos par divers catalogues des sociétés Sony France ou Toshiba sur lesquels figurent des «*prix publics*» et des documents publicitaires de la société Toshiba sur lesquels sont mentionnés des «*prix d'achat généralement constatés chez les grossistes participant à l'opération*» ; qu'elle soutient également que les prix de l'entente seraient diffusés par l'intermédiaire du site Internet de la société Sony ;

Mais considérant que des prix peuvent être licitement mentionnés dans des catalogues ou des publicités, dès lors que ces prix ne correspondent pas à des prix imposés ou à des prix résultant d'une entente anticoncurrentielle ; qu'il ne peut être reproché à un fournisseur de mentionner sur son site Internet de vente au détail les prix de vente de ses produits, alors même qu'il s'agit d'une obligation réglementaire résultant, notamment, des dispositions de l'article L. 113-3 du code de la consommation ; que le dossier ne comporte aucun élément sur le niveau des prix effectivement pratiqués par les grossistes et les détaillants permettant de constater que les prix publiés seraient, tout au moins en partie, respectés ; qu'il ne contient aucun indice permettant de penser que la société Sony France et la société Toshiba interviendraient dans les politiques de prix de leurs revendeurs ou que les fournisseurs auraient mis en place des systèmes de police de prix afin que les prix diffusés soient effectivement pratiqués ou que les prix diffusés résulteraient d'une entente anticoncurrentielle entre fournisseurs et distributeurs ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les faits dénoncés, tels qu'ils ont été soumis à l'appréciation du Conseil, ne peuvent être considérés comme des indices suffisamment probants de l'existence de pratiques qui auraient pour objet ou pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence au sens des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ; qu'en application des dispositions de l'article L. 462-8 du même code, il y a lieu de rejeter la saisine au fond et, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires ;

Décide

Article 1^{er} : La saisine au fond enregistrée sous le numéro 02/0023/F est rejetée.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0024/M est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Sévajols, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel et M. Nasse, vice-présidents.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-40

Décision n° 02-D-40 du 25 juin 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Olitec

Le Conseil de la concurrence (section III A),

Vu la lettre enregistrée le 20 février 2002 sous les numéros 02/0033/F et 02/0034/M, par laquelle la société Olitec a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la société France Télécom qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité, en outre, le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu l'avis n° 02-307 adopté 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 télécommunications ;

Vu les observations présentées par les sociétés Olitec et France Télécom, et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 22 mai 2002 ;

Le représentant de la société ECI Telecom entendu conformément aux dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Considérant que la société Olitec, fabricant d'équipements de connexion à Internet, dénonce les conditions dans lesquelles France Télécom a organisé les procédures de référencement des modems ADSL, qu'elle estime opaques, fondées sur des critères non objectifs et appliquées de manière discriminatoire, et qui auraient eu pour effet de fermer totalement le marché français à la gamme de modems ADSL dont elle a lancé la commercialisation en janvier 2001, au profit de certains de ses concurrents ; qu'elle expose que, faute d'un développement effectif des offres d'opérateurs alternatifs de télécommunications, tant par la voie du dégroupage de la boucle locale que par l'accès à un circuit virtuel permanent, la société France Télécom est, dans la pratique, le seul fournisseur de lignes permettant l'accès à Internet par l'ADSL, soit directement, soit indirectement par l'intermédiaire de ses filiales ou des fournisseurs d'accès à Internet (FAI) ;

Considérant que la société Olitec soutient que la société France Télécom aurait abusé de sa position dominante sur le marché des services de télécommunication ADSL en imposant, notamment à travers les clauses de ses contrats Netissimo et IP/ADSL, le raccordement à son réseau des seuls modems qu'elle aurait elle-même référencés sur la base de leur interopérabilité avec les DSLAM équipant son réseau ; qu'elle indique avoir soumis-

sionné à deux appels d'offres organisés par France Télécom, en vue de référencer de nouveaux modems, en mai 2000 puis en juin 2001, mais n'avoir reçu, dans le premier cas, aucune réponse à ses propositions, et avoir vu, dans le second cas, sa candidature rejetée au motif du défaut d'interopérabilité de ses produits avec la version 4.05 du DSLAM de la marque ECI non encore installée à l'époque sur le réseau ; qu'elle fait valoir que, de ce fait, il lui a été impossible d'en connaître les spécifications techniques et qu'elle n'a pu avoir accès au matériel afin d'effectuer les tests nécessaires ; qu'elle soutient encore que la société Sagem, dont le modem répond à l'interopérabilité croisée avec les modems Alcatel et ECI, a donc dû nécessairement avoir connaissance des caractéristiques techniques du DSLAM ECI 4.05 et a été sciemment privilégiée par France Télécom ; qu'elle soutient que les sociétés ECI et Sagem ont ainsi disposé d'avantages leur permettant de prendre une avance décisive sur leurs concurrents dans la commercialisation de modems ADSL interopérables avec les DSLAM ECI ; qu'en conséquence, elle demande au Conseil de prendre des mesures conservatoires sur le fondement de l'article L. 464-1 du livre IV du code de commerce jusqu'à ce qu'il soit statué au fond ;

Considérant que la société France Télécom rappelle que l'ART a estimé, dans sa décision du 16 novembre 2001 précitée, que, compte tenu de son caractère récent, la technologie de l'ADSL n'est pas complètement normalisée, et qu'il semble prématuré de définir dès à présent le point de terminaison du réseau et d'imposer à France Télécom la publication de spécifications techniques d'interface qui permettraient de garantir, sous réserve que les constructeurs s'y conforment, l'interopérabilité des modems de toutes marques avec les DSLAM du réseau ; que le processus de mise en place de son réseau ADSL depuis 1998 l'a conduite à sélectionner dans un premier temps, par deux appels d'offres lancés en 1998 et 1999, des systèmes ADSL complets, comportant notamment DSLAM et modems, ayant abouti au choix des matériels de marque Alcatel et ECI ; qu'elle a, par la suite, lancé deux nouvelles consultations, le 17 mars 2000 et le 14 juin 2001, afin de diversifier le choix des fournisseurs de modems et de disposer de modems compatibles tant avec les DSLAM Alcatel qu'avec les DSLAM ECI (interopérabilité croisée) ; qu'elle soutient que la société Olitec n'a pas été présélectionnée lors du premier appel d'offres faute d'avoir été en mesure de fournir les échantillons de ses produits dans les délais impartis et que, cette société n'aurait pas non plus été présélectionnée lors du second appel d'offre car sa carte modem ne satisfaisait pas aux tests d'interopérabilité du fait d'un défaut de synchronisation avec le DSLAM ECI en version 4.05 ; qu'elle expose que le règlement de ces appels d'offres comportait l'engagement pour les soumissionnaires de mettre en place, avec les fabricants des DSLAM équipant son réseau, des partenariats permettant de garantir l'interopérabilité de leurs modems avec ces équipements, y compris dans leurs évolutions planifiées, et qu'il ne lui appartient pas d'intervenir dans les relations entre fabricants de modems et de DSLAM ; qu'elle porte à l'attention du Conseil le fait que d'autres candidats, dont les échantillons ont été conçus à Taiwan, n'ont pas eu besoin d'avoir accès à la version 4.05 du DSLAM ECI pour assurer l'interopérabilité de leurs cartes modem, celle-ci étant essentiellement une affaire de compatibilité des composants utilisés ;

Considérant qu'en raison du caractère accessoire des demandes de mesures conservatoires, l'application de l'article L. 464-1 du code de commerce est subordonnée à la constatation d'indices ou de comportements susceptibles de se rattacher aux pratiques visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ; qu'en vertu de l'article L. 462-8 du même code, le Conseil de la concurrence peut rejeter une saisine par une décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants ;

Considérant que la société Olitec ne conteste pas avoir été dans l'incapacité, lors de l'appel d'offres de mai 2000, de fournir les échantillons de ses produits dans les délais requis ; qu'elle ne conteste pas davantage la non-interopérabilité de ses cartes-modem avec la version 4.05 du DSLAM ECI, révélée par les tests effectués lors de l'appel d'offres de juin 2001 ; que, concernant l'appel d'offre de mai 2000, seule la société SAGEM a été référencée, alors que 44 autres candidats avaient répondu à la consultation, dont les sociétés Alcatel et ECI qui avaient remporté les précédentes sélections ; qu'en revanche, en 2001, l'offre de la société SAGEM a été écartée comme incomplète ; que les résultats positifs aux tests d'interopérabilité obtenus par les produits des marques Bewan, Samsung, Efficient Networks et Eicon, lors de l'appel d'offres de juin 2001, montrent que les autres candidats ont pu obtenir des fabricants de DSLAM, des données suffisantes au test de l'interopérabilité de leur matériel avec la nouvelle version 4.05 de DSLAM ECI ; qu'au vu de ces éléments, il n'est pas établi que l'échec de la société Olitec dans les appels d'offres organisés par France Télécom pour le référencement des modems ADSL serait dû à des pratiques discriminatoires ;

Considérant, au surplus, que dans le cadre du règlement d'un différend opposant Liberty Surf, fournisseur d'accès à Internet, et France Télécom, l'ART a rendu, le 16 novembre 2001, un avis n° 01-1112 dans lequel elle a enjoint à France Télécom de mettre en place un dispositif permettant aux FAI d'obtenir le référencement des modems de leur choix, dans le cadre de la fourniture d'un accès ADSL à Internet à leurs clients, après les avoir fait tester et valider, en coopération avec les fabricants concernés et dans le laboratoire indépendant de leur choix, sur la base d'une procédure de test stable, transparente, non-discriminatoire, et suffisamment explicite ; que France Télécom déclare avoir transmis à l'ART, le 19 mars dernier, un avenant au contrat IP/ADSL qui prévoit que les constructeurs de modems peuvent prendre connaissance directement auprès de France Télécom, sans l'intermédiaire d'un fournisseur d'accès à Internet ou d'un opérateur, des données nécessaires au test de l'interopérabilité de leur matériel avec les DSLAM déployés sur le réseau de France Télécom, avant de démarcher les fournisseurs d'accès à Internet ; que France Télécom déclare que les conditions des contrats IP/ADSL et Netissimo permettent aux modems non référencés par France Télécom d'être néanmoins commercialisés librement et directement sur le marché et que les modems Olitec et Bewan sont, notamment, disponibles dans les réseaux FNAC et Surcouf ; que la société Olitec n'a pas contesté en séance l'information selon laquelle la société Tiscali-Liberty Surf, dont elle avait communiqué en annexe à ses écritures du 19 avril 2002 une commande portant sur dix mille de ses modems et suspendue à la production de résultats de tests, commercialiserait désormais ses packs ADSL avec un

modem de marque Olitec ; que, si les modems non référencés ne bénéficient pas, dans le cadre du contrat IP/ADSL des mêmes garanties de qualité de service que les modems référencés, des garanties minimales de qualité de service sont néanmoins prévues ; qu'il ressort de l'ensemble de ces éléments que ni la sélection par France Télécom dans le cadre de l'un de ses appels d'offres ni même le référencement par France Télécom, ne sont incontournables pour l'accès d'un constructeur au marché des modems ADSL ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les faits dénoncés, tels qu'ils ont été soumis à l'appréciation du Conseil, ne peuvent être considérés comme des indices suffisamment probants de l'existence de pratiques qui auraient pour objet ou pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence au sens des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ; qu'en application des dispositions de l'article L. 462-8 du même code, il y a lieu de rejeter la saisine au fond et, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires ;

Décide

Article 1^{er} : La saisine au fond enregistrée sous le numéro 02/0033/ F est rejetée.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0034/M est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Sellier, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Jenny, vice-président et M. Gauron, membre.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-41

Décision n° 02-D-41 du 26 juin 2002 relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999

Le Conseil de la concurrence (section III A),

Vu la lettre enregistrée le 27 juillet 2000 sous le numéro R 28, par laquelle la société Sonera France a saisi le Conseil de la concurrence du non-respect des injonctions prononcées par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999 ;

Vu la lettre enregistrée le 20 juillet 2001 sous le numéro R 33, par laquelle la société Scoot France a saisi le Conseil de la concurrence sur le même fondement ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 ;

Vu l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 29 juin 1999 ;

Vu l'arrêt rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation, le 4 décembre 2001 ;

Vu la décision de secret des affaires n° 01-DSA-15 du 10 décembre 2001 ;

Vu l'avis n° 00-1211 de l'Autorité de régulation des télécommunications du 15 novembre 2000 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Sonera France, Scoot France, France Télécom 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 Sonera France, Scoot France et France Télécom, entendus lors de la séance du 20 mars 2002 ;

Décisions / 02-D-41

347

I. - Constatations

La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 29 juin 1999, après avoir annulé pour des raisons de procédure la décision n° 98-D-60 du Conseil de la concurrence en date du 29 septembre 1998, a prononcé des injonctions quasiment identiques à celles que le Conseil avait formulées dans sa décision annulée. Le 4 décembre 2001, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par France Télécom contre cet arrêt.

La cour d'appel de Paris a ainsi *«enjoint à la société France Télécom, jusqu'à la mise en service de l'organisme prévu à l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications, 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,*
- *de proposer un service permettant la mise en conformité des fichiers contenant des données nominatives détenues par des tiers avec la liste orange des abonnés au téléphone, que ces fichiers soient ou non directement extraits de la base annuaire ;*

Dit que ces prestations devront être proposées dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande, à l'instar, s'agissant de la prestation de déduplication ou topage, de la prestation prévue au catalogue de France Télécom à la rubrique prévoyant la mise en conformité des fichiers tiers externes avec la liste safran et la déduplication ou le topage de ces fichiers.»

Dans sa motivation, la cour d'appel de Paris a considéré que la liste des abonnés au téléphone tenue par France Télécom constituait, pour les opérateurs intervenant sur le marché des fichiers de prospection (comme la société Filetech SA, partie saisissante devant le Conseil), une ressource à laquelle aucune autre base de données ne pouvait être substituée.

Deux sociétés, estimant avoir besoin de l'accès à la liste des abonnés au téléphone pour exercer leur activité, ont saisi le Conseil de la concurrence d'une procédure de non respect des injonctions prononcées par la cour d'appel de Paris à l'encontre de France Télécom :

- la société Sonera France (ci-après Sonera) qui souhaite installer un service de renseignements téléphoniques ;
- la société Scoot France (ci-après Scoot) qui souhaite développer un service d'*«annuaire intelligent»* par téléphone et internet ;

La société Lectiel SA (anciennement dénommée Filetech SA) n'a pas saisi le Conseil de la concurrence mais est en litige contre France Télécom devant la cour d'appel de Paris pour des griefs qui se rapportent également au non respect des injonctions prononcées par la Cour à l'encontre de France Télécom.

■ A. - Les services d'annuaires téléphoniques et de renseignements

Ces services consistent à mettre à la disposition du public des informations à caractère pratique (noms et/ou dénominations sociales, prénoms, adresses, coordonnées téléphoniques, et éventuellement profession, adresse électronique) sur une catégorie de personnes (liste d'abonnés, listes d'entreprises à une échelle locale ou nationale) regroupées sur des fichiers exhaustifs issus des listes d'abonnés et utilisateurs de service téléphonique.

Différentes techniques de mise à disposition de ces informations sont possibles : le renseignement par téléphone, la mise en ligne sur minitel ou sur internet (annuaire électronique), l'édition papier (annuaire papier). A ces différentes techniques correspondent des modèles économiques variés. Les recettes de ces activités peuvent être issues des tarifs de fourniture ou de connexion au service (cas du renseignement téléphonique, de l'annuaire électronique), de la vente d'espaces publicitaires (cas des annuaires papiers), ou bien des deux à la fois.

Outre la technique de mise à disposition, le type d'informations proposées permet de différencier le produit. L'annuaire Pages blanches de France Télécom regroupe la totalité des abonnés au téléphone par département, l'annuaire Pages jaunes regroupe les professionnels. Par ailleurs, des services plus ou moins élaborés et ciblés peuvent être proposés. La société Scoot présente son service de renseignements téléphoniques comme étant ciblé sur les professionnels et permettant d'offrir des prestations plus complètes que la seule fourniture de numéros de téléphone.

La structure de la concurrence

Le secteur européen des annuaires (édition papier ou électronique) est, comme l'affirme le groupe Wanadoo, structuré essentiellement par pays, où les acteurs historiques génèrent la plus grande partie des revenus publicitaires. En France, *«le groupe occupe une position de leader dans les annuaires, avec une part de marché que le groupe estime supérieure à 75 %. Sur ce marché, le groupe fait face à plusieurs éditeurs concurrents, qui proposent pour la plupart des annuaires régionaux du type pages jaunes... Les Pages Jaunes internet sont confrontées à la concurrence des autres éditeurs d'annuaires en ligne (par exemple Illiad) et devraient être confrontées à la concurrence des sites d'annuaires en cours de création (Vivendi en association avec AOL et Scoot)»*. A l'échelle européenne, *«le groupe doit faire face aux acteurs historiques, qui disposent de ressources financières importantes, de marques à forte notoriété et d'une large base d'utilisateurs»*, notamment Seat Pagine Gialle (Italie), BT Yellow Pages (Royaume Uni) et De TeMedien (Allemagne). Le secteur des annuaires a subi d'importantes évolutions du fait de l'introduction de l'internet. Pour profiter des opportunités offertes par ce nouveau média, certains acteurs du marché des annuaires se sont réunis avec des acteurs du marché de l'internet, comme l'illustre la constitution du groupe Wanadoo ou encore la fusion de Seat Pagine Gialle avec Tin.it.

Les services de renseignements par téléphone

Les opérateurs de télécommunication proposent généralement leur propre service de renseignements, comme c'est le cas de France Télécom (qui propose le service «12»), et des opérateurs mobiles SFR et Bouygues Télécom. Afin d'étendre leur base d'utilisateurs, ces deux derniers ont signé un contrat avec la filiale Intelmatique de l'opérateur historique pour avoir un accès en ligne à la base de données annuaire de France Télécom. Toutefois, si l'on compare les nombres d'appels par an de ces différents services concernant la recherche d'abonnés résidentiels (257 millions en 1999 pour

le «12» de France Télécom, 12 millions pour SFR, un trafic plus faible pour Bouygues Télécom), on constate que France Télécom occupe aujourd'hui une position de leader sur ce secteur sur lequel d'autres entreprises, telles que Sonera et Scoot, cherchent également à se positionner.

Les annuaires imprimés professionnels type pages jaunes

Un représentant de Pages Jaunes déclare : *«Nos principaux concurrents pour l'édition d'annuaires papier sont : les annuaires soleil en région parisienne d'adresses professionnelles ; GEA qui publie des annuaires d'agglomérations sous des dénominations différentes. Puis, une multitude de petits éditeurs publient des annuaires de dimension locale»*. La concurrence existe sur le marché de l'édition des annuaires professionnels destinés aux abonnés au téléphone mais celle-ci s'exerce à l'échelon local et reste limitée. L'ensemble des contrats de mise à disposition des données annuaire au profit de ces éditeurs pour l'année 1999 indique que le nombre cumulé d'adresses vendues par France Télécom pour cette année est inférieur à 2 millions. Le Conseil de la concurrence, saisi plusieurs fois de ce secteur, a considéré que France Télécom détenait une position dominante sur ce marché, en se référant notamment au nombre d'exemplaires d'annuaires diffusés par cet opérateur *«qui bénéficie de l'ancienneté de sa position d'opérateur public et de moyens financiers sans commune mesure avec ceux de la société CMS»* (décision n° 96-D-10 en date du 20 février 1996 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom et l'ODA).

350

La part du coût de l'acquisition des adresses dans le chiffre d'affaires de ce type d'activité (dont l'ordre de grandeur est de 1 %) n'explique pas les difficultés de pénétration du marché. Le groupe Wanadoo indique dans un prospectus mis à la disposition du public à l'occasion de son introduction en bourse : *«Les bases clés de concurrence dans le marché des annuaires sont la facilité d'utilisation et d'accès, la notoriété de sa marque et sa qualité, la pertinence et l'exhaustivité des informations disponibles dans ses bases de données. Les bases de concurrence pour attirer les annonceurs sont en particulier la taille de l'audience pour les annuaires...»*. Les difficultés de pénétration de ce marché sont dues en grande partie à la notoriété des Pages Jaunes. La société Pages Jaunes est titulaire, notamment, des marques *«Pages Jaunes»* et *«Pages Blanches»*. Elle bénéficie de l'image de marque attachée à ces produits, procurée par l'ancienneté de la position de l'opérateur public, ce qui n'est pas le cas de ses concurrents. Dans l'esprit du public, l'annuaire pages jaunes est indissociable de l'image de l'opérateur public.

L'annuaire universel

Les dispositions de l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications définissent le contenu du service universel s'agissant des activités de renseignement et d'annuaires : *«Un annuaire universel, sous formes imprimée et électronique, et un service de renseignements sont mis à la disposition du public. Sous réserve de la protection des droits des personnes concernées, il donne accès aux noms ou raisons sociales, aux coordonnées téléphoniques et aux adresses de tous les abonnés aux réseaux ouverts au public, ainsi qu'à la mention de leur profession pour ceux qui le souhaitent»*. Ces dispositions

(avant leur modification par l'ordonnance du 25 juillet 2001) prévoyaient la création d'un organisme indépendant chargé de gérer la liste consolidée des abonnés des différents opérateurs avec l'obligation pour tout opérateur de communiquer à cet organisme la liste de ses abonnés, afin qu'il puisse mettre ces listes à la disposition des opérateurs ou prestataires intéressés par la publication d'annuaires universels, et ce, à un prix reflétant les coûts. Cet organisme n'a finalement pas été créé, en raison, semble-t-il, des incertitudes sur son équilibre économique et son financement.

La directive 98/10/CE, et notamment son article 6, prévoit l'obligation pour tout opérateur de fournir la liste des abonnés à toute personne qui en fait la demande en vue d'éditer un annuaire universel ce qui remet en cause l'exclusivité dont bénéficiait implicitement l'organisme évoqué ci-dessus. Une ordonnance en date du 25 juillet 2001, portant diverses transpositions d'harmonisation communautaire, a permis de transposer l'article 6 de cette directive. Cette ordonnance a modifié le contenu de l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications qui prévoyait la création de l'organisme initialement envisagé. Par ailleurs, l'ordonnance prévoit : *«Sur toute demande présentée en vue d'éditer un annuaire universel ou de fournir un service universel de renseignements, même limitée à une zone géographique délimitée, les opérateurs sont tenus de communiquer, dans des conditions non discriminatoires et à un tarif reflétant les coûts du service rendu, la liste de tous les abonnés ou utilisateurs... Un décret en Conseil d'État, pris après avis de la Commission supérieure du service public des postes et télécommunications précise les modalités d'application du présent alinéa»*. Ce décret d'application, actuellement en cours d'élaboration et ayant fait l'objet d'une consultation publique, devrait fixer les modalités techniques et financières de fournitures de ces listes. Par ailleurs, l'ordonnance prévoit que les litiges relatifs aux conditions techniques et financières de la fourniture des listes d'abonnés peuvent être soumis à l'Autorité de régulation des télécommunications, conformément à l'article L. 36-8 du code des postes et télécommunications.

France Télécom est tenue d'éditer un annuaire universel sous forme imprimée et électronique et de fournir un service universel de renseignements. Dans sa décision concernant les évaluations prévisionnelles du coût du service universel pour l'année 2001, l'ART considère que, compte tenu de la méthodologie retenue pour le calcul du coût net de la composante annuaire et renseignement (définie à l'article R. 20-36 du code des postes et télécommunications) *«la composante annuaire et service de renseignement est bénéficiaire et qu'à ce titre aucune compensation n'est due»*.

■ B. - Les sociétés contestant le respect des injonctions par France Télécom

1. - La société Sonera

La société Sonera, précédemment connue sous le nom de Télécom Finland, opérateur historique de télécommunication en Finlande, se présente également

comme «*prestataire majeur de services d'assistance téléphonique et d'annuaire tant au niveau national qu'international*». Elle a également une importante activité de publication des annuaires téléphoniques régionaux et propose, en outre, des services d'annuaire sur internet. Déjà présente en Grande-Bretagne, en Italie et en Espagne ainsi qu'aux États-Unis, la société Sonera a décidé de lancer un service de renseignements téléphoniques en France. Elle a donc créé, début janvier 2000, la société Sonera France avec pour objet la mise en place d'une plate-forme permettant d'offrir des informations par téléphone. Elle a également décidé de racheter plus de 50 % d'un opérateur de centre d'appels localisé à Amiens, la société Intra Call Center, afin de constituer la plate-forme de ce service.

La société Sonera France présente son projet d'activité comme un service de renseignement à valeur ajoutée (outre les numéros de téléphone et adresses, il fournira notamment le numéro de fax, le numéro mobile, l'adresse e-mail, des informations pages jaunes, et les numéros de téléphone international) clairement en concurrence avec le service de renseignement par téléphone «*le 12*» de France Télécom. A titre d'ordre de grandeur, une hypothèse de 24 millions d'appels par an nécessite 200 opérateurs pour répondre aux demandes et génère environ 20 millions d'euros de chiffre d'affaires. Ceci repose sur l'hypothèse qu'un opérateur est capable de traiter 50 appels environ par heure en moyenne.

Le premier courrier adressé par Sonera France à France Télécom, daté du 6 mai 1999, expose les objectifs de Sonera. Un courrier, en date du 12 novembre 1999, récapitule très clairement les demandes de Sonera à France Télécom qui portent sur trois objets :

- facturation pour compte de tiers ;
- offre d'acheminement de trafic ;
- accès à la base de données.

Sur les deux premiers points, Sonera, n'obtenant pas satisfaction auprès de France Télécom à l'issue des négociations, portera le litige devant l'ART.

Concernant le troisième point, objet du présent litige devant le Conseil de la concurrence, France Télécom a proposé à Sonera deux offres pour l'accès à la base annuaire, d'une part l'offre Intelmatique, d'autre part l'offre de sa division multimédia. Sonera a contesté à plusieurs reprises ces tarifs, considérant qu'ils étaient excessifs, et tenté en vain d'obtenir une remise de la part de France Télécom. Les arguments avancés dans la négociation sont les suivants :

- ces tarifs ne permettraient pas d'établir un service de renseignements économiquement viable (voir ci-après) ;
- ils seraient élevés au vu des prix pratiqués sur certains marchés nationaux de données annuaires européens, ce que conteste France Télécom ;
- ils ne seraient pas conformes aux injonctions de la cour d'appel de Paris du 29 juin 1999, en ce sens qu'ils ne seraient pas orientés vers «*les coûts liés aux opérations techniques nécessaires*» (Dans son courrier du 9 juin 2000, Sonera propose à France Télécom que le prix de l'adresse soit fixé à 5 centimes l'unité, montant des frais techniques des opérations de déduplication et de topage).

Les éléments apportés par la société Sonera sur la viabilité économique d'un service de renseignement des abonnés résidentiels par téléphone

La société Sonera prétend qu'une activité de renseignements téléphoniques n'est pas viable économiquement compte tenu des tarifs de mise à disposition de la base annuaire appliqués par l'opérateur public. Les hypothèses sur le volume de l'activité sont déterminantes pour l'estimation du chiffre d'affaires de l'activité et des charges (qui croissent en fonction du nombre d'opérateurs nécessaires pour assurer le service). Il est donc important de prévoir correctement le volume de l'activité durant la phase de lancement du service, puis à l'issue de la période de montée en charge. Les hypothèses retenues par la société Sonera indiquent, pour la période à l'issue de la montée en charge, un nombre d'appels de 24 millions, ce qui correspond à 9 % environ du nombre d'appels reçus par France Télécom pour l'année 1999 (257 millions d'appels). Un scénario plus optimiste avait été recueilli par l'enquêteur indiquant un nombre de 25 millions d'appels la première année, 50 millions la deuxième année soit 20 % du nombre d'appels du service «12» aujourd'hui.

Hypothèse 1 : nombre d'appels annuel égal à 24 millions

Les éléments comptables prévisionnels d'activité transmis par la société Sonera sont retranscrits ci-après, en décomposant les charges d'exploitation par adresse. Les montants sont hors taxes.

Accès à la base via le service Intelmatique

Prix appel	Personnel	Redevance facturation + trafic	Acquisition adresses	Marketing	Frais administratifs	Autres	Résultat
5,5 F	2,5 F	0,9 F	0,9 F	0,6 F	0,5 F	0,2 F	- 0,2 F

Acquisition base via l'offre de la division multimédia

Prix appel	Personnel	Redevance facturation + trafic	Acquisition adresses	Marketing	Frais administratifs	Autres	Résultat
5,5 F	2,5 F	0,9 F	1,4 F	0,6 F	0,5 F	0,2 F	- 0,7 F

Les éléments comptables ci-dessus ont été établis avec les hypothèses suivantes :

- Prix facturé au client final par appel : 5,5 F HT ; ce prix est établi sur une hypothèse de 40 % des appels en provenance des abonnés fixes de France Télécom et 60 % des appels en provenance d'autres opérateurs, les opérateurs mobiles notamment, et sur la base des paliers tarifaires de l'offre «*audiotel*» aménagée de France Télécom. A titre de comparaison, le prix facturé par France Télécom pour son propre service de renseignement le «12» est de 4,50 F TTC par appel + 1 F TTC pour l'aboutement d'appel, pour 2 renseignements maximum ;

- Personnel : Sonera estime le coût du personnel à 2,50 F par appel. Des éléments détaillés fournis par Sonera indiquent que le coût horaire d'un opérateur est de 93,5 F. Sonera se base, par ailleurs, sur un nombre d'appels traités par opérateur et par heure situé entre 37 et 40 ;
- Redevance facturation pour compte de tiers et trafic : le montant indiqué correspond selon Sonera à l'offre qui lui a été faite par France Télécom ;
- Prix de l'accès à la base annuelle : les deux offres de France Télécom (consultation via Intelmatique, mise à disposition de la base annuelle) sont prises en compte :
 - Consultation via Intelmatique : Sonera suppose qu'un appel génère en moyenne 2,3 requêtes. Sur la base d'un tarif de 0,36 F par requête hors frais fixe d'accès à la base, le montant moyen par appel s'élève à 0,9 F ;
 - Mise à disposition base annuelle complète avec mise à jour hebdomadaire : montant compris entre 29,6 MF (mise à jour mensuelle) et 34,3 MF (mise à jour quotidienne), soit entre 1,23 F et 1,43 F par appel ;
- Administratif : regroupe les frais d'administration et de gestion, les frais liés aux locaux, et les frais de location ;
- Autres : regroupe les frais financiers et dotations aux amortissements.

La société Sonera précise que ces charges correspondent à une période se situant à l'issue de la montée en puissance de l'activité et qu'elle n'a donc pas pris en compte les frais associés au lancement du service.

Il est à noter que l'offre Intelmatique est un peu moins onéreuse mais qu'elle empêche le développement d'offres présentant une valeur ajoutée par rapport aux informations reçues de France Télécom. En effet, en accédant à l'information uniquement lors des requêtes, le fournisseur ne peut enrichir le fichier de France Télécom avec d'autres données reçues par ailleurs.

L'ensemble de ces éléments indique qu'avec un volume de 24 millions d'appels, l'activité est déficitaire. Par ailleurs, le coût complet moyen de l'appel évalué par Sonera (5,6 F via Intelmatique, 6,1 F avec la mise à disposition de la base) se révèle, en tout état de cause, inférieur aux charges du service «12» égales à 7 F par appel en 1999 et 6,25 F en prévisionnel 2000.

Hypothèse 2 : nombre d'appels annuel égal à 50 millions

La société Sonera n'a pas fourni de compte d'exploitation prévisionnel détaillé dans cette hypothèse. Toutefois, les postes «personnels» et «redevance facturation pour compte de tiers et trafic» qui sont proportionnels au volume de l'activité sont prédominants et restent inchangés dans le prix par appel. La part du prix de l'acquisition de la base annuelle dans le prix par appel est divisé par moitié. Le gain de 0,7 F vient tout juste compenser la perte. L'activité ne dégagera toujours pas de bénéfice au bout de la seconde année.

2. - La société SCOOT France

La société Scoot est un des principaux protagonistes dans le secteur de l'annuaire électronique de type Pages Jaunes en Europe, après le lancement

de son activité au Royaume-Uni en 1995, aux Pays Bas en 1997, et en Belgique en 1998. Le groupe Vivendi et la Scoot.com plc ont récemment conclu un partenariat en vue de lancer «*un service innovant de transactions entre consommateurs et entreprises locales de commerce et de services fonctionnant à partir d'un annuaire intelligent*». La société Scoot France, filiale à 100 % de Scoot Europe, elle-même codétenue par Vivendi SA à 50 % et Scoot.com plc, a été créée en février 2000 en vue de lancer cette activité. L'annuaire de Scoot comprendra des informations plus précises que celles figurant dans les pages jaunes (par exemple heures d'ouverture du magasin, prestations spécifiques proposées par le commerçant) et sera accessible par deux moyens, téléphone et internet, puis dans un deuxième temps par la télévision interactive.

Le modèle économique de cette activité est différent de celui des pages jaunes et d'un service de renseignements du type de celui de France Télécom. La ressource essentielle pour cette activité sera l'abonnement payé par les professionnels, contrepartie du fait de figurer dans l'annuaire de Scoot avec des informations plus précises que celles des pages jaunes et de bénéficier de la priorité auprès des clients souhaitant obtenir les coordonnées d'un professionnel dans le même secteur d'activité et sur la même zone de chalandise. Par ailleurs, une autre partie des recettes de cette activité proviendrait d'une légère taxation du numéro d'appel pour les clients.

A titre d'ordre de grandeur, Scoot prévoit 20 millions d'appels pour la première année, générant environ 200 MF de chiffre d'affaires. Les ressources reposent principalement sur le prix de l'abonnement payé par les professionnels, et en second lieu sur le prix payé par les clients ayant accès au service (environ 1 F par minute). Le prix d'accès à la base annuaire des professionnels étant de 8 MF (pour une mise à jour quotidienne), le montant de l'acquisition de la base annuaire représente 5 % du chiffre d'affaires prévisionnel de Scoot France. A titre de comparaison, ce dernier est d'environ 20 % pour Sonera.

Dès sa constitution, Scoot France a entrepris des négociations commerciales en vue d'accéder à la liste des abonnés professionnels au téléphone. Après consultation de plusieurs fournisseurs potentiels, elle a retenu l'offre de la division multimédia de France Télécom et écarté les propositions des autres sociétés ayant répondu à cet appel d'offres (Médiatel, l'INSEE, et Groupadress) pour les raisons suivantes : le fichier Sirene de l'INSEE ne comporte que rarement le numéro de téléphone ; l'offre de Groupadress a été écartée «*en raison de son incapacité à garantir la jouissance paisible de la base qu'elle fournit compte tenu des risques d'actions de France Télécom*» ; quant au fichier Médiatel, bien que d'un prix moins élevé que celui de sa maison mère, son utilisation est interdite pour des sociétés fournissant des services de renseignements.

La société Scoot France, estimant que le niveau des tarifs de France Télécom est «*exorbitant au vu de la décision rendue par la cour d'appel de Paris*» a entrepris, en vain, une négociation avec France Télécom. Compte tenu de sa volonté d'ouvrir son service d'annuaire au 1^{er} trimestre 2001, Scoot France a signé le contrat proposé par France Télécom le 27 juin 2000. Le service de Scoot a ouvert au début du mois de mars 2001. Les

tarifs de France Télécom sont aujourd'hui toujours contestés par la société Scoot France. Parallèlement à une procédure devant le tribunal de commerce de Nanterre, initiée par France Télécom en réclamation de sommes dues au titre du contrat susvisé, Scoot France a assigné en référé France Télécom le 15 juin 2001 devant le président du Tribunal de commerce de Paris afin que l'accès à la base de données de France Télécom lui soit proposé à un prix représentant les seuls coûts techniques correspondant à 5 centimes par donnée et, à titre subsidiaire, que le prix de cession annuel des données ne soit en aucun cas plus élevé que celui pratiqué pour des sociétés ayant une activité de marketing, à savoir 3,5 MF. Le juge des référés a rejeté ces demandes en indiquant que *«la solution du litige est subordonnée à l'appréciation par les juges du fond du caractère licite de la tarification pratiquée par France télécom»*. La société Scoot France a assigné, au fond, France Télécom devant le Tribunal de commerce de Paris en sollicitant une réduction substantielle de ses tarifs. La saisine du Conseil de la concurrence intervient dans ce contexte.

3. - La société Groupadress

La société Groupadress est la locataire-gérante du fonds de commerce de Lectiel SA (anciennement dénommée Filetech SA). A la suite de l'arrêt rendu par la cour d'appel de Paris le 29 juin 1999, la société Groupadress, estimant que France Télécom ne respectait toujours pas les injonctions prononcées à son encontre, a saisi le juge de l'exécution du tribunal de grande instance de Paris, en demandant que France Télécom lui fournisse la liste des abonnés au téléphone aux coûts des opérations techniques de traitement, de support et de transfert, qu'elle estimait à 1 025 F. Deux ordonnances sur requête ont été prononcées par le tribunal de grande instance de Paris donnant satisfaction à Groupadress. Elles ont été annulées pour violation du principe du contradictoire par le juge de l'exécution, confirmées en appel, sans que le fond de l'affaire, à savoir si France Télécom avait ou non respecté les injonctions prononcées, n'ait été examiné.

La société Filetech, devenue Lectiel SA, a saisi, en 1992, le tribunal de commerce de Paris en demandant que soit ordonnée la remise, sous astreinte, soit de la liste orange, soit, gratuitement ou au coût d'utilisation de l'annuaire électronique du «11», du fichier expurgé de la liste orange. Dans son jugement du 5 janvier 1994, le tribunal de commerce a rejeté cette demande, au motif, notamment, que le refus de France Télécom de remettre la liste orange était justifié par l'interdiction de l'usage d'informations nominatives extraites de cette liste. Lectiel SA a relevé appel de cette décision. Toutefois, à la suite d'une plainte déposée en parallèle par France Télécom à l'encontre de Lectiel SA devant le tribunal de Nanterre, la cour d'appel de Paris a sursis à statuer, par arrêt en date du 20 février 1995, jusqu'à ce qu'il soit statué définitivement par la juridiction pénale sur la légalité de la pratique du télé-déchargement de l'annuaire électronique et de l'utilisation d'informations nominatives figurant sur la liste orange au regard de la loi du 6 janvier 1978. La procédure pénale s'est terminée par un arrêt de la Cour de cassation, en date du 30 juin 1999, qui a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel de Versailles condamnant Lectiel SA pour délit de traitement d'informations nominatives

pour avoir procédé à la commercialisation de données annuaires obtenues par connexion sur l'annuaire électronique et non expurgées de celles inscrites en liste orange. La procédure d'appel visée ci-dessus ayant repris son cours devant la cour d'appel de Paris, Groupadress, se prévalant de l'arrêt de la cour d'appel du 29 juin 1999, a demandé, notamment, à la Cour d'ordonner à France Télécom de lui fournir sous astreinte les informations figurant dans la base annuaire, à des conditions financières transparentes, objectives et non discriminatoires, «à un prix correspondant au seul coût technique du transfert de ces données sur un support». La cour d'appel de Paris, dans son arrêt du 13 juin 2001, considérant que la solution du litige commande «de se prononcer sur le point de savoir si l'offre de prestations faites par la société France Télécom aux sociétés Lectiel et Groupadress satisfait, ou non, aux exigences de l'injonction édictée par l'arrêt précité du 29 juin 1999», a ordonné la réouverture des débats et désigné un expert avec la mission : «de décrire les modalités selon lesquelles est constitué, vérifié et présenté le contenu de la base de données de l'annuaire électronique, et d'évaluer l'investissement financier, matériel et humain afférent à l'ensemble de ces opérations de constitution, de vérification et de présentation du contenu de ladite base de données».

■ C. - L'organisation des activités de France Télécom

Trois types de fonctions dans les activités annuaire de France Télécom peuvent être distinguées :

- La fonction de mise à jour et gestion de la base annuaire, ci-après désignée «le Gestionnaire de fichier» ; cette fonction est prise en charge au sein de France Télécom par la division multimédia de la branche internet grand public ;
- La mise à disposition de la base annuaire sous ses différentes formes à des fins d'exploitation commerciale ; cette fonction est répartie au sein de trois entités :
 - La division multimédia qui commercialise l'intégralité ou des extraits de la base annuaire à des fins de service de renseignement ou édition d'annuaire ;
 - La société Intelmatique, filiale du groupe France Télécom, en charge de l'offre d'accès en ligne de la base annuaire permettant la consultation des données à des fins de renseignement ;
 - La société Médiatel, filiale de Pages Jaunes, elle-même filiale du groupe Wanadoo détenu par France Télécom, en charge de la commercialisation de la base annuaire pour les professionnels exerçant leur activité dans le secteur du marketing direct ;
- Les fonctions d'exploitation des données annuaire à destination des utilisateurs finals, activités potentiellement en concurrence, à savoir :
 - L'édition des annuaires imprimés (pages jaunes et pages blanches) et annuaires électroniques réalisée par la société Pages Jaunes ;
 - Les activités de renseignements téléphoniques prises en charge par France Télécom SA et gérées par le pôle service par opérateurs de France Télécom ;
 - Les activités de marketing direct réalisées par la société Médiatel.

Les fonctions collecte, gestion, et mise à disposition de la base annuaire sous ses différentes formes sont des activités de monopole sur le marché de la liste des abonnés et des utilisateurs du téléphone défini par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999. Les injonctions prononcées par la Cour portent sur les conditions de ces offres. Les demandeurs sur ce marché sont les entreprises exerçant ou souhaitant exercer une activité d'exploitation de la base annuaire sur un des marchés aval potentiellement en concurrence. Un certain nombre de réorganisations au sein du groupe France Télécom intervenues après la décision n° 98-D-60 du Conseil de la concurrence ont eu pour effet d'augmenter le degré de séparation entre les activités en amont et celles en aval.

1. - Périmètre comptable des entités

a) Le Gestionnaire de fichier

La détermination du périmètre comptable pertinent du Gestionnaire de fichier est un préalable à l'appréciation de l'orientation vers les coûts des offres de mise à disposition des données annuaire. Il s'agit dans un premier temps de récapituler les éléments apportés par France Télécom sans préjuger de la pertinence du périmètre et de l'évaluation des charges et recettes. Une approche critique sera conduite dans la suite.

D'un point de vue comptable, France Télécom a toujours séparé les activités de gestion et d'édition. Aussi, le compte d'activité gestion de la base annuaire de la division multimédia pour l'année 1999 n'intègre-t-il aucune charge ou recette éditoriale.

Pour l'année 1999

Selon le compte de résultat du Gestionnaire de fichier pour l'année 1999 établi par la division multimédia de France Télécom, les charges à prendre en compte se sont élevées à 198,9 MF. Quant aux produits, France Télécom retient le chiffre d'affaires pour la mise à disposition des données issues de l'annuaire, lequel s'est élevé en 1999 à 106,9 millions de francs, se décomposant comme suit :

Entité cliente	Intelmatique	Médiatel/ Téladresse	Editeurs	Total
Montant (en MF)	14,7 ^c	23,6 ^b	68,6 ^a	106,9
^a Recettes en provenance des éditeurs d'annuaires : - 65 MF pour «la vente de cette base à France Télécom pour l'édition de l'annuaire» - mise à disposition du fichier pour la société Illiad (pour une période de 2 mois en 1999) - vente d'extraits de l'annuaire aux éditeurs d'annuaires professionnels papier de dimension locale				
^b Recettes en provenance de : - Médiatel : 10,5 MF (dont 2,6 MF pour la licence accordée par France Télécom à compter d'avril 1999 et 7,9 MF pour la redevance) - Téladresse : 13,1 MF				
^c Correspond au montant des redevances dues par Intelmatique à France Télécom (voir § b)				

Le compte de résultat pour l'année 1999 du Gestionnaire de fichier, tel qu'établi par France Télécom fait donc apparaître un déficit d'exploitation de 91,9 MF.

Pour l'année 2000 (éléments prévisionnels)

A la suite du transfert des activités d'édition de France Télécom (hors celle des pages blanches et annuaire électronique) à la société Pages Jaunes (v. *infra* § 2d) France Télécom n'a pas été en mesure de fournir une estimation consolidée des charges prévisionnelles de l'activité de cession de la base annuaire. Celles-ci devraient cependant être du même ordre de grandeur que les charges 1999, puisque les activités transférées à Pages Jaunes concernent l'activité d'édition qui ne faisait pas partie du compte du gestionnaire de fichier. En ce qui concerne les produits, France Télécom indique un chiffre d'affaires de vente de la base annuaire de 116,1 millions de francs, se décomposant comme suit :

Entité cliente	Intelmatique	Médiatel	Editeurs	Total
Montant (en MF)	23,6 ^a	15,5 ^c	77 ^b	116,1
^a Augmentation d'environ 10 MF des redevances par rapport à l'année 1999 : reversement pour l'accès E 115 passant de 15 % à 30 %				
^b Les variations par rapport à l'année 1999 s'expliquent par :				
- à partir de juillet 2000, mise à disposition de la base annuaire au profit de la société Pages Jaunes sur la base d'un prix annuel de cession de 35 MF (diminution des recettes du Gestionnaire de fichier par rapport à l'année 1999 où la vente de la base à France Télécom s'élevait à 65 MF)				
- mise à disposition de la base à la société Iliad : 22 MF				
- mise à disposition de la base à la société Scoot : 4 MF pour une période de 6 mois en 2000				
^c La variation par rapport à l'année 1999 s'explique par l'intégration des activités Téladresse dans la société Médiatel et le fait que les activités de mise à disposition de fichiers marketing direct ne sont plus intégrées dans les comptes du Gestionnaire de fichier				

Sur la base de ces éléments, le compte de résultats pour l'année 2000 du Gestionnaire de fichier, tel qu'établi par France Télécom, fait apparaître un déficit d'exploitation du même ordre de grandeur que celui de 1999.

b) La fourniture de données en ligne via la société Intelmatique

La société Intelmatique est une filiale à 100 % de France Télécom par l'intermédiaire de Cogecom, holding financière. La direction des services annuaire (ci-après «DSA») de la société Intelmatique a en charge l'activité de consultation en ligne de l'annuaire France Télécom et des annuaires étrangers.

La comptabilité analytique de la société Intelmatique présente une répartition des produits et des charges pour chaque direction opérationnelle dont la DSA. Toutefois, une telle répartition des charges n'existe pas pour la seule activité de consultation de la base annuaire de France télécom. Certaines charges sont communes entre l'activité de consultation de l'annuaire France Télécom et celle des annuaires étrangers.

Les éléments de comptabilité analytique transmis par France Télécom concernant l'activité de la DSA font apparaître les résultats ci-après. La société Intelmatique a séparé les charges directes, qui, elles, sont affectables directement à l'une ou à l'autre des activités de consultation (notamment l'achat des données France Télécom, le trafic international, l'achat des données étrangères, le trafic national), des autres charges d'exploitation.

Activité DSA

	Coûts directs	Autres charges d'exploitation	Frais généraux	Promotion	Charges totales	Produits	Marge
1999 (constaté)	30,1	13,7	10,9	5,7	60,4	100,3	39,8
2000 (prévisionnel)	39,1 ^a	20,0	10,9 ^b	5,7	75,7	106	30,3

^a Les redevances de mise à disposition de la base annuaire versées par Intelmatique à France Télécom sont un paramètre non négligeable dans l'examen du compte d'exploitation de Intelmatique. France Télécom indique pour l'année 2000 une augmentation d'environ 10 MF des redevances par rapport à l'année 1999 : reversement pour l'accès E 115 passant de 15 % à 30 %. L'achat des données passe donc de 13,5 MF à 23 MF.

^b Frais généraux supposés constants

Pour établir un compte d'exploitation de la seule activité de consultation de la base annuaire de France Télécom, la société Intelmatique retient une clé de répartition au prorata du volume de consultation de chacun des annuaires, soit 88,8 % pour la base France Télécom et 11,2 % pour les annuaires étrangers. Cette clé de répartition est appliquée à la catégorie «*autres charges d'exploitation*». La colonne produit indique les recettes dégagées sur la seule activité de consultation en ligne de l'annuaire France Télécom.

Activité annuaire France Télécom de la DSA après clé répartition

	Coûts directs	Autres charges d'exploitation	Frais généraux	Promotion	Charges totales	Produits	Marge
1999 (constaté)	15,8	12,1	9,6	0	37,7	69,5 ^a	31,9
2000 (prévisionnel)	25 ^b	17,6 ^c	9,6 ^d	0	52,2	74,2	22

^a Se décompose en :

- Accès E 115 / opérateurs étrangers : 12,8
- Accès E 115 / opérateurs français : 51,6
- Accès 3614 AE : 5,1

^b Estimation du rapporteur faite en ajoutant au montant 1999 l'augmentation du coût de la base annuaire

^c Estimation du rapporteur établie en corrigeant le prévisionnel 2000 DSA consolidé d'un même coefficient que le constaté 1999 DSA consolidé

^d Frais généraux supposés constants

Après application de la clé de répartition, le bénéfice pour l'exercice 1999 s'établit à 31,9 MF soit 46 % du chiffre d'affaires qui s'élève à 70 MF. Pour l'année 2000, la hausse de la redevance fait baisser d'autant le bénéfice de la société Intelmatique. La marge d'exploitation prévisionnelle pour l'année 2000 s'établit alors à 22 MF soit 30 % du chiffre d'affaires qui s'élève à 74 MF.

c) Les activités d'édition annuaire

Les activités :

La société Pages Jaunes emploie 3 000 personnes, dont 2 000 à la direction commerciale. Elle est titulaire, notamment, des marques «*Pages*

Jaunes» et «Pages Blanches». France Télécom a transféré, à la société Pages Jaunes, l'activité d'édition de l'annuaire sauf pour les pages blanches. Actuellement, Pages Jaunes a en charge la vente des espaces publicitaires et l'édition des pages jaunes papier, des pages jaunes sur internet, des pages jaunes sur minitel, les pages jaunes tourisme et les pages pro. Pour les pages blanches, à la différence des pages jaunes, France Télécom demeure l'éditeur de cet annuaire papier et minitel. Cependant, France Télécom a délégué à Pages Jaunes un certain nombre de tâches : «France Télécom et Pages Jaunes ont signé un contrat par lequel Pages Jaunes est chargée de la seule réalisation de ces annuaire (achat de papier, création des pages, impression, distribution)».

Les données comptables :

En 1999, Pages Jaunes (qui s'appelait ODA à ce moment) a réalisé un chiffre d'affaires de 4 342 milliards de francs. Environ 98 % du chiffre d'affaires de Pages Jaunes est issu de la vente d'espaces publicitaires.

En 1999, la répartition des charges est la suivante :

Redevance due à France Télécom	Masse salariale y compris charges sociales	Autres charges (frais immobilier, informatique, frais de fonctionnement...)
2/3	22 %	8 %

Le bénéfice est de 3 % avant impôt.

Pour l'année 2000, le transfert des activités d'édition de l'annuaire (sauf pour les pages blanches) de France Télécom à Pages Jaunes a deux conséquences principales :

- Pages Jaunes ne reverse plus à France Télécom 2/3 de son chiffre d'affaire ; en revanche, France Télécom facture à Pages Jaunes la mise à disposition de ces données ;
- Pages Jaunes supporte les charges liées aux coûts éditoriaux (notamment papier, impression, distribution).

La répartition des charges pour l'année 2000 est la suivante (données prévisionnelles globales) :

Masse salariale	Papier	Impression	Distribution	Dépenses extérieures	Frais de structure
24 %	9 %	9 %	9 %	13 %	13 %

Par ailleurs, considérant que le prix de cession de la base annuaire est égal à 34 MF, et avec un chiffre d'affaires équivalent à celui de 1999, le poste achat de la base annuaire représente environ 1 % du chiffre d'affaires.

Le bénéfice prévisionnel est de 20 % avant impôt, soit environ 850 MF. On constate donc un fort excédent d'exploitation de la société Pages Jaunes, en matière d'annuaires. Dans sa décision n° 96-D-10 en date du 20 février 1996 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom et l'ODA, le Conseil de la concurrence cite les propos d'un représentant du service

national des annuaires (voir § I B1 de ladite décision) : *«l'activité des annuaires représente une part relativement faible dans l'activité de France Télécom. En revanche, c'est la troisième source la plus importante en matière de marge de la société».*

d) Les activités de renseignement

Les activités :

En ce qui concerne le service de renseignements téléphoniques (le «12»), l'activité reste intégrée au sein de la société France Télécom. Le pôle service par opérateur qui comprend 9 personnes définit la stratégie pour les activités de service de renseignements et consolide les résultats économiques de ces activités. Il assure la tutelle fonctionnelle des 93 centres de renseignement regroupant 5 500 personnes.

Il y a lieu de noter les quelques données suivantes :

- Nombre d'appels «12» : 257 millions en 1999, 235/240 millions en 2000 (prévisionnel) ;
- Nombre moyen de renseignements par appel : 1,08 ;
- Tarification : 4,46 F TTC par appel pour 2 renseignements maximum, suite à une modification tarifaire intervenue en 1998 (avant 1998, 3,71 F TTC pour 3 renseignements maximum).

Les données comptables :

Le pôle service par opérateur a en charge la consolidation financière de ces activités. La comptabilité analytique de France Télécom permet d'en reconstituer le compte d'exploitation. Mais il n'y a pas de séparation comptable au niveau du bilan avec le Gestionnaire de fichier.

En 1999, le chiffre d'affaires pour l'activité de renseignements était de 1,072 milliards de F. Les charges se sont élevées à 1,984 milliard de F, dont 75 % de charges de personnels. L'activité est donc largement déficitaire : 886 MF de perte soit 85 % du chiffre d'affaires. Si on se réfère aux comptes d'exploitation prévisionnels de 1999 à 2003, on constate une amélioration importante de la situation financière due, notamment, à une baisse des charges de personnels. L'activité reste toutefois déficitaire. Le déficit prévisionnel pour l'année 2000 s'établit à 595 MF. Dans son avis n° 98-1055, en date du 23 décembre 1998, sur des décisions tarifaires relatives à cette activité, l'Autorité de régulation des télécommunications, s'agissant de la situation des activités de renseignement de France Télécom, relève : *«A pris note des éléments de compte prévisionnel du service de renseignements mis en avant par France Télécom ; considère que les mesures proposées conduisent certes à rapprocher les tarifs des coûts de ce service mis en avant par France Télécom, mais que d'une part, ces coûts ne correspondent pas nécessairement à ceux d'un opérateur efficace proposant ce service, et que d'autre part, l'économie du service de renseignements de France Télécom ne saurait être analysée sans tenir compte des recettes dégagées du fait des appels induits par les demandes de renseignements ; considère que ces recettes seront augmentées du fait de la généralisation de la mise en relation après demande de renseignements».*

Pour l'estimation des recettes nettes résultant du trafic induit par le service de renseignement, l'ART estime que l'hypothèse d'un appel téléphonique après chaque consultation est raisonnable. Avec une hypothèse de 240 millions d'appel pour l'année 2000, et une marge nette par appel de 0,5 F (durée moyenne de 3 minutes), le montant des recettes résultant du trafic induit par le service de renseignement s'élève à 120 MF et ne suffit pas à compenser le déficit de cette activité. L'ART conclut *«que la hausse du tarif d'accès au service de renseignements depuis un poste d'abonné rapproche les tarifs des coûts de ce service mais que ces coûts devraient baisser dans l'avenir, en raison des gains de productivité qu'un opérateur efficace pourra réaliser sur ce service»*.

e) Les activités de marketing direct

Les activités :

Les activités de vente de fichiers à des fins de marketing direct sont exercées librement comme toute activité commerciale en concurrence, sous réserve du respect des droits des abonnés de figurer ou de ne pas figurer sur ces listes. L'activité cession de données pour le marketing direct, auparavant dénommée «*Téladresses*» et exercée par la société France Télécom, a été reprise par Médiatel, société anonyme créée en mars 1999 et détenue à 100 % par la société Pages Jaunes, France Télécom *«ne souhaitant pas disposer d'une structure de commercialisation des données annuaire à des fins de marketing direct»*. La société Médiatel a également en charge l'activité de commercialisation du fichier puisque c'est elle, et non pas le Gestionnaire de fichier, qui propose la nouvelle licence de rediffusion aux professionnels du marketing direct. Cette offre a été rendue disponible pour se mettre en conformité avec la décision du Conseil de la concurrence, puis l'arrêt de la cour d'appel de Paris. Son principe est similaire au statut de rediffuseur de données publiques accordé par l'INSEE, notamment pour la commercialisation des données issues du répertoire SIRENE.

L'entreprise emploie environ 40 personnes. Le fichier annuaire commercialisé par Médiatel, comprend 19 millions d'adresses de particuliers et 3,2 millions d'adresses de professionnels. Ce fichier est issu de la base annuaire de France Télécom qui subit quelques traitements (suppression des inscrits en liste rouge, orange et safran, déduplication des adresses doubles). Le document intitulé «*Tarifs Médiatel 2000*» récapitule l'ensemble des prestations offertes, à savoir :

- prestation de location et de cession de son fichier avec mise à jour mensuelle et selon 3 types de ciblage (adresse de base, adresse ciblée qui comprend des critères géographique et professionnels, et adresse qualifiée) ;
- cession des modifications de la base annuaire, résiliations, nouveaux abonnés ;
- prestations en ligne avec e-marketis ;
- opérations de déduplication (consiste à rapprocher plusieurs fichiers afin d'extraire les doubles inscriptions) ;
- validation des n° de téléphone et fax ;
- enrichissement à partir de l'adresse.

Ces prestations font l'objet d'un contrat stipulant le droit d'usage consenti par MédiateL au bénéficiaire. Ainsi, la location ou la cession ne donne-t-elle pas le droit au bénéficiaire de rediffuser les données reçues. Par ailleurs, la société MédiateL a signé un contrat avec France Télécom, par lequel elle est mandatée par cette dernière pour utiliser et rediffuser la base annuaire à des fins de marketing direct exclusivement.

Les données comptables

MédiateL a réalisé en 1999 un chiffre d'affaires de 42 MF (9 mois d'activité). En 2000, le chiffre d'affaires prévisionnel s'élève à 57 MF. MédiateL verse à France Télécom 3,5 millions de francs pour la licence annuelle d'utilisation, plus 9 centimes de redevance par adresse rediffusée (5 centimes au delà de 80 millions d'adresses rediffusées). Sur la base des éléments transmis par MédiateL et de l'application d'une clé de répartition pour séparer les activités proprement dites de mise à disposition de fichier et celles consistant en des études destinées principalement à mieux cibler les campagnes de prospection, on constate que l'activité de mise à disposition des données fait apparaître pour 1999 une marge d'exploitation de 7,4 MF pour un chiffre d'affaires de 35 MF.

2. - Relations financières entre les entités

Pour les entités distinctes sur le plan juridique, les relations financières sont définies par des conventions.

a) Les relations entre le Gestionnaire de fichier et la société Intelmatique

La société Intelmatique propose deux types d'accès en ligne à la base annuaire :

- l'accès via la plate-forme normalisée E 115. Cette plate-forme joue le rôle d'interface unique avec les autres pays européens. Cet accès, créé initialement pour l'international, est aujourd'hui utilisé par les opérateurs mobiles français dans les mêmes conditions ;
- l'accès 36 14 AE, en voie d'extinction, destiné aux opérateurs mobiles et leur permettant de faire du renseignement à l'époque où ceux-ci n'étaient pas normalisés en E 115.

A ces deux types d'accès correspondent deux conventions passées par la société Intelmatique avec la division multimédia, précisant les redevances versées à France Télécom :

- convention pour la mise en place d'un service d'accès international aux bases de données annuaires par le protocole E 115 ; selon ce contrat, la société Intelmatique doit verser une redevance annuelle s'élevant à 15 % du chiffre d'affaires de l'activité de consultation ;
- convention pour l'accès à la base annuaire pour le droit d'usage auprès des opérateurs mobiles par l'accès 36 14 AE ; selon ce contrat, le montant de la redevance annuelle s'élève à 75 % du chiffre d'affaires de l'activité de consultation.

Lors de leur audition, les représentants d'Intelmatique, ont déclaré, à propos du contrat pour l'accès E 115 : «*A l'heure actuelle, ce contrat est en cours de révision dans la mesure où les investissements d'Intelmatique pour sa plateforme ont largement diminué. La redevance devrait s'élever à 30 % désormais*». Selon une note remise par la société Intelmatique à l'enquêteur, le pourcentage de reversement est passé de 15 à 30 % au 1^{er} janvier 2000.

b) Les relations entre le Gestionnaire de fichier et Médiateur

Les relations entre France Télécom et Médiateur sont définies dans un contrat de mandat par lequel France Télécom met à disposition de Médiateur la base annuaire et lui confie «*à titre exclusif la charge de commercialiser pour son compte la base de données annuaire auprès de tout client..., à des fins exclusives de marketing direct*», le terme clients étant entendu de la manière suivante : «*les utilisateurs ainsi que les rediffuseurs de données annuaire, courtiers ou autre intermédiaires auprès desquels Médiateur, en application du présent mandat, commercialise les données annuaire*».

La cession de la base annuaire est consentie pour 3,5 millions de francs pour le prix d'accès à la base (PAB), plus une redevance par adresse et utilisation (PUD) de 9 centimes en dessous de 80 millions d'adresses et 4,5 centimes au-delà, l'utilisation consistant en une rediffusion, dans le cadre d'une location ou cession. Ce contrat de mandat stipule également : «*En rémunération des obligations mises à sa charge par le présent contrat, Médiateur percevra une commission de 10 % sur PAB et une commission de 17 % sur PUD*».

Outre ce contrat de mandat, on doit signaler l'existence d'un contrat de prestation de services par lequel le Service national des annuaires téléphonique (le SNAT), rattaché à la division multimédia de France Télécom, réalise, pour le compte de Médiateur, des prestations de traitement sur la base de données de Médiateur. Le montant de la facture est de l'ordre de 5 MF par an.

c) Les relations entre le Gestionnaire de fichier et le pôle service par opérateur

Les représentants du pôle service par opérateur, entité en charge, au sein de France Télécom, du service de renseignement téléphonique «*le 12*», déclarent ne pas avoir de contact formalisé par écrit avec la division multimédia de France Télécom, mais une convention non écrite «*par laquelle nous étions tenus de reverser à la division multimédia une redevance pour l'utilisation de la base de données en fonction du nombre de consultations*». En ce qui concerne le montant de cette redevance versée à la division multimédia pour l'accès à la base annuaire, ils déclarent ensuite : «*La division multimédia vendait à France Télécom sa base de données pour 34,3 millions de francs en 1999 et France Télécom répartissait cette charge entre les utilisateurs de cette base : le «12» et la division de l'annuaire pour les annuaires papier et en ligne. La clé de répartition était pour le 12 le nombre de consultation de la base et, pour les annuaires, l'audience.*»

d) Les relations entre le Gestionnaire de fichier et Pages Jaunes éditeur d'annuaires

France Télécom a apporté, en juin 2000, à ODA l'ensemble de ses activités d'édition d'annuaire à l'exception de celles concernant les Pages Blanches et

annuaire électronique. *«Le transfert des locaux, des outils, et de l'ensemble des actifs a été officiellement réalisé par un traité d'apport signé par France Télécom SA, validé par les Commissaires aux Apports nommés par le Président du Tribunal de commerce de Paris, et par la résolution votée par l'assemblée générale extraordinaire d'ODA».* Cette dernière a aussi voté le changement de raison sociale : la société prend le nom de Pages Jaunes.

La période antérieure à juin 2000

Avant le transfert des activités d'édition de France Télécom à Pages Jaunes, le SNAT avait en charge non seulement la gestion de la base annuaire mais également l'édition des annuaires, même si France Télécom a délégué à l'ODA un certain nombre d'activités éditoriales. Les relations entre France Télécom et l'ODA étaient définies par une convention de régie et convention d'édition déléguée.

Aux termes de la convention de régie (extrait de la décision n°94-D-21 du 22 mars 1994 du Conseil de la concurrence) : *«La régie exclusive de la publicité a été confiée à l'ODA dans une convention en date du 4 février 1946 signée par l'Agence Havas et le ministre chargé de l'administration des P. et T.. Une convention du 30/06/67 a défini, sur de nouvelles bases, les relations entre les parties qui ont, depuis lors, évolué au gré de différents avenants. Le dernier en application, au moment des faits, daté du 18/09/90, attribuait une rémunération «pour ses intermédiaires et pour ses peines et soins» de 32 % au régisseur exclusif sur le montant hors taxe de l'espace publicitaire facturé au cours de l'édition précédente et de 43,5 % sur l'écart entre le montant hors taxe de l'espace publicitaire facturé pour l'édition concernée et le montant correspondant de l'édition précédente.»*

Aux termes de la convention d'édition déléguée, France Télécom confie à ODA la responsabilité d'éditeur délégué, et le charge *«d'exercer, pour son compte, des activités, à caractère éditorial, complémentaires et indispensables à celles de la régie publicitaires des annuaires de France télécom»*. Il s'agit notamment des activités de conception, fabrication et distribution des annuaires.

La période postérieure à juin 2000

Le transfert des activités d'édition de France Télécom à Pages Jaunes acte, juridiquement la séparation entre les activités de gestionnaire de fichier et les activités d'éditeur d'annuaires autres que les pages blanches. La société Pages Jaunes devient éditeur et régisseur publicitaire. Elle conserve l'ensemble des bénéfices de ces activités. Pages Jaunes signe avec France Télécom un contrat de mise à disposition des données annuaire aux fins d'annuaires et/ou de services de renseignement. Pages Jaunes (anciennement ODA) ne reverse plus à France Télécom, sauf pour les pages blanches, la redevance éditoriale diminuée des coûts éditoriaux telle que prévue dans la convention d'édition déléguée du 25 mai 1999.

Pour les Pages Blanches, en revanche, France Télécom ne fait que déléguer les activités d'édition à Pages Jaunes qui est aussi régisseur publicitaire. Ainsi pour cette activité, les relations entre France Télécom et Pages Jaunes continuent à être définies par une convention de régie et une convention d'édition déléguée.

■ D - L'avis de l'ART sur la saisine de la société Sonera

En application des dispositions des dispositions de l'article L. 36-10 de la loi n° 96-659 du 29 juillet 1996 de réglementation des télécommunications, l'Autorité de régulation des télécommunications a transmis au Conseil de la concurrence, le 15 novembre 2000, son avis sur la saisine de la société Sonera en procédure de respect d'injonction. Elle estime que :

«*compte tenu :*

- *de l'activité de renseignements téléphoniques que la société Sonera envisage d'exercer en France ;*
- *de la situation du marché de cession des listes d'abonnés au service téléphonique, qui n'a pas évolué depuis 1999, tant sur le plan réglementaire qu'économique ;*
- *du caractère très général de l'injonction faite à France Télécom par la cour d'appel de Paris...*
- *des éléments conduisant l'Autorité à penser que France Télécom n'a pas modifié son comportement relatif à son activité de cession de fichier, ni en terme de prix ni en terme de complément des offres ;*

Les conditions de cession des listes d'abonnés de France Télécom, définies par le Conseil de la concurrence puis par la cour d'appel, et auxquelles la société Sonera peut prétendre, ne sont pas respectées.»

■ E. - Les griefs notifiés

Le rapporteur a estimé que France Télécom n'avait pas respecté les injonctions formulées à son encontre par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999, sur les points suivants :

1. les prix de consultation de la base annuaire via les services offerts par la société Intelmatique ne sont pas orientés vers les coûts ;
2. les prix de cession des données annuaire (indiqués en ligne L.12 du catalogue de prix de l'opérateur public) pour les utilisateurs souhaitant exercer un service de renseignement mais ne souhaitant pas exercer une activité d'édition d'annuaires imprimés sont discriminatoires par rapport à ceux pratiqués au sein du groupe France Télécom ;
3. les prix de cession des données annuaire (indiqués en ligne L.12 du catalogue de prix de l'opérateur public) ne sont pas objectifs car ils ne traduisent pas une répartition objective des charges du gestionnaire de fichier entre les différents utilisateurs et reposent en particulier sur une contribution sous-évaluée de la société Pages Jaunes à ces charges.

Le rapporteur n'a pas notifié de grief au sujet de l'orientation des tarifs vers les coûts de l'activité de gestionnaire de fichier. Il a néanmoins estimé «*que le montant des charges retenues par le Gestionnaire de fichier [199 MF pour l'année 1999], notamment les coûts de collecte s'élevant à 155 MF, est très probablement surdimensionné*». Le rapporteur indique que le compte de résultat du Gestionnaire de fichier établi par la division multimédia de

France Télécom fait apparaître un chiffre d'affaires pour la mise à disposition des données issues de l'annuaire de 106,9 millions de francs pour l'année 1999. Il souligne que compte tenu du montant prétendu de charges de collecte et de gestion de la base annuaire de 199 MF, France Télécom avance un déficit de l'ordre de 90 MF sur son activité de Gestionnaire de fichier pour l'année 1999. Le rapporteur estime que les coûts évalués par France Télécom sont surdimensionnés, mais, compte tenu du niveau des recettes significativement inférieures à ces charges, il ne conclut pas dans son rapport à une remise en cause de l'équilibre global entre les recettes dégagées et les coûts supportés, considérant que l'approche critique des coûts de France Télécom devrait être davantage approfondie pour pouvoir mettre en évidence un défaut d'orientation vers les coûts et nécessiterait, pour cela, des éléments beaucoup plus détaillés de la part de France Télécom.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil

368

Considérant que la compétence du Conseil de la concurrence prévue à l'article L. 464-3 du code de commerce porte sur le respect des injonctions qu'il a lui-même prononcées mais peut également, en cas de réformation de sa décision par la cour d'appel de Paris, porter sur le respect des injonctions prononcées par la Cour ;

Considérant qu'il ressort d'une jurisprudence constante, d'une part, que les injonctions formulées en application de l'article L. 464-1 du code de commerce sont d'interprétation stricte et doivent être formulées en termes clairs, précis et exempts d'incertitude quant à leur exécution (voir, notamment, les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris le 29 mars 1996 sur recours contre la décision n° 95-D-47, et le 10 septembre 1996 sur recours contre la décision n° 95-D-82) et, d'autre part, que le Conseil de la concurrence ne peut, dans le cadre de la procédure prévue à l'article L. 464-3 du code de commerce, sanctionner d'autres pratiques que celles qui résultent du défaut de respect d'injonction (voir les arrêts rendus par la cour d'appel de Paris le 19 novembre 1992 sur recours contre la décision du Conseil n° 92-D-95, et le 26 avril 1994 sur recours contre la décision n° 93-D-26) ;

Considérant que l'examen du respect des injonctions, citées à la page 2 de la présente décision et formulées à l'encontre de France Télécom par la cour d'appel de Paris requiert l'analyse des points suivants :

- en premier lieu, le champ de l'injonction et sa durée d'application dans le temps (§ A) ;
- en deuxième lieu, les incidences des éventuels droits de propriété intellectuelle (§ B) ;
- en troisième lieu, le respect de l'obligation de fourniture, à ceux qui en font la demande, des prestations de cession de la base de données

- annuaire et de mise en conformité avec la liste orange (§ C) ;
- en quatrième lieu, l'examen de la transparence des tarifs (§ D) ;
- en cinquième lieu, l'examen du périmètre et du montant des coûts encourus par France Télécom pour permettre d'offrir un accès à la base annuaire et de l'orientation de ces tarifs vers les coûts (§ E) ;
- en sixième lieu, l'examen du caractère non discriminatoires des tarifs pour la fourniture de ces prestations entre les services de France Télécom et ses concurrents (§ F) ;
- en septième lieu, l'examen particulier de l'orientation vers les coûts des tarifs de consultation en ligne de l'annuaire proposés par Intelmatique aux professionnels (§ G) ;

Considérant que le rapporteur, en ce qui concerne le troisième grief relatif au caractère non objectif des prix de cession des données annuaire, a examiné la répartition, entre les différents utilisateurs de l'annuaire, des charges du Gestionnaire de fichier alléguées par France Télécom ; que sur la base d'une comparaison, pour les diverses activités d'exploitation des données annuaires, des rapports existant entre le coût d'accès à la base et les volumes réalisés ou les valeurs engendrées par ces activités, il a considéré qu'il existait des écarts disproportionnés entre, d'une part, les redevances relativement faibles reversées par la société Pages Jaunes et, d'autre part, les redevances plus importantes reversées par d'autres utilisateurs de ces données ; que cette répartition disproportionnée, couplée avec un effet d'éviction des concurrents de France Télécom sur l'activité de renseignement dû au niveau des tarifs, constituait, selon le rapporteur, un défaut de respect de l'exigence d'objectivité requise par la cour d'appel ;

Mais considérant qu'en l'absence d'autres précisions dans l'arrêt de la Cour en date du 29 juin 1999 sur le contenu des «*conditions objectives*» imposées à France Télécom pour les propositions de prestations visées dans l'injonction, il n'est ni clair ni certain, au regard du principe d'interprétation stricte qui prévaut en la matière, que les constatations précédentes doivent s'analyser comme un non-respect d'injonction au sens de l'article L. 464-3 du code de commerce ;

Considérant que les parties plaignantes soutiennent que les termes de l'injonction, en ce qu'ils précisent que France Télécom doit fournir la liste d'abonnés «*dans des conditions identiques*» à toute personne en faisant la demande, imposaient à France Télécom de pratiquer des tarifs d'accès identiques quelle que soit l'activité aval du destinataire (hormis les différences qui peuvent exister dans le coût des moyens technique de mise à disposition de la base annuaire, faibles en tout état de cause) ;

Mais considérant que par l'expression «*fournir, dans des conditions identiques*» (formulation similaire à celle de l'ancien article L. 35-4 du code des postes et télécommunications), la cour d'appel a entendu seulement que les conditions d'accès à la base annuaire soient les mêmes tant pour France Télécom et ses filiales que pour ses concurrents ; qu'il est, par exemple, exclu que les filiales de France Télécom bénéficient d'un accès privilégié aux différents fichiers tenus dans ses agences commerciales ; qu'ainsi, l'argumentation des parties plaignantes selon laquelle les termes de l'injonction imposent à France Télécom de pratiquer des tarifs de fourniture uniformes, est infondée ; que l'exigence formulée par la cour d'appel se ramène, en réalité, à la non discrimination (§ F) ;

■ A. - Le champ de l'injonction et sa durée d'application dans le temps

Sur le champ de l'injonction

Considérant que les termes de l'injonction de la cour d'appel de Paris («à toute personne qui lui en fait la demande») concernent tout opérateur faisant la demande d'accéder à la liste des abonnés au téléphone, et ce quel que soit le marché sur lequel cet opérateur est susceptible d'agir (marketing direct, édition d'annuaires imprimés, services de renseignement téléphonique, mise en ligne de services d'annuaire ou renseignements) ; que la portée de l'injonction formulée par la cour d'appel n'est donc pas limitée aux conditions d'accès à la liste des abonnés au téléphone à des fins exclusives de constitution de fichiers de prospection, activité qui était pratiquée par l'auteur de la plainte ayant abouti à l'arrêt de la cour d'appel ; que, par conséquent, les sociétés Sonera France et Scoot France, entreprises souhaitant exercer une activité de service de renseignement et d'annuaire à partir de la liste des abonnés au téléphone, entrent dans le champ des bénéficiaires de l'injonction ; qu'elles ont, donc, un intérêt à agir devant le Conseil ; que leurs saisines sont recevables ;

370

Sur la durée d'application de l'injonction dans le temps

Considérant que les injonctions formulées par la cour d'appel de Paris s'appliquent «jusqu'à la mise en service de l'organisme prévu à l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications, chargé de tenir à jour la liste de l'annuaire universel» ; que cet organisme n'a pas été créé ; que l'ordonnance en date du 25 juillet 2001, portant diverses transpositions d'harmonisation communautaire, a modifié le contenu de l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunication et abandonné la création de l'organisme initialement envisagé ; que la validité de l'injonction prononcée ne peut s'étendre au-delà de la date d'entrée en vigueur de ladite ordonnance, elle-même subordonnée à la publication d'un décret en Conseil d'Etat pris après avis de la commission supérieure du service public des postes et télécommunications, non encore publié à ce jour ; que toutefois, les faits invoqués par les parties saisissantes sont antérieurs à cette date et, par conséquent, relatifs à une période au cours de laquelle l'injonction n'était pas frappée de caducité ;

■ B. - Les incidences des éventuels droits de propriété intellectuelle

Considérant que les injonctions formulées par la cour d'appel de Paris ont aux termes de cette décision, été arrêtées «sans qu'il soit besoin de prendre parti sur le bien-fondé de la prétention à la titularité de droits de propriété intellectuelle émise par France Télécom» ;

Considérant, d'une part, que les dispositions des articles L. 341-1 et suivants du code de la propriété intellectuelle, issues de la loi du 1^{er} juillet 1998 qui a

transposé la directive communautaire concernant la protection juridique des bases de données (directive n° 96/9/CE du 11 mars 1996), ne sauraient faire obstacle à l'application d'une mesure d'orientation vers les coûts prononcée par une autorité de concurrence ; qu'aux termes du considérant 47 de cette directive : *«dans le but de favoriser la concurrence entre les fournisseurs de produits et de services dans le secteurs du marché de l'information, la protection par le droit sui generis ne doit pas s'exercer de manière à faciliter les abus de position dominante, notamment en ce qui concerne la création et la diffusion de nouveaux produits et services présentant une valeur ajoutée d'ordre intellectuel, documentaire, technique, économique ou commercial ; que, dès lors, les dispositions de la présente directive sont sans préjudice de l'application des règles de la concurrence, qu'elles soient communautaires ou nationales»* ;

Considérant, d'autre part, que, comme l'indique le considérant 40 de cette directive, *«l'objectif du droit sui generis est d'assurer la protection d'un investissement»* ; qu'à supposer que la base annuaire suppose un investissement financier, matériel et humain substantiel de sorte à être éligible à la protection accordée aux bases de données par le code de la propriété intellectuelle, l'exercice de ce droit sui generis ne fait pas obstacle à l'application du droit de la concurrence ni à l'application d'une mesure d'orientation vers les coûts prononcée par une autorité de concurrence ;

■ C. - L'obligation de fourniture

Considérant qu'il convient de vérifier si France Télécom s'est conformée à l'obligation de fourniture *«à toute personne qui lui en fait la demande»*, c'est-à-dire à tout opérateur exerçant une activité d'exploitation de l'annuaire quelle qu'elle soit, mise à sa charge par l'arrêt du 29 juin 1999 ;

La mise en conformité avec la liste orange

Considérant que les prestations de topage sont maintenant réalisées par la société Médiatel ; que ces prestations sont facturées à un tarif similaire à celui facturé pour les prestations de mise en conformité avec la liste safran et indiqué dans le catalogue de France Télécom ; que sur ce point, France Télécom s'est conformée aux injonctions de la cour d'appel ;

La cession de la base annuaire à usage de marketing direct

Considérant que les prestations de fourniture pour usage de marketing direct sont à présent réalisées par la société Médiatel ; que les prix de ces prestations sont définis dans le document *«tarifs et barèmes»* de la société ; que la société Médiatel propose également aux professionnels du marketing direct souhaitant exercer une activité de rediffusion de la base annuaire une offre de mise à disposition de l'intégralité de son fichier avec mise à jour mensuelle qui comprend une partie fixe (3,5 MF) et une partie variable fonction de la quantité d'adresses rediffusées (9 centimes par adresse rediffusée avec une remise de 50 % au delà de 80 millions d'adresses) ;

Considérant que cette licence de rediffusion offre dorénavant aux professionnels du marketing direct la possibilité de commercialiser la base annuaire ou d'enrichir leur propre fichier à des fins de rediffusion, alors que cette faculté leur était interdite par les contrats de cession donnant uniquement à leur bénéficiaire un droit d'usage final ; que s'agissant des obligations de fourniture de la base annuaire pour le marketing direct, les injonctions prononcées à l'égard de France Télécom ont été respectées ;

La cession de données annuaire à usage de renseignement

Considérant, compte tenu de l'organisation des activités d'annuaires de France Télécom, que deux entités sont susceptibles de répondre à une demande de données de la part d'un opérateur souhaitant mettre en place un service de renseignement : la division multimédia pour la mise à disposition de la base annuaire, et la société Intelmatique pour la consultation en ligne des données annuaire ; que ces deux offres diffèrent, en premier lieu, en ce que l'offre Intelmatique est plus avantageuses pour un volume de données relativement faible alors que l'offre de la division multimédia, étant forfaitaire, est indépendante du volume de l'activité en aval ; qu'en second lieu, la mise à disposition de la base annuaire par la division multimédia permet à un opérateur d'apporter un service à valeur ajoutée, alors que la consultation en ligne via l'offre Intelmatique est peu compatible avec ce type de service ; qu'en effet, l'offre Intelmatique est inadaptée pour un service d'*«annuaire intelligent»* tel que celui de la société Scoot France, comme en témoignent les propos tenus par M. Broncard, représentant de la société Cegetel, lors d'une réunion avec France Télécom le 22 juillet 1999, qui constate qu'il est *«impossible d'ajouter sa propre valeur ajoutée»* ;

Considérant que l'offre de la division Intelmatique répond initialement à une demande d'accès en ligne à la base annuaire depuis l'étranger pour les renseignements étrangers ; qu'elle est disponible depuis 1994 et que les premiers contrats sont apparus en 1998 ; que ce service de mise en ligne directe de la base annuaire existe également, pour les opérateurs français, dans les mêmes conditions tarifaires que celles prévues pour la demande internationale ; que trois contrats ont été conclus, notamment avec les opérateurs mobiles SFR et Bouygues Télécom ; que, faisant suite à la demande d'accès de Sonera France à la base annuaire en mai 1999, France Télécom indiquera, lors d'une réunion en août 1999, que le contrat de l'opérateur finlandais avec Intelmatique couvre également une utilisation en vue d'installer un service de renseignement sur le territoire français ; que, par conséquent, France Télécom, via la société Intelmatique, fournit effectivement une offre d'accès en ligne à la base annuaire à ceux qui en font la demande ;

Considérant que l'offre de la division multimédia pour la mise à disposition de l'annuaire a été élaborée courant 1999 par France Télécom ; que son prix est passé de 65 millions à 35 millions pour l'acquisition de la base complète avec mise à jour quotidienne ; qu'elle correspond à une offre commune à des fins de renseignement ou d'édition d'annuaire, répondant à la demande de nombreuses entreprises, notamment Cegetel, Sonera, Iliad (pour l'édition d'un annuaire inversé) puis Scoot ; que l'offre, dans son montant actuel, a été communiquée à la société Sonera dans un courrier du

1^{er} décembre 1999, soit 8 mois après la demande initiale de cette dernière ; que les délais ci-dessus constatés au cours de l'année 1999 pour l'élaboration de l'offre de la division multimédia qui comportait de nouveaux tarifs, ne sont pas de nature, à eux seuls, à caractériser un non-respect d'injonction ;

La cession de la base annuaire à usage d'édition d'annuaires imprimés

Considérant que les demandes d'accès à des extraits de la base de données France Télécom ont donné lieu à de nombreux contrats avec des éditeurs d'annuaires locaux, sur la base d'un prix par adresse de 1,27 F hors frais techniques ; que la mise à disposition des données annuaire à des fins d'édition est maintenant réalisée dans un cadre contractuel commun qui couvre les utilisations pour services d'annuaires et de renseignement ; que, sur ce point encore, France Télécom est en conformité avec l'obligation de fourniture ;

■ D. - La transparence des tarifs

La mise en conformité avec la liste orange

Considérant que les prix des prestations de mise en conformité avec la liste orange sont définis dans le document «*tarifs et barèmes*» de la société Médiatel ;

La cession de la base annuaire à usage de marketing direct

Considérant que les conditions de cette offre ont été communiquées par France Télécom en juin 1999 à l'ensemble des acteurs majeurs du marketing direct en France, dont la société Groupadress ; qu'elles sont maintenant mentionnées dans le catalogue de prix de l'opérateur public, en ligne L.13 ;

La cession de données annuaire à usage de renseignement et d'annuaires

Considérant que la commercialisation des données annuaire est assurée au sein du groupe France Télécom par deux entités distinctes, la division multimédia et la société Intelmatique ;

Considérant que le commissaire du Gouvernement estime que «*s'agissant d'une ressource unique, le principe d'une mise à disposition transparente et objective aurait pu conduire France Télécom à mettre en place un guichet unique proposant un catalogue de tarifs de cession de la liste des abonnés au téléphone*» et qu'*«en l'état, l'accès à la base d'abonnés est fourni dans des conditions peu transparentes, compte tenu de l'éclatement des moyens de commercialisation*» ;

Considérant que si du point de vue du demandeur d'accès à la base annuaire, cet état de fait est susceptible d'introduire la confusion, il résulte de choix d'organisation interne de France Télécom justifiés par l'existence de différentes formes de commercialisation ; que d'ailleurs un interlocuteur principal a été désigné par France Télécom comme point de contact pour les négociations

avec les opérateurs intéressés (la branche entreprise de France Télécom pour la société Sonera, la division multimédia de France Télécom pour la société Scoot) afin de faire la synthèse des offres possibles et de déterminer l'offre la mieux adaptée ; que l'offre de la division multimédia dans sa version actuelle fait l'objet d'une publication en ligne L.12 du catalogue des prix de l'opérateur public ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les offres de cession de données annuaire à usage de renseignement et d'annuaires répondent donc aux exigences de transparence ;

■ E. - Le périmètre et le montant des coûts encourus par France Télécom pour permettre d'offrir un accès à la base annuaire et l'orientation des tarifs vers les coûts pour l'accès à cette base

Considérant que la cour d'appel de Paris a enjoint à France Télécom de fournir, 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»*, *«à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande»* ;

374

Le principe que les coûts pertinents sont les coûts incrémentaux

Considérant qu'il est constant que France Télécom ne peut fonctionner, pour les besoins de son activité de service téléphonique, sans établir un fichier commercial de ses abonnés, dont l'annuaire n'est qu'un produit dérivé ;

Considérant que le coût technique d'établissement d'un tel produit est le coût incrémental selon la pratique constante de l'ART en semblable matière ; que le coût incrémental est celui de l'*«incrément»* c'est-à-dire des opérations supplémentaires nécessaires pour établir l'annuaire, le fichier commercial étant supposé réalisé, le tout selon la technologie la plus efficace et avec un juste calcul de la charge en capital aux coûts d'aujourd'hui (et non aux coûts historiques) ;

Considérant que le périmètre des *«opérations techniques nécessaires pour répondre à la demande»* visé par la cour d'appel de Paris ne doit comporter aucune opération déjà réalisée pour la constitution du fichier commercial, dans la mesure où ce fichier est de toute façon nécessaire pour la gestion des abonnés au service téléphonique ; qu'il convient de ne retenir que les coûts supplémentaires qui sont engendrés pour pouvoir fournir la liste consolidée des abonnés c'est à dire la base annuaire ; que les coûts fixes communs qui ne dépendent pas de la seule fourniture de la liste consolidée et qui seraient de toute manière supportés si France Télécom ne fournissait pas cette prestation, ne font pas partie de ces coûts incrémentaux ;

Considérant que France Télécom a répondu à l'obligation qui lui était faite de fournir *«la liste consolidée comportant, sous réserve des droits des personnes concernées, les informations contenues dans l'annuaire universel»*,

en proposant une offre de mise à disposition de sa base annuaire, dans les conditions examinées au paragraphe C ;

Considérant que les parties plaignantes soutiennent, en premier lieu, que l'injonction de la cour d'appel obligeait France Télécom à ne retenir que les coûts marginaux de mise à disposition supportés par France Télécom lors de la mise à disposition de sa base annuaire ; que les coûts devaient alors être limités aux seuls frais techniques qui sont engagés à chaque commande pour l'ouverture du dossier, la sélection des adresses et l'édition du fichier sur un support (disquette, CD-rom, bande magnétique), y compris l'amortissement du matériel informatique et logiciels nécessaires pour ces opérations ; que le coût de ces opérations devait alors être de 2 500 F par fourniture (frais techniques identifiés dans le catalogue de France Télécom, ligne L.122) ;

Mais considérant que les termes de l'injonction visent «... *les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à la demande*» et non les seuls frais techniques de fourniture ; que si la constitution de la base annuaire nécessite des opérations techniques supplémentaires par rapport à celles réalisées pour la constitution du fichier commercial, alors les termes de l'injonction autorisent France Télécom à prendre en compte le coût de ces opérations pour élaborer ses tarifs de cession de la base annuaire ;

Considérant que les parties plaignantes soutiennent, en second lieu, que les éventuels coûts fixes exposés pour la constitution de la base annuaire (qui doivent être limités aux coûts incrémentaux) n'ont pas à être pris en compte car ils sont amortis par les recettes tirées de l'annuaire universel ;

Mais considérant que les termes de l'injonction de la cour d'appel visent les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à la demande, et non les coûts nets de recettes ; que par conséquent le Conseil, pour examiner l'orientation des tarifs vers les coûts, doit, dans un premier temps, procéder à l'évaluation de ces coûts ;

L'évaluation des coûts incrémentaux

Le modèle de coût fourni par France Télécom

Considérant que par lettre du 14 mai 2001, le rapporteur a demandé à France Télécom de lui fournir «*toutes données comptables permettant de justifier l'orientation vers les coûts des tarifs de cession des données de l'annuaire*», précisant qu'«*il sera probablement nécessaire à ces fins de disposer d'éléments appropriés de comptabilité analytique*» ; que dans les éléments comptables transmis au rapporteur, France Télécom estime légitime de prendre en compte les coûts supportés en amont pour la collecte et la gestion de la base annuaire ;

Considérant que France Télécom a fourni les données comptables suivantes pour l'année 1999, sur la base d'un rapport d'audit de comptabilité analytique établi à la demande de France Télécom par le cabinet Price Waterhouse Coopers, en date du 8 octobre 1999, et mettant à jour des données établies en 1993 :

Coût collecte	273 MF
Coût gestion	67 MF
Coût total	340 MF
Coût opérations efficaces	70 % soit 238 MF
Coût retenu	199 MF

Considérant que les coûts de collecte ont été calculés à partir du temps que les agents de France Télécom répartis dans ses 600 agences consacrent à la mise à jour et à l'enregistrement des modifications sur la base annuaire ; que France Télécom indique que ces opérations sont très importantes en volume *«dans la mesure où environ un tiers de notre base subit des modifications chaque année»* et suppose au minimum 50 000 écritures par jour ; qu'une fois cette estimation opérée, les coûts de collecte ont été évalués à partir du coût global d'une opération commerciale extraite de la comptabilité analytique ;

Considérant que les coûts de gestion recouvrent les coûts informatiques de regroupement des données recueillies en agence et de maintenance de la base ;

Considérant que France Télécom précise que ces coûts de collecte et de gestion ne comprennent pas les coûts relatifs aux abonnés inscrits en liste rouge ;

Considérant que France Télécom indique appliquer un pourcentage de 70 % sur le montant total estimé ci-dessus afin de ne retenir que les opérations efficaces, c'est à dire celles qui donnent lieu à une modification de la base annuaire ; que selon France Télécom *«le coût de la base brute de données annuaire hors liste d'oppositions, hors rejets, hors coûts d'enrichissement de la base, s'élève pour l'exercice 1999 à 238 211 000 francs»* ; qu'elle ne retient que les modifications de la base qui donnent lieu à validation, et détermine donc un coût global de la base annuaire de 199 MF pour l'année 1999 ;

L'appréciation des éléments fournis par France Télécom

Considérant, en premier lieu, qu'il convient de s'interroger sur le niveau des coûts de collecte retenus par France Télécom ; qu'il importe de vérifier que ces coûts n'incorporent aucun coût d'opérations de collecte de données réalisées, par ailleurs, pour la constitution du fichier commercial ;

Considérant que France Télécom indique, au sujet de ces coûts *«qu'il ne s'agit que des coûts liés aux opérations de traitement de la base annuaire, à l'exclusion de tout autre, en particulier les coûts de traitement du fichier de gestion de la clientèle de France Télécom»* ;

Mais considérant que France Télécom n'apporte aucune justification qui permette au Conseil de vérifier cette affirmation ; que, par ailleurs, des doutes sérieux peuvent être émis compte tenu des observations formulées par France Télécom en réponse au rapport selon lesquelles elle *«persiste à considérer que des coûts communs devraient être répartis entre la base annuaire et la gestion commerciale de la clientèle selon des critères pertinents»* ;

Considérant, en deuxième lieu, que France Télécom affirme que *«les opérations et les coûts décaissés concernant son propre fichier de clientèle (fichier de facturation) sont totalement indépendants des opérations et des coûts liés au traitement de sa base annuaire»* afin de justifier que *«les temps mesurés (pour les inscriptions des abonnés sur la liste) correspondent à des tâches spécifiques à l'annuaire hors toutes celles concernant les listes rouges, et hors toutes celles concernant d'autres tâches, en particulier les tâches concernant le fichier client»* ; que s'il était établi dans les faits qu'en raison de la nature des opérations réalisées pour constituer la base annuaire, les coûts dont se prévaut France Télécom sont totalement indépendants des activités relatives à la gestion de son fichier clientèle, alors l'imputabilité de ces derniers à l'activité de cession de la base annuaire ne devrait pas être remise en cause ;

Mais considérant que l'indépendance totale entre les opérations liées au traitement de la base annuaire et celles liées au traitement du fichier commercial ne peut susciter que l'interrogation compte tenu des données communes à ces deux fichiers (noms, prénoms, adresses, numéros de téléphone, ...) qui constituent l'essentiel de leur contenu ; que France Télécom se contente d'affirmer : *«la caractéristique principale du système d'information annuaire tient au fait qu'il est spécifique au traitement des données annuaires et qu'il a été depuis très longtemps, déployé et mis en oeuvre dans le seul but de réunir les données nécessaires à la confection des annuaires de France Télécom. On aurait pu imaginer que la base des données annuaire puisse être issue d'autres fichiers France Télécom (fichier client, fichier facturation). Or pour des raisons éditoriales, pour des raisons de faisabilité technique, pour des raisons de qualité, et pour des raisons d'ordre organisationnel notamment, ce n'est pas la réalité»* ; que ces affirmations induisent un doute sur le point de savoir si le coût des opérations techniques retenu par France Télécom correspond bien au coût incrémental en ce qu'il doit s'entendre au sens de coût de remplacement selon la technique la plus efficace ;

Considérant, en troisième lieu, que le modèle de coûts de la base annuaire fourni par France Télécom utilise comme donnée d'entrée essentielle le coût global d'une opération commerciale extraite de la comptabilité analytique ; que dans le rapport d'audit du cabinet Price Waterhouse Coopers en date du 8 octobre 1999, les opérations de création, modification et suppression sont respectivement imputées à hauteur de 8,7 F, 11,4 F, et 12,2 F par minute pour les inscriptions des résidentiels ; que le rapporteur, estimant que ces opérations informatiques effectuées par un agent commercial sur un poste de travail relié à une base de donnée informatique sont de même nature que celles réalisées par un télé-opérateur de renseignement par téléphone, et se référant aux charges directement affectables du service «12», a mis en évidence un ordre de grandeur du coût par minute de 8,6 F pour les charges directement affectables, inférieur en moyenne de 20 % au montant moyen par minute des opérations réalisées pour les inscriptions sur les annuaires ; que cette évaluation résulte seulement d'une comparaison et ne prétend pas refléter le coût par minute pertinent qu'il conviendrait de retenir ; qu'elle ne tient pas compte des gains de productivité réalisés sur l'activité de renseignement après 1999 mais qu'elle constitue un élément de doute sérieux sur la validité des coûts avancés par France Télécom ;

Considérant que France Télécom conteste ce calcul au motif qu'il ne comprend pas *«les coûts en matériel, logiciels et actions de recherche indispensables à la constitution et à la gestion de la base»* ;

Mais considérant que France Télécom ne fournit pas d'éléments montrant que ces coûts seraient indépendants des coûts déjà encourus pour la constitution du fichier commercial, ni que ceux-ci n'ont pas, par ailleurs, déjà été pris en compte dans les coûts de gestion de la base annuelle ;

Considérant enfin que le modèle de coûts de France Télécom comporte des hypothèses de calcul qui ne donnent lieu à aucune justification satisfaisante, notamment l'application d'un ratio de 70 % pour passer du coût global de la base annuelle au coût de la base brute, et la déduction opérée sur ce montant pour ne retenir que les modifications de la base qui donnent lieu à validation ;

L'insuffisance des éléments fournis par France Télécom et la nécessité d'une évaluation détaillée des coûts incrémentaux

Considérant que, pour vérifier que l'injonction est respectée, le Conseil doit disposer d'éléments suffisants lui permettant de valider les coûts avancés par France Télécom ; qu'en l'état, les éléments fournis par France Télécom ne permettent pas au Conseil de vérifier, d'une part, que les opérations que France Télécom entend imputer dans le coût de la base annuelle ne sont pas en fait liées au fichier clientèle, ni, d'autre part, que les différentes mesures et hypothèses servant à établir ces coûts sont fondées, ni enfin que ces coûts sont évalués en considération d'exigence minimale d'efficacité de l'opérateur public ;

Considérant, par ailleurs, que le rapporteur n'a pas notifié de grief au sujet de l'orientation des tarifs vers les coûts si ce n'est en ce qui concerne les prix de consultation de la base annuelle via les services offerts par la société Intelmatique ; qu'il a néanmoins estimé *«que le montant des charges retenues par le Gestionnaire de fichier [199 MF pour l'année 1999], notamment les coûts de collecte s'élevant à 155 MF, est très probablement surdimensionné»* ;

Considérant que France Télécom, comparant les 199 MF dont elle se prévaut au titre des charges avec les 106,9 MF de recettes qu'elle avance pour la vente des fichiers, soutient que *«en face des coûts supportés par France Télécom, les sommes dues par les opérateurs, dont ceux du groupe auquel elle appartient, sont très largement inférieures»* ; qu'il en résulte, selon elle, que *«loin d'être excessifs les prix pratiqués par France Télécom ne permettent de couvrir qu'une faible part des coûts exposés»* ;

Mais considérant que l'incertitude subsistant sur l'ampleur des écarts entre les montants de coûts et de recettes avancés par France Télécom ne permet pas au Conseil de porter un jugement sur l'orientation des tarifs vers les coûts ;

Considérant que France Télécom souligne que certains de ses concurrents (opérateurs de téléphonie) qui ont créé, de leur côté, des bases refusent de les mettre à sa disposition et qu'il en résulterait que ces concurrents sont à même de proposer au marché des bases plus complètes que celle proposée par France Télécom ; qu'elle ajoute *«qu'il est pour le moins paradoxal de prétendre que France Télécom n'aurait pas respecté l'injonction au détriment de ses concurrents et de la concurrence sur le marché, alors que son respect*

scrupuleux de l'obligation de mise à disposition a permis à ses concurrents de déséquilibrer le marché à leur avantage exclusif» ;

Mais considérant que cet argument, à supposer qu'il repose sur des faits établis, est sans incidence sur l'appréciation du point de savoir si France Télécom s'est conformée à l'injonction de la cour d'appel ;

Considérant que la société Sonera soutient de son côté que les coûts de constitution et d'entretien de la base annuaire sont de l'ordre de 1 MF ; qu'elle retient à cet effet que la base annuaire résulte d'extractions opérées sur le fichier commercial de France Télécom ; que ces opérations nécessitent au plus une dizaine de serveurs, une licence d'utilisation d'un logiciel de gestion de la base de données et une routine d'extraction ;

Mais considérant que les éléments apportés ne suffisent pas à éclairer le Conseil sur la question de savoir si la base annuaire résulte d'extractions ou de simples transformations du fichier commercial de France Télécom ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en l'état de l'instruction, le Conseil n'est pas en possession d'éléments lui permettant de se prononcer sur le respect par France Télécom de l'injonction d'orientation vers les coûts de ses tarifs de cession de la base annuaire ; que l'examen du respect de cette injonction nécessite de décrire les modalités selon lesquelles est constitué le contenu de la base annuaire et d'évaluer le coût afférent à l'ensemble de ces opérations de constitution ; que la description du processus de fabrication de l'annuaire doit identifier les tâches qui ne sont pas communes à celles requises pour la constitution du fichier commercial de France Télécom ; qu'il sera probablement nécessaire pour cela de dégager les spécificités du contenu de la base annuaire par rapport au fichier commercial, de décrire globalement les opérations de constitution du fichier commercial et de la base annuaire, puis d'imputer ces opérations à l'un des deux fichiers selon le principe que les opérations imputées à la base annuaire ne doivent comporter aucune opération nécessaire pour la constitution du fichier commercial ; qu'il convient aussi d'examiner le volume des tâches imputables à la base annuaire et leur nécessité en considération d'une exigence minimale d'efficacité ; qu'enfin, l'évaluation du coût de ces tâches doit se fonder sur des données objectives et suffisamment justifiées ;

Considérant qu'il convient, dès lors, de renvoyer le dossier à l'instruction sur ces points en recourant éventuellement à une expertise ;

■ F. - La non discrimination entre les services de France Télécom et ceux de ses concurrents (2^e grief)

Considérant que France Télécom offre deux catégories d'offre de mise à disposition de la base annuaire (v. *supra* § C) l'une à destination des professionnels actifs dans le secteur du marketing direct, l'autre à destination des professionnels actifs dans le secteur des services d'annuaire (édition papier ou annuaire électronique) et de renseignement ;

1. - La mise à disposition de l'annuaire pour des activités de marketing direct

Considérant que la société Médiatel est mandatée par France Télécom pour assurer l'ensemble des activités de marketing direct y compris la concession de licence de rediffusion ; que les clients de Médiatel sont, selon les termes de ce mandat, *«les utilisateurs ainsi que les rediffuseurs de données-annuaires, courtiers ou autres intermédiaires»* ; que les opérateurs de marketing direct concurrents qui souscrivent auprès de Médiatel une licence de rediffusion ont la possibilité de proposer à leurs clients des prestations de location, de cession, de déduplication ou d'enrichissement des fichiers détenus par leur client grâce au fichier France Télécom (le terme *«clients»* désignant ici *«exclusivement les utilisateurs finaux des adresses ou services associés acquis aux fins de marketing direct uniquement»*) ;

Considérant que le simple examen des conventions pour la mise à disposition de la base annuaire à des fins de marketing direct indique que les conditions tarifaires consenties par France Télécom à sa filiale Médiatel sont identiques à celles consenties à d'autres opérateurs concurrents (v. *supra* § C) ;

2. - La mise à disposition de l'annuaire pour les activités de renseignement et d'édition

Considérant que le groupe France Télécom produit et commercialise des annuaires papier et des annuaires électroniques (minitel, internet) via la société Pages Jaunes ; qu'en ce qui concerne les pages jaunes (papier, minitel et internet), Pages Jaunes est éditeur ; qu'en ce qui concerne les pages blanches (papier et minitel), France Télécom SA est restée éditeur en raison de son obligation de service universel, mais qu'elle a délégué l'ensemble des activités de réalisation de ces annuaires à Pages Jaunes (achat de papier, création de pages, impression, distribution) et qu'elle a confié à Pages Jaunes l'activité de régisseur pour la publicité ;

Considérant que les activités de renseignement par téléphone sont exercées par 93 centres de renseignement répartis sur le territoire et gérés par la société France Télécom ;

Considérant que France Télécom concède à sa filiale indirecte Pages Jaunes les droits d'utilisation de la base annuaire, dans le cadre du contrat de mise à disposition de cette base pour les activités de renseignement et d'édition ; que ces droits d'utilisation sont conférés à Pages Jaunes *«pour les seuls besoins de ses activités et/ou celles des filiales qu'elle contrôle et/ou celles de sa maison mère France Télécom»* (article 1^{er} du contrat de mise à disposition) ;

Considérant que les coûts d'acquisition de la base annuaire dus au titre de ce contrat, soit 34,3 MF annuels, sont ainsi ensuite répartis par la société Pages Jaunes entre les différents utilisateurs faisant partie du groupe France Télécom entre les activités d'édition des annuaires exercées par la société Pages Jaunes (depuis l'année 2000), et les activités de service de renseignement par téléphone gérées par France Télécom (dont la consolidation financière est effectuée au niveau du pôle service par opérateur) ;

Considérant que les représentants du pôle service par opérateur déclarent : *«La division multimédia vendait à France Télécom sa base de données pour 34,3 millions de francs en 1999 et France Télécom répartissait cette charge entre les utilisateurs de cette base : le «12» et la division de l'annuaire pour les annuaires papier et en ligne. La clé de répartition était pour le 12 le nombre de consultations de la base et pour les annuaires l'audience. Depuis juin 2000, ..., c'est désormais Pages Jaunes qui acquiert auprès de la division multimédia de France Télécom la base de données opérateurs et répartit en fonction des utilisateurs le coût de l'acquisition de cette base. La clé de répartition n'a pas changé, il s'agit du nombre de consultations pour le 12 et l'audience pour l'annuaire papier et en ligne»* ; que pour l'année 2000 *«nous avons provisionné 9 millions de francs pour la prestation de redevance pour l'utilisation de la base de données annuaire / opérateurs. Cette prestation sera désormais versée à Pages Jaunes»* ;

Considérant que la société Sonera souhaite acquérir la base annuaire pour exercer un service de renseignement par téléphone ; que la société Scoot France a besoin d'accéder à la base annuaire pour son service d'annuaire électronique et par téléphone ; que ni la société Sonera ni la société Scoot France n'ont manifesté l'intention d'exercer une activité d'édition d'annuaires imprimés ; que ces entreprises qui veulent pénétrer le secteur des services de renseignement (électronique ou par téléphone) doivent acquérir la base de données 34,3 MF alors que le coût de l'acquisition de la base annuaire provisionné par le pôle service par opérateur pour l'activité de renseignement par téléphone de France Télécom n'est que de 9 MF (pour l'année 2000) ; qu'un représentant de Cegetel a soulevé la question au cours d'une réunion avec France Télécom : *«M. Broncard demande s'il est possible de découpler la proposition 2 [la proposition 2 est l'offre de cession de la base annuaire, la proposition 1 étant l'offre Intelmatique] qui permet d'éditer des annuaires, activité vers laquelle Cegetel ne compte pas se concentrer pour l'instant. En effet le prix de la proposition 2 peut être justifié par l'édition d'annuaires qui est une activité très lucrative. Si un tel usage n'en est pas fait, une proposition tarifaire différente pourrait être faite»*. Le directeur annuaires de France Télécom répond *«qu'il est aujourd'hui impossible de découpler la prestation, notamment car France Télécom est en attente de décisions judiciaires sur le sujet. France Télécom ne souhaite pas pour le moment décorrélérer l'usage de la base à des fins d'annuaire de son usage à des fins de renseignement.»*

Considérant que les termes fixés dans les conventions pour la mise à disposition de la base annuaire prévoient des conditions tarifaires en apparence identiques entre Pages Jaunes et d'autres éditeurs de services d'annuaires ou de renseignement concurrents ; que, pour autant, le coût de l'acquisition de la base annuaire imputé par le pôle service par opérateur pour l'activité de renseignement par téléphone de France Télécom est inférieur au montant facturé à un opérateur concurrent qui souhaiterait exclusivement, comme Sonera, exercer une telle activité ; que cette situation, qui est en contradiction apparente avec l'identité des conditions contractuelles stipulées, est due à la rétrocession de la base annuaire effectuée par Pages Jaunes au profit de France Télécom pour l'exercice de l'activité de renseignement par téléphone ; que le passage par Pages Jaunes apparaît artificiel dans la mesure où la base de données pourrait être cédée directement par la division multimédia de France Télécom ;

Considérant que France Télécom indique que l'activité de renseignement ne saurait être considérée comme objectivement distincte de l'activité d'annuaire ; qu'elle indique que l'évolution technologique rend au contraire de plus en plus indiscernables l'exploitation de ces deux activités ;

Mais considérant que si, comme le souligne France Télécom, les activités de renseignement et d'annuaire en ligne sont susceptibles de dégager d'évidentes synergies et bénéficient de progrès technologiques importants qui amènent à des réductions de coûts significatives, France Télécom, en revanche, n'apporte aucun élément de nature mettre en évidence de telles synergies entre ces activités en ligne et les activités d'annuaires imprimés ; qu'il apparaît, tout au contraire, que les activités d'annuaires imprimés sont des activités plus traditionnelles, dont la structure de coûts et de recettes diffère significativement de celle des activités en ligne ; qu'en effet, les recettes dégagées par l'édition annuaires imprimés dépendent presque exclusivement des ventes d'espaces publicitaires alors que les services en ligne peuvent comporter des tarifs de fourniture ou de connexion au service ; que les coûts de l'activité d'édition d'annuaires papier comprennent des charges éditoriales difficilement compressibles (achat papier, impression et distribution) et spécifiques de ce type d'activité ; que les coûts de l'activité de renseignement par téléphone comprennent des charges de personnels importantes et croissantes avec le volume de l'activité ;

Considérant, en outre, que la pénétration du marché des annuaires imprimés par les concurrents de France Télécom est rendue difficile par la notoriété des marques «*Pages Jaunes*» et «*Pages Blanches*» associées à l'image de l'opérateur public ; que l'effet de l'image de marque vis à vis du client final est d'autant plus déterminant que la concurrence par les prix est limitée sur les annuaires imprimés puisque ceux-ci sont remis gratuitement aux clients finals et que la concurrence par l'innovation pour ce type d'activité (par exemple la présentation de l'annuaire) n'est pas aussi intense que pour les services en ligne qui bénéficient de progrès technologiques permettant de différencier plus nettement ces services vis-à-vis du client final ; que les activités d'annuaires imprimés et de renseignement en ligne ne présentent donc pas des caractéristiques concurrentielles similaires ;

Considérant, enfin, que l'activité de renseignement par téléphone de France Télécom est, sur le plan de l'organisation interne, nettement distincte des autres activités à base d'annuaire, et en particulier des activités d'annuaires imprimés regroupées dans la société Pages Jaunes ; que le pôle service par opérateurs de France Télécom tient une comptabilité analytique des activités de renseignement par téléphone séparée des autres activités d'annuaire dont la comptabilité est effectuée au niveau de la division annuaires de Wanadoo, maison mère de Pages Jaunes ; que la gestion de ces deux types d'activité est donc bien distincte ;

Considérant, compte tenu de l'ensemble des éléments qui précèdent, que l'édition d'annuaires imprimés constitue une activité économique distincte des activités de renseignement et, en particulier, des activités de renseignement par téléphone ; que les entreprises qui souhaitent concurrencer France Télécom sur les activités de renseignement doivent procéder à l'acquisition de la base annuaire à un prix supérieur à celui facturé aux entités de France

Télécom chargées de la seule réalisation de ces services, comme en attestent les éléments de comptabilité analytique ci-dessus détaillés ; que cette pratique tarifaire de France Télécom constitue une source de discrimination entre ses propres services et ceux de ses concurrents ;

Considérant, de surcroît, que l'objet des injonctions de la cour d'appel de Paris était de permettre aux activités d'exploitation de la base annuaire concurrentes de se développer ;

Considérant, sur la base des éléments de comptabilité d'exploitation prévisionnelle fournis par la société Sonera (v. *supra* § I B1) et non contestés par France Télécom, que le coût de cession de la base annuaire représente une part importante des charges de ce type d'activité (de l'ordre de 25 % avec une hypothèse de 24 millions d'appels par an) ; que des variations sur le tarif de cession de la base annuaire ont des conséquences importantes qui peuvent suffire à déterminer des concurrents potentiels à entrer sur le marché ou des concurrents actifs à en sortir ; que France Télécom n'apporte aucune argumentation à l'appui de son affirmation selon laquelle la spécialisation dans la fourniture de renseignements téléphoniques ne présente aucune perspective économique ; qu'au vu de ces éléments, le constat que les concurrents ne parviennent pas à exercer une activité de renseignement par téléphone concurrentielle avec celle de France Télécom (point de vue partagé par l'Autorité de régulation des télécommunications qui considère dans son avis n° 98-1055 en date du 23 décembre 1998 sur les décisions tarifaires relatives au service de renseignement «*que les tarifs proposés par France Télécom ne permettent pas à ces opérateurs de fournir le même service à des prix comparables à ceux de France Télécom, sans que ce service ne soit déficitaire*») est dû, au moins en partie, au niveau des tarifs de cession de la base annuaire ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la réalité du deuxième grief notifié à France Télécom, selon lequel les prix de cession des données annuaire indiqués en ligne L.12 du catalogue de prix de l'opérateur public pour les utilisateurs souhaitant exercer un service de renseignement mais ne souhaitant pas exercer une activité d'édition d'annuaires imprimés sont discriminatoires par rapport à ceux pratiqués au sein du groupe France Télécom, est établie ;

■ G. - L'examen particulier de l'orientation vers les coûts des tarifs de consultation en ligne de l'annuaire proposés par Intelmatique aux professionnels (1^{er} grief)

Considérant que la société Intelmatique est une filiale à 100 % de France Télécom, par l'intermédiaire de Cogecom, holding financière ;

Considérant que la société Intelmatique a fourni, à la demande de l'enquêteur, des données permettant d'établir un compte analytique d'exploitation de l'activité de consultation de l'annuaire de France Télécom ; que ces don-

nées sont issues de la comptabilité analytique de la direction des services d'annuaires de la société et de l'application d'une clé de répartition sur les charges afin de ne retenir que les charges liées à cette seule activité ;

Considérant qu'après application de la clé de répartition, le bénéfice d'exploitation pour l'exercice 1999 s'établit à 31,9 MF soit 46 % du chiffre d'affaires qui s'élève à 70 MF ; que, pour l'année 2000, la hausse de la redevance versée à Pages Jaune fait baisser le bénéfice de la société Intelmatique ; que la marge d'exploitation prévisionnelle pour l'année 2000 s'établit alors à 22 MF soit 30 % du chiffre d'affaires qui s'élève à 74 MF ;

Considérant que les éléments ci-dessus mettent en évidence une marge d'exploitation substantielle pour l'activité de consultation en ligne de l'annuaire pour les années 1999 (46 %) et 2000 (30 %) ; que l'appréciation de l'orientation des tarifs de consultation en ligne vers les coûts doit cependant tenir compte d'une rémunération raisonnable des capitaux engagés ;

Considérant qu'il convient de définir l'assiette des capitaux engagés à retenir et un taux de rémunération raisonnable ; que leur montant est, en tout état de cause, largement inférieur au montant des fonds propres plus les dettes financières à moyen et long terme de la société Intelmatique dans la mesure où celle-ci exerce d'autres activités au moyen de ces capitaux (notamment l'offre minitel à l'international) ; que leur montant est donc inférieur au montant de 150 MF obtenu à partir des compte sociaux de la société Intelmatique pour l'année 1999 ;

Considérant donc que les bénéfices dégagés par la société Intelmatique rapportés aux capitaux engagés pour cette activité ne peuvent être que supérieur aux chiffres de 21 % pour l'année 1999 et à 15 % pour l'année 2000, chiffres calculés à partir de la totalité des capitaux engagés dans l'activité de la société Intelmatique ; que ces taux peuvent utilement être rapprochés des taux de rentabilité proposés par l'Autorité de Régulation des Télécommunications en ce qui concerne les activités de service universel de France Télécom qui se situent à 10,9 % pour 1999 et 9,9 % pour 2000 ; que ces taux apparaissent supérieurs à un taux de rémunération raisonnable des capitaux engagés ;

Considérant que France Télécom conteste le grief notifié par le rapporteur au motif que le tarif de la consultation sur requête n'induit aucun effet de ciseau tarifaire ; que cependant le respect du principe d'orientation des tarifs vers les coûts est indépendant de la recherche d'éventuels effets de ciseau tarifaire ;

Considérant que France Télécom soulève encore que la marge d'exploitation mise en évidence par le rapporteur est en réalité bien moindre car elle ne tient pas compte de la rémunération des actifs incorporels que constituent les procédés mis au point pour perfectionner le service de consultation sur requête (protocole normalisé E 115) ; que cependant, la rémunération de ces actifs est prise en compte par une rémunération raisonnable des capitaux engagés ; que, par ailleurs, France Télécom n'a fourni aucune évaluation de ces investissements ni dans le cadre de l'enquête qui portait notamment sur l'acti-

té de la société Intelmatique, ni dans ses observations ;

Considérant, par ailleurs, que les comparaisons effectuées avec les tarifs pour des services européens équivalents ne sauraient faire obstacle à l'application du principe d'orientation vers les coûts retenu par l'injonction prononcée par la cour d'appel de Paris ;

Considérant ainsi que les tarifs de consultation en ligne des données de la base annuaire, pour les années 1999 et 2000, ne sont pas orientés vers les coûts des opérations techniques nécessaires pour offrir ce service ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que la société France Télécom n'a pas respecté les injonctions formulées à son encontre par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999 sur les deux points suivants :

- les prix de consultation de la base annuaire via les services offerts par la société Intelmatique ne sont pas orientés vers les coûts ;
- les prix de cession des données annuaires indiqués en ligne L.12 du catalogue de prix de l'opérateur public pour les utilisateurs souhaitant exercer un service de renseignement mais ne souhaitant pas exercer une activité d'édition d'annuaires imprimés, sont discriminatoires par rapport à ceux pratiqués au sein du groupe France Télécom ;

Considérant, enfin, que s'agissant de l'exigence d'orienter vers les coûts les tarifs de l'activité de gestionnaire de fichiers de France Télécom, également formulée dans l'injonction de la cour d'appel, l'état du dossier ne permet pas au Conseil de se prononcer ; qu'il y a lieu, avant de faire application des dispositions de l'article L. 464-3 du code de commerce et de se prononcer sur les saisines des sociétés Scoot et Sonera, de renvoyer l'affaire à l'instruction sur ce point ;

Décide

Article 1^{er} : Il n'est pas établi que France Télécom n'a pas respecté l'injonction relative au caractère objectif des prix de cession des données annuaires indiqués en ligne L.12 du catalogue de prix de l'opérateur public.

Article 2 : Il est établi que France Télécom n'a pas respecté les injonctions formulées à son encontre par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999 sur les deux points suivants :

- non orientation vers les coûts des prix de consultation de la base annuaire via les services offerts par la société Intelmatique ;
- caractère discriminatoire des prix de cession des données annuaires indiqués en ligne L.12 du catalogue de prix de l'opérateur public pour les utilisateurs souhaitant exercer un service de renseignement mais ne souhaitant pas exercer une activité d'édition d'annuaires imprimés.

Article 3 : Il est sursis à statuer sur le respect de l'injonction relative à l'orientation vers les coûts des tarifs de l'activité de gestionnaire de fichier.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Henry, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Nasse vice-président, MM. Bidaud, Gauron et Ripotot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-42

Décision n° 02-D-42 du 28 juin 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu les lettres en date du 13 mars 1989, enregistrées sous les numéros F 232 et F 233, par lesquelles les sociétés Jean Chapelle et Semavem ont saisi le Conseil de la concurrence en premier lieu *«du fait que la société JVC privilégie les aspects qualitatifs et élimine du marché les systèmes de ventes modernes de vente à emporter»* et, en second lieu, de ce que *«JVC Vidéo persiste notamment à imposer des marges minimum»* ;

Vu la lettre du 3 avril 1989 enregistrée sous le numéro F 238 par laquelle les sociétés Jean Chapelle et Semavem ont saisi le Conseil de la concurrence des *«ententes généralisées qui affecteraient le marché des produits audiovisuels»* ;

Vu la lettre du 19 avril 1989 enregistrée sous le numéro F 240 par laquelle la société Concurrence a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques prêtées à la société JVC Vidéo qui consisteraient en *«l'imposition d'une marge et/ou de prix minimums»* et en *«conditions discriminatoires»* ;

Vu la lettre du 31 mai 1989 enregistrée sous le numéro F 248 par laquelle les sociétés Semavem et Jean Chapelle ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques prêtées à la société JVC Vidéo qui consisteraient à leur interdire de *«revendre (des) produits (...) à des revendeurs»* aux mêmes prix que ceux pratiqués auprès des consommateurs ;

Vu la lettre du 14 novembre 1991 enregistrée sous le numéro F 448 par laquelle M. Jean Chapelle et les sociétés Semavem, Concurrence et Jean Chapelle ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques prêtées à la société JVC Vidéo qui consisteraient à pratiquer à leur égard des conditions discriminatoires dans l'attribution de remises et ristournes ;

Vu les lettres enregistrées le 21 novembre 1991 sous les numéros F 451 et F 452 par lesquelles les sociétés Jean Chapelle, Concurrence et Semavem ont saisi le Conseil de la concurrence en premier lieu de pratiques relatives aux conditions de la distribution par la CAMIF des produits de photographie et d'électronique grand public d'un grand nombre de fournisseurs et, en second lieu, des conditions de vente de *«la totalité des marques significatives du marché des produits bruns (Télé, hi-fi, vidéo, audio)»* ;

Vu la lettre du 18 mai 1992 enregistrée sous le numéro F 507 par laquelle les sociétés Jean Chapelle et Semavem ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques prêtées aux sociétés Sony France, Philips Électronique domestique, Radiola, Schneider, Thomson, Saba, Telefunken, Grundig,

Hitachi, JVC Audio/TV, Pioneer, Panasonic, Kenwood ainsi qu'au groupement GITEM et à ses coopératives adhérentes, consistant en des «*applications discriminatoires concertées des conditions de vente*» ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les décisions n° 89-MC-10 du 10 mai 1989 et n° 92-D-38 du 9 juin 1992 du Conseil de la concurrence ;

Vu les décisions n° 98-DSA-13 et 98-DSA-14 du 2 juillet 1998 du président du Conseil de la concurrence relatives au secret des affaires ;

Vu la décision de sursis à statuer n° 00-D-88 du 5 février 2001 du Conseil de la concurrence ;

Vu les observations présentées par les sociétés Akaï France, La Maison de Valérie, Thomson Multimedia Marketing France (devenue Thomson Multimedia Sales Europe), Samsung Electronics France, Mobilier Européen, But International, Continent Hypermarchés, Conforama Holding, Connexion, Cora, Établissements Darty & Fils, F.N.A.C., I.T.M. Entreprises, Galec, Redoute France, SESAME, 3 Suisses France, Mobilier européen, Boulanger, Auchan, Auchan France, Groupe Camif, Camif Catalogues, Carrefour France, Euromarché, Centrale Pro, Thuillier S.A., Casino-Guichard-Perrachon, Casino France, par le G.I.E. Gitemer et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les sociétés La Maison de Valérie, La Redoute, Thuillier S.A., Centrale Pro & C^{ie}, Continent Hypermarchés, Thomson Multimedia Sales Europe, Les Trois Suisses France, Casino-Guichard-Perrachon, Auchan, Auchan France, Boulanger, Mobilier européen, I.T.M. Entreprises, Etablissements Darty & Fils, GALEC, F.N.A.C., GIE Gitem, Samsung Electronics France, Connexion, Conforama Holding, Groupe Camif, Camif Catalogues, Carrefour France, Euromarché, Cora et Semavem entendus au cours de la séance du 8 janvier 2002, les sociétés Akaï France, But International, Georges Montlaur Holding et SESAME ayant été régulièrement convoquées.

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - Constatations

■ A. - Le secteur, les entreprises et les marchés

1. - Les produits concernés

11. Les produits «bruns»

Les produits d'électronique grand public (ou d'électronique de loisir, ou produits *bruns*) sont regroupés entre les téléviseurs (11 802 millions de francs en 1989, soit 6,4 % de l'ensemble), les produits vidéo (magnétoscopes et caméscopes : 9 416 millions, soit 29 %), les produits de haute-fidélité (Hi-Fi : chaînes électroacoustiques, platines laser : 5 537 millions, soit 17,1 %), et les produits audio (radios, baladeurs, autoradios, *etc.* : 5 672 millions, soit 17,5 %). Ainsi, les téléviseurs et la vidéo représentaient plus de 65 % des ventes du secteur, alors que la haute-fidélité profitait de l'explosion des ventes des platines laser.

Selon les professionnels, le chiffre d'affaires annuel du secteur des produits *bruns* s'est élevé à 44,18 milliards de francs T.T.C. en 1988. Au cours de l'année 1990, qui aurait été «une grande année», il s'est établi à 55,4 milliards pour passer à 51 milliards en 1991, marquant ainsi un recul de 8 %. Ce recul, et la stagnation de 1992, résulteraient de la crise du Golfe et de la progression du chômage ainsi que de la baisse des prix des appareils haut de gamme.

Au cours de la même période, les marques d'origines asiatiques (japonaises ou coréennes voire chinoises) auraient renforcé leur présence dans le secteur, notamment pour les produits de Hi-Fi et les caméscopes, les téléviseurs de fabrication européenne étant relativement protégés de cette concurrence par les normes de diffusion PAL et SECAM, ainsi que les magnétoscopes et les compact-disc européens.

En 1996, les distributeurs ont acheté pour 33,8 milliards de francs (soit un chiffre d'affaires au détail global d'environ 60 milliards), dont 20 milliards pour la vidéo, 7,7 milliards pour l'audio et 3,2 milliards pour les cassettes vierges. Au cours de la même année, la production nationale s'est élevée à 13,4 milliards de francs, le taux de couverture des importations par les exportations étant de 62 %.

Le marché de l'électronique grand public se caractérise par une offre particulièrement atomisée en terme de marques. Selon les familles de produits, des groupes comme Philips, Thomson, Sony et JVC détiennent toutefois des parts de marché significatives. Le premier détenait ainsi en 1989 plus de 30 % en valeur des ventes de téléviseurs couleurs, plus de 10 % de celles des magnétoscopes, plus de 18 % de celles des platines laser et plus de 9 % de celles des chaînes haute-fidélité et des baladeurs. Le second détenait plus de 20 % des ventes de téléviseurs couleurs. Le troisième détenait plus de

33 % des ventes de caméscopes, plus de 23 % de celles des platines laser, plus de 14 % de celles des chaînes haute-fidélité et plus de 32 % de celles des baladeurs. Le quatrième détenait plus de 18 % des ventes de caméscopes et plus de 12 % de celles de chaînes haute-fidélité. Les principales marques du secteur pour la période décembre 1989 - janvier 1990, en pourcentage, se répartissaient comme suit :

Marques	Téléviseurs	Magnétoscopes	Caméscopes	Laser	Chaînes	Baladeurs
Sony	8,3	1,8	43,0	23,0	14,1	32,6
Philips	17,4	10,9	-	17,0	9,5	9,4
Thomson	8,6	-	4,1	-	-	-
Grundig	10,1	-	-	-	-	-
JVC	-	-	17,1	8,3	12,2	-
Akai	-	11,0	-	-	4,0	-
Canon	-	-	6,5	-	-	-
Hitachi	-	4,9	7,2	-	-	-
Toshiba	-	6,7	-	2,8	-	6,2

Les produits *bruns* sont distribués par environ 15 000 points de vente répartis sur le territoire national, que l'on peut regrouper en cinq circuits de distribution. À la fin de l'année 1988, les grandes surfaces spécialisées réalisaient 36 % des ventes, les spécialistes 35 %, les grandes surfaces à dominante alimentaire 25 %, les grands magasins 1 % et la vente par correspondance 3 %.

Il existe, par zone de chalandise, autant de marchés que de catégories de produits «bruns» et, si certaines marques occupent une position déterminante sur un ou plusieurs de ces marchés, aucune d'elles n'a une telle position sur l'ensemble des marchés. Les groupes les plus importants, européens comme Philips et Thomson, ou japonais comme Sony et JVC, sont en situation de se faire concurrence sur chaque marché.

12. Les produits «blancs»

Le taux d'équipement des ménages des appareils électroménagers, dits produits «blancs», est de 98,5 % pour les réfrigérateurs (29 millions d'appareils), 87,6 % pour les lave-linge (20 millions d'appareils) et 31,9 % pour les lave-vaisselle (6,6 millions d'appareils). En 1990, la consommation d'«appareils d'équipement ménager» s'élevait à 42 milliards de francs, soit à peu près autant que la consommation d'«appareils électroniques grand public» ou encore 1,1 % de toute la consommation nationale. La production nationale correspondante occupait 28 000 salariés dans une douzaine de firmes dont les plus importantes étaient Moulinex, Seb et Thomson. La balance commerciale du secteur affichait un déficit de 4,694 milliards de francs.

En 1991, la production nationale est passée à 22,3 milliards de francs. Les ventes de fours à encastrer ont baissé de 16 % en volume, celles de lave-vaisselle de 8 %, et le marché du «gros blanc», des lave-linge, et du petit matériel est demeuré stable par rapport à 1990.

Pour l'année 1997, selon le Groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipement ménager, les ventes à la distribution se seraient élevées à 23 milliards de francs (soit un chiffre d'affaires au détail de 42 milliards environ), pour un taux de couverture des importations par les exportations de 99 %. En effet, la production se serait élevée à 22,9 milliards, dont 52 % de gros appareils, les importations à 16,1 milliards et les exportations à 16,2 milliards.

Pour cette même année 1997, les parts des différents circuits de distribution étaient les suivantes :

	En volume %	En valeur %
Grands spécialistes	41,8	40,9
Hypermarchés	24,0	18,7
Indépendants	14,3	17,4
Indépendants groupés	8,6	9,7
Cuisinistes	5,6	7,4
V.P.C.	4,0	4,0
Grands magasins	1,7	1,9

Les fours à micro-ondes sont classés par les professionnels dans la catégorie du «*moyen électroménager*» (avec les aspirateurs entre autres), mais ils sont toujours statistiquement inclus dans l'ensemble du «*Petit électroménager*» dont ils représentaient 20 % en volume en 1991. Bien que mis sur le marché depuis 25 ans, ils sont encore peu présents en Europe, où le taux d'équipement des foyers ne dépasse pas 15 %, alors qu'il est de 55 % au Japon et de 75 % aux Etats-Unis. En France et en Allemagne le taux d'équipement est respectivement de 25 % et 30 %.

En 1990, 1,135 millions de fours à micro-ondes ont été vendus en France pour un chiffre d'affaires de 2,248 millions de francs, soit 0,5 % de la consommation totale d'appareils électroménagers. Un tiers environ de ces appareils ont été importés, principalement de Corée du Sud, notamment par les sociétés Samsung, Daïwoo et Goldstar. En 1997, les ventes à la distribution de fours à micro-ondes se sont élevées à 1 777,5 millions de francs. Selon les professionnels, les ventes annuelles devraient atteindre 1,5 millions de pièces, faisant progresser le taux d'équipement de 5 % par an. En effet, seul de tous les appareils de «*petit électroménager*» (ou de moyen électroménager), ce produit est encore en phase de premier équipement.

La distribution des fours à micro-ondes emprunte les différents circuits de distribution comme indiqué au tableau ci-après, qui décrit l'évolution respective de chacun d'eux, en volume et en valeur, sur la période février à juillet 1990 et février à juillet 1991 (Source : GFK)

Circuits	En volume %		En valeur %	
	02 à 07 1990	02 à 07 1991	02 à 07 1990	02 à 07 1991
Grands spécialistes	33,0	35,6	36,1	38,6
Petits spécialistes	17,5	16,8	20,0	18,9
Hypermarchés	42,4	41,1	36,7	36,2
Grands magasins	4,5	3,5	4,7	3,5
V.P.C.	2,6	3,0	2,5	2,8

La société Samsung vendait, en 1990, 6 % en volume et 4,7 % en valeur des ventes totales, derrière Moulinex (15,4 et 16,5 %), Philips (9,9 et 10,7 %) et Daiwoo (7,2 et 4,8 %). En avril-mai 1991, la société Samsung gagnait la troisième place, derrière Moulinex et Philips, avec 9,4 et 7,7 % des ventes totales (Source : G.F.K.)

Il existe, par zone de chalandise, autant de marchés que de catégories de produits «*blancs*» et, si certaines marques occupent une position déterminante sur un ou plusieurs de ces marchés, aucune d'elles n'a une telle position sur l'ensemble des marchés. Les groupes les plus importants, européens ou asiatiques, sont en situation de se faire concurrence sur chaque marché.

2. - Les entreprises

21. Les fabricants et importateurs

A l'époque des faits, les principaux fabricants et importateurs de produits *bruns* sont Aiwa France, Akaï France, Goldstar France, JVC France, JVC Vidéo France, Panasonic France, Philips, Samsung Electronics France, Sharp Electronics France, Sony France, Thomson Multimedia et Toshiba Electronics France.

Quatrième groupe mondial d'électronique grand public, le groupe Thomson (notamment sociétés Thomson, Thomson Multimedia, et Thomson Multimedia Marketing France devenue Thomson Multimedia Sales Europe) a produit en 1996 7,5 millions de téléviseurs, 14 millions de tubes cathodiques et 2 millions de magnétoscopes, qu'il a vendus notamment en Europe (où il est le 2^{ème} fournisseur) sous les marques *Brandt*, *Thomson*, *Telefunken* et *Saba* et aux États-Unis (où il est le 1^{er} fournisseur) sous les marques *RCA*, *GE* et *Proscan*. En 1997, son chiffre d'affaires s'est élevé à 38,077 milliards de francs.

Les principaux fabricants et importateurs de produits *blancs* sont Bosch-Siemens, Brandt, Ciemi, Electrolux, General Electric, Merloni, Moulinex, Seb, Smeg, et Whirlpool.

22. La société Akaï France S.A.

Les quatre directions opérationnelles de l'entreprise étaient l'administration commerciale, la direction commerciale (dirigée par M. André Bousquet), la

direction Achats/Produits et la direction Publicité Promotion. Au 15 mars 1996, le directeur général adjoint chargé notamment du marketing était M. Lebizay.

Son capital était détenu pour 75 % par la société japonaise Akaï Electric Co Limited, qui est elle-même une filiale de la société holding Semit Tech implantée à Toronto et Hong Kong, et pour 25 % environ par M. Christian Paillot. Par la suite, la participation de la société japonaise a été portée à 100 %, indépendamment des usines de fabrication de téléviseurs et de magnétoscopes que la société Akaï Electric Co Limited possède en France. La société Akaï France S.A. possède 100 % du capital de la société HVS chargée d'assurer le service après-vente des matériels qu'elle commercialise.

À la fois importatrice et productrice de produits *bruns*, son unité de production à Honfleur fabriquait principalement des produits de vidéo de salon (magnétoscopes) et de Hi-fi. Elle importait les produits de la société nipponne Akaï Electric Co Limited conformément aux dispositions d'un «*exclusive distributorship agreement*» signé le 6 novembre 1986 et renouvelé le 20 décembre 1990.

La société Akaï était *leader* sur le marché français des magnétoscopes, en valeur comme en volume (11 % du total - chiffres 1988-1989) et cinquième offreur sur celui des chaînes Hi-Fi (4 % en valeur et 3,3 % en volume). Elle était également présente sur le marché de caméscopes, avec notamment la référence PVSC 100 S.

Les parts de marché de la société Akaï en 1991 et en 1995 dans les ventes des quatre principales catégories de produits bruns étaient les suivantes :

	1991	1995
Télévisions couleurs	1 %	1,50 %
Vidéo de salon (magnétoscopes)	9 %	11,80 %
Chaînes Hi-Fi	5 %	8,60 %
Vidéo portables (caméscopes)	1 %	0,00 %

D'après ses responsables, cette société de taille relativement modeste aurait déterminé sa stratégie commerciale en vue d'atteindre l'objectif d'être commercialisée par tous les réseaux de distribution. L'instruction a montré qu'elle vendait ses produits à tout demandeur.

À l'époque des faits, la direction commerciale d'Akaï dispose de 12 attachés commerciaux présents sur le terrain et chargés de suivre les produits dans les différents points de vente du territoire. Ils sont tenus d'effectuer au minimum quatre visites par jour chacun. Le négociateur et interlocuteur des centrales d'achat et des groupements est M. André Bousquet, directeur commercial.

Les chiffres d'affaires tous produits confondus réalisés avec chaque type de distribution et leur évolution figurent au tableau suivant. Il s'agit de chiffres en millions de francs (1^{ère} colonne), d'évolutions en % d'une année sur l'autre (colonne 2) et des parts en % par réseau du total de l'activité de l'entreprise (colonnes 3 et 4). Les grands magasins spécialisés sont désignés «*GMS*», les grands magasins «*GM*», les hypermarchés à dominante

alimentaire «*HYPERS*», les grossistes et les centrales d'achat «*GROS-CENT.*», les revendeurs indépendants «*REVEND.*» et la vente par correspondance «*VPC*».

Distribution par type de réseaux				
	1991 C.A.	1991/1990 %	Part de marché 1991	Part de marché 1990
GMS	314 745	1,25	36,00	36,70
GM	18 491	1,05	2,10	2,60
HYPERS	270 098	1,39	30,80	24,90
GROS+CENT.	62 148	1,12	7,10	8,00
REVEND	91 391	0,97	10,40	13,70
VPC+DIVERS	118 727	1,64	13,60	10,70

Ainsi, la société Akai réalisait plus du tiers de ses ventes par le canal des grands magasins spécialisés. Depuis 1989, les hypermarchés à dominante alimentaire ont développé leurs ventes de produits bruns, et la société Akai a parallèlement augmenté ses ventes auprès de ces distributeurs, aux dépens des autres, GMS notamment.

M. Alain Lebizay, directeur général adjoint de la société, a déclaré : «*La profession distingue les cassettes vidéo selon qu'elles sont vendues par leurs fabricants sous leurs marques («marques A») ou qu'elles sont vendues sous leurs marques («marques B») par des sociétés qui se les procurent auprès de fabricants indépendants. Avec une part de marché de 9 %, les cassettes vidéo Akai commercialisées en France en 1995 par la société Akai France S.A. font partie des «marques B» et se situent, en importance, loin derrière les ventes des cassettes Scotch - 3M (environ 20 %) et Sony (environ 17 %). Parmi les autres marques présentes sur le marché, il faut noter TDK, Fuji, BSF, Philips, etc. Avec près de 12 % de part de marché, les magnétoscopes de marque Akai commercialisés en France en 1995 par la société Akai France S.A. sont les plus vendus après ceux de marques Philips qui représentent 13,5 % environ du marché, mais plus de 20 % si l'on y rajoute les magnétoscopes vendus sous d'autres marques appartenant au groupe Philips. Les ventes de magnétoscopes de marque JVC sont voisines de celles de magnétoscopes de marque Akai, et viennent donc en 2^{ème} ou 3^{ème} position selon les années. Parmi les autres marques vendues en France, il faut citer Sony, Panasonic, Thomson, etc. L'ensemble des marques du groupe Thomson représentent une part de marché comprise entre 14 et 15 %. La société Akai France S.A. ne vend plus de caméscopes depuis 1993, après une tentative de lancement qui a échoué. Les ventes de téléviseurs couleurs de marque Akai en France sont marginales. Les marques les plus vendues sont celles des groupes Philips et Thomson qui représentent au total 50 % environ du marché. Avec près de 9 % de part de marché, les chaînes Hi-fi dites «mini» de marque Akai commercialisées en France en 1995 par la société Akai France S.A. viennent au 5^{ème} ou 6^{ème} rang, derrière celles de marques Sony (de 15 à 17 %), Aiwa (12 % environ), Pioneer, Kenwood et Philips.*»

23. La société Samsung Electronics France S.A.

Créée le 1^{er} janvier 1986, cette entreprise importe et distribue des matériels de Hi-Fi, de vidéo ainsi que du matériel électrique. Son capital était réparti entre M. Christian Paillot, son Président-directeur général (65,34 %) et le groupe coréen Samsung (34,66 %) qui, en 1996, a réalisé un chiffre d'affaires de 88 milliards de francs, dont 8 milliards pour la seule Europe.

MM. Bousquet et Thevenelle, respectivement directeur commercial et directeur financier de la société Samsung Electronics France, ont déclaré : *«Le capital de la société Samsung Electronics France s'élève à 46 millions de francs environ, et il appartient à 100 % à la société coréenne Samsung. Dans le passé, les sociétés Samsung France et Akai France ont eu un actionnaire commun. Depuis, la société coréenne Samsung a racheté peu à peu les actions détenues par cet actionnaire commun. La société Samsung Electronics France possède 100 % du capital d'une SARL chargée d'assurer les services avant-vente et après-vente des matériels qu'elle commercialise. Elle ne possède aucune autre filiale, ni aucune autre participation dans une autre société.»*

Les produits «blancs» ne représentent que de 15 à 20 % de son activité. L'évolution des ventes en volume de fours à micro-ondes et d'aspirateurs de 1988 à 1991 est reprise au tableau ci-dessous.

Produits	1988	1989	1990	1991
Aspirateurs		4 000		5 000
Micro-ondes	17 000	59 000	82 000	100 000

Les parts de marché en volume de la société Samsung Electronics France en matière de fours à micro-ondes ont évolué comme suit pour les années 1990 et 1991.

1990			1991		
Volume	S.E.F.	Part en %	Volume	S.E.F.	Part en %
1 400 000	82 000	5,80 %	1 400 000	100 000	7,10 %

Pour la période 1990-1995, les parts de marchés (en %) pour l'ensemble des produits commercialisés par la société ont évolué comme suit :

	1990	1991	1992	1993	1994	1995
Magnétoscopes	2,6	2,9	3,7	4,2	5,2	7,9
Téléviseurs	1,8	2,1	2,4	2,2	1,8	1,7
Camescopes			1,0	1,9	3,3	8,8
Radio K7	8,9	8,5	8,0	7,5	7,0	7,7
Fours micro-ondes	6,2	8,9	8,7	9,6	8,6	11,7

M. Bousquet, directeur commercial de la société Samsung Electronics France a déclaré : *«Les parts de marchés que je vous ai communiquées, établies par*

G.F.K., sont relatives aux ventes aux consommateurs finaux. Elles ne concernent donc pas les chiffres d'affaires des fournisseurs : l'écart entre ces derniers et les ventes aux consommateurs s'explique notamment par le stockage dans la distribution. Ces chiffres calculés par G.F.K. sont voisins de ceux calculés par Nielsen. L'examen des ces parts de marchés et de leur évolution montre que le choix des consommateurs est orienté par l'importance qu'ils accordent aux grandes marques, notamment pour les téléviseurs couleurs, plus par exemple que pour les magnétoscopes.»

Au cours de l'exercice 1990, ses meilleurs clients ont été Darty (16 074 pièces vendues), Conforama (10 321), Carrefour (6 075) et But (5 718). En 1995, elle a réalisé un chiffre d'affaires de 886 millions de francs, pour un bénéfice net de 4 millions.

24. Les distributeurs

241. La grande distribution spécialisée

On regroupe dans cette catégorie les magasins spécialisés, d'une certaine importance, et qui appartiennent généralement à de grands groupes de la distribution. Il existe des magasins comparables, mais qui appartiennent à des commerçants indépendants, qui sont affiliés à un groupement (centrale d'achat commune, franchise, etc.) et qui sont examinés ci-après. Les principaux distributeurs spécialisés sont les suivants :

- Filiale du groupe Pinault-Printemps-La Redoute via la société Caumartin Participations, le groupe **F.N.A.C.** dont les sociétés F.N.A.C., F.N.A.C. Service, F.N.A.C. Paris, Relais F.N.A.C., etc., a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 10,6 milliards de francs.
- Appartenant également au groupe Pinault-Printemps-La Redoute, le groupe **Conforama** dont notamment les sociétés Conforama Holding et Conforama France a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 9,1 milliards de francs. Le même groupe Pinault-Printemps-La Redoute (chiffre d'affaires 1996 : 80,4 milliards de francs) possède le grand magasin Le Printemps et la société de vente par correspondance La Redoute, également distributeurs de produits blancs et bruns.
- Filiale de la Société financière Darty, elle-même détenue à 99,02 % par la société britannique Kingfisher Plc, la société Établissements **Darty & Fils** exploite les magasins à l'enseigne Darty de la région parisienne et détient les filiales qui exploitent les magasins à cette enseigne installés dans les autres régions du territoire national. Le groupe, y compris la société Caprofem, a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 9,6 milliards de francs, la société Établissements Darty & Fils ayant à elle seule réalisé la moitié environ de ce montant (4,422 milliards). Par ailleurs, cette société détient 61,68 % du capital des sociétés But et Go-Sport.

Les six sociétés filiales «régionales» disposent d'un entrepôt, d'un service de livraison et de services après-vente intégrés ou effectués par 24 sociétés autonomes, filiales des Établissements Darty & Fils. Les négociations avec les fournisseurs et les référencements sont centralisés au niveau des Établissements Darty & Fils. Sur la base de ces négociations centralisées, les

filiales régionales s'approvisionnent directement auprès des fournisseurs, sauf les magasins dépendant de Darty Ouest, qui sont approvisionnés par la société Établissements Darty & Fils, laquelle approvisionne également, en partie, son autre filiale Caprofem.

MM. Philippe Molina, René Aubertin et Pierre Koch, respectivement directeur administratif et financier, directeur des produits d'électronique grand public et directeur juridique du groupe Darty ont précisé : *«Selon le panel G.F.K., la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public est assurée par les cinq canaux suivants : les grandes surfaces alimentaires, la vente par correspondance, les grands magasins, les spécialistes traditionnels et les grandes surfaces spécialisées. Le groupe Darty est classé parmi ces dernières, bien qu'il se distingue de ses concurrents de ce canal en ce qu'il ne commercialise que des produits blancs et bruns et ne commercialise pas, par exemple, ni appareils et services de photographie, ni meubles meublants, etc. [étant rappelé] la décision «petit électroménager» qui, dans cet esprit, classe à part le réseau Darty (...) La société E^s Darty & Fils et ses filiales représentent un ensemble de 145 magasins de vente au détail, tous situés en France métropolitaine. Le groupe Darty n'est pas présent dans les départements et territoires d'outre-mer, et il n'effectue aucune vente hors de l'hexagone, sauf peut-être dans certains cas, surtout dans les régions frontalières, aux particuliers. La société E^s Darty & Fils assure, par l'intermédiaire de ses deux directeurs de produits (produits bruns et produits blancs), la centralisation (de) la sélection et (du) référencement de tous les fournisseurs pour l'ensemble du groupe, à l'exception de la filiale belge, dont l'enseigne n'est pas Darty, et dont la politique commerciale, y compris des achats, est totalement indépendante. (...) Selon nous, le groupe Darty est le principal distributeur de produits bruns et blancs en France. S'agissant des seuls produits bruns, nos principaux concurrents sont, dans l'ordre, les autres grandes surfaces spécialisées, (dont Conforama et But, puis la FNAC, Interdiscount et Boulanger), puis le réseau des détaillants traditionnels (qui réalise plus de 30 % des ventes de téléviseurs et parmi lesquels il faut noter les groupements Connexion et Gitem) et enfin les grandes surfaces alimentaires (Carrefour et Auchan, puis Casino, Mammouth, Continent). Les grands magasins représentent une part faible des ventes en général, mais ils peuvent représenter dans certaines villes, comme à Paris, des concurrents non négligeables.»*

Selon la société Établissements Darty & Fils, sur la base d'une étude G.F.K., le groupe Darty aurait réalisé près de 12 % des ventes au détail des appareils de télévision, de vidéo et d'électro-acoustique en 1995, contre 11,35 % en 1992.

- Filiale à 99,98 % de la société Meubles Rapp, la société **Atlas-Mobilier Européen** a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 3,4 milliards de francs. Elle détient tout ou partie du capital de plusieurs sociétés spécialisées dans le négoce du meuble et des produits blancs et bruns, dont les sociétés Amadeus (100 %) et C^e française d'équipement de la maison (100 %).
- Filiale du groupe Auchan, la société **Boulanger** a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 2,7 milliards de francs.

- Le capital de la société **But** - Tousalon est détenu à hauteur de 61,68 % par la société Établissements Darty & Fils. L'ensemble du groupe (dont la société But International) a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 2,1 milliards de francs.
- Détendue à 60 % par M. Serge Buga, la société **Interdiscount** a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 1,7 milliard de francs.
- Filiale de la société Media Markt, elle-même filiale du groupe Metro, la société **Hypermédia** a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 1,2 milliard de francs.

242. *Les groupements d'indépendants*

- Le GITEM, groupement de quatre sociétés coopératives régionales (la coopérative Socadam a quitté le Gitem et rejoint le groupement Expert en 1996), dont les adhérents sont principalement implantés dans les zones rurales et les petites agglomérations, a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 2,2 milliards de francs.
- Filiale à 99,94 % du groupe Expert, la société Expert France a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 28 millions de francs. L'ensemble du groupe s'était renforcé en 1997 par l'adhésion de 28 membres de la coopérative parisienne Socadam, ex-adhérente du Gitem.
- Le groupement de franchise Connexion s'est allié en mars 1998 avec le groupement Expert pour former un groupe de 285 magasins, soit 3,7 milliards de chiffre d'affaires et 5 % des ventes des produits blancs et bruns. Chaque magasin a conservé l'enseigne qu'il exploitait avant l'alliance : Expert notamment dans les villes moyennes et Connexion notamment à la périphérie des grandes agglomérations. Une centrale de référencement unique (Exion) portera la puissance d'achat du groupe à 2 milliards de francs.
- Le Groupe L réunit les magasins Logimarché, (anciennement du groupe Intermarché) aux magasins Leader (magasins Hyper Cash, Sora, Leader 2, More SA, Méga Service et Groupe K).
- Créé en 1980, le groupement Pro & C^{ie} compte 800 magasins adhérents. En 1997, il a racheté le groupement Trame et passé un accord de partenariat avec le Gitem. L'association Pacte regroupe des détaillants (dont les 800 points de vente Pro & Cie) et un grossiste, le groupe Thullier.
- Enfin, le groupe Mobis était géré depuis 1985 par la société Mobis S.A. Le 19 décembre 1991, cette société a cessé toute activité, à la suite de l'apport-fusion avec la société Mobis Expansion. Le redressement judiciaire de cette dernière a été prononcé le 18 mars 1997, et un plan de cession totale a été prononcé le 30 septembre 1997.

243. *Les hypermarchés à dominante alimentaire*

- Filiale de la Société de Noyange, la société Carrefour a réalisé en 1997, avec les autres sociétés du groupe dont les sociétés Carrefour France et Euromarché, un chiffre d'affaires de 169,3 milliards de francs. Depuis 1991, elle a repris les magasins du groupe régional Montlaur (sud-ouest

de la France) puis pris une participation de contrôle dans le groupe Grands Magasins B dont une des filiales, à 99,9 %, est la société Cora.

- Le groupe Promodès - Continent, qui comprend notamment les sociétés Promodès France, Catteau et Continent Hypermarchés, a réalisé en 1997 un chiffre d'affaires de 110,6 milliards de francs.
- Filiale à 66 % de la Société financière de participation FIPAR, la société Auchan a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 42,88 milliards de francs. L'ensemble du groupe (dont sa filiale à 99,76 % Auchan France et les filiales de cette dernière) a réalisé au cours du même exercice un chiffre d'affaires de 93,2 milliards de francs.
- Filiale à 28,8 % du groupe Rallye, la société Casino France a réalisé en 1997 un chiffre d'affaires de 76,2 milliards de francs. Elle a été radiée du registre du commerce et des sociétés à compter du 31 juillet 2000, à la suite de sa fusion-absorption par la société Casino Guichard Perrachon.
- La société Comptoirs Modernes a réalisé en 1997 un chiffre d'affaires de 32,7 milliards de francs.
- La société Grands Magasins B (GMB) est *«devenue progressivement la société de tête du groupe Cora, puisque c'est elle qui contrôle les participations et exploite les hypermarchés [et qu'elle] détient la marque Cora»*.

Les enseignes Système U (chiffre d'affaires 1997 : 40,5 milliards de francs), Intermarché (I.T.M. chiffre d'affaires 1996 : 108,5 milliards de francs) et Leclerc (chiffre d'affaires 1996 : 108,8 milliards de francs) regroupent des magasins indépendants. Les magasins à l'enseigne Logimarché ont quitté le groupe Intermarché pour rejoindre le Groupe L, qui réunit ces magasins à ceux à l'enseigne Leader.

244. Les entreprises de vente par correspondance

Ces entreprises, en raison de la grande diffusion de leurs catalogues, ont un rôle important sur les marchés concernés. Il s'agit principalement de :

- La Maison de Valérie, filiale à 99 % de La Redoute, qui a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 1,08 milliard de francs.
- Filiale à 100 % du groupe Pinault-Printemps-La Redoute, le groupe La Redoute, dont les sociétés La Redoute et Redoute France, a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 16,03 milliards de francs.
- Les Trois Suisses France, filiale de la société Trois Suisses International, elle-même détenue par Otto Versans Allemagne (50 %), Association Mulliez (45 %) et Soparsuis (5 %), qui a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 6,09 milliards de francs.
- Quelle La Source, filiale de Quelle Beteiligungs GmbH, qui a réalisé en 1996 un chiffre d'affaires de 2,09 milliards de francs.
- La société coopérative Groupe Camif est détenue à 100 % par ses adhérents. L'ensemble du groupe (dont la société Camif Catalogues) a réalisé en 1992 un chiffre d'affaires de plus de 4 milliards de francs, soit

9,6 millions d'articles vendus grâce à la diffusion de 12 millions de catalogues (deux catalogues annuels de plus de mille pages comptant plus de 60 000 références, et 42 autres publications, dont 11 catalogues spécialisés). Le catalogue Camif, créé en 1947, s'adresse aux sociétaires de la M.A.I.F. et de FILIA-M.A.I.F. Les catalogues MNH, MFP, MGPCL, MDCM, COOP VPC PTT et Appartenance (créés respectivement en 1988, 1988, 1989, 1990, 1990 et 1993) s'adressent aux sociétaires des mutuelles des hospitaliers, de la fonction publique et des agents territoriaux et aux adhérents de divers organismes de l'économie sociale, dont les militaires et la Poste. En 1996, le groupe Camif a maintenu, à 4,3 milliards de francs, le chiffre d'affaires réalisé en 1995.

Se référant à la page 38 du rapport financier pour 1995, MM. de La Chesnais et Boivineau, respectivement directeur général adjoint et directeur des produits techniques de la société Camif Catalogues, ont déclaré le 15 mai 1996 : *«Le groupe Camif a adopté une nouvelle organisation applicable à compter du 1^{er} juin 1996, mais entrée en vigueur dans les faits depuis le 1^{er} janvier 1996. Les différentes activités du groupe ont été séparées. En particulier, les activités de vente par correspondance en France ont été confiées à la société Camif Catalogues, et aux filiales de cette dernière. M. de La Chesnais assure les fonctions de directeur des achats pour Camif Catalogues, assisté de plusieurs directeurs «produits», parmi lesquels M. Boivineau, directeur des «produits techniques» dont les appareils électroménagers et d'électronique grand public. M. de La Chesnais était directeur des produits techniques de la société Camif jusqu'à la fin du mois de janvier 1994.»*

Pour les années 1991 à 1995, le groupe Camif aurait réalisé les pourcentages des ventes totales des marchés concernés suivantes (source : Nielsen et Camif) :

	1991	1992	1993	1994	1995
Petit électroménager	1,23 %	1,34 %	1,26 %	1,21 %	1,20 %
Gros électroménager	1,62 %	1,65 %	1,81 %	1,80 %	1,98 %
Électronique G.P. Hors supports magnétiques	1,16 %	1,21 %	1,22 %	1,18 %	1,27 %

Les seuls fours à micro-ondes représentaient, en 1995, 8 % des ventes d'appareils de gros électroménager du groupe Camif, soit 1,6 % des ventes totales en France de fours à micro-ondes.

■ B. - Les faits

1. - La fixation des prix des grands magasins spécialisés

11. Le groupe Atlas - Mobilier européen

111. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page

numérotée 40, datée du 28 juin 1989, rend compte de discussions de la société Akai France avec la centrale Atlas. Elle indique :

«Pub(licité) 25.09

VS 19	Tentative	2 990
VS 25		4 490
Midi 570		4 990
CDM 670		1 690

Pour novembre, réfléchir sur Midi 650 : 4 490 F»

112. - Le document saisi sous cote B, 51, 1, 85 est une lettre (original de fax) adressée le 6 décembre 1990 par la société Akai France (M. J. Hédin) à Atlas, à l'attention de Mme Angéla Rémy. Elle indique : «*Ci-joint en retour votre tarif revêtu de notre accord. Sincères salutations*».

113. - À cette lettre était joint un tableau en deux pages (cotes B, 51, 1, 86 et 87) sur papier à en-tête «*Atlas*», daté du 19 novembre 1990 et intitulé «*AKAI AKAI / REF HISTO / REF TARIF : 01/11/90*». Pour chaque catégorie de produits (téléviseurs couleurs, magnétoscopes de salon, caméscopes, chaînes Hi-Fi indivisible, platine tourne-disque, radiocassette, baladeur et cassettes vidéo), il indique les références de la gamme Akai et, notamment, les «*prix d'achat bruts*», les «*remises*», les «*prix d'achat nets*», les «*prix de vente emportés*» et des précisions sur les «*prix de vente livrés*». Les références et leur «*prix de vente emporté*» correspondant figurent au tableau ci-dessous.

VS F 10	2 890
VS F 12S	3 590
VS F 16	3 890
VS F 17	4 590
PVSC 100 S	7 990
Intégrale 333	3 790
Laser 600	5 490
APM 600	690

114. - Le document saisi sous la cote A, 383, 1, 41 est le double d'une lettre de la société Samsung Electronics France (M. Christian Bérard, directeur des ventes) en date du 29 mai 1991 adressée à la centrale Atlas - Mobilier Européen, «*à l'attention de Michel Sander*». Elle est rédigée comme suit :

«*Veuillez trouver ci-après la cotation actualisée des différents fours micro-ondes constituant notre gamme* :

<i>Référence</i>	<i>Prix de cession net H.T. S/F</i>	<i>PVC</i>
<i>RE 578 D - M 6136</i>	<i>709</i>	<i>990</i>
<i>RE 579 TC - M 6146 TC</i>	<i>830</i>	<i>1 290</i>
<i>M 7136</i>	<i>760</i>	<i>1 190</i>
<i>M 7146 TC</i>	<i>922</i>	<i>1 490</i>
<i>RE 607 D - MX136</i>	<i>913</i>	<i>1 390</i>
<i>RE 608 TC - MX146 TC</i>	<i>1 000</i>	<i>1 690</i>
<i>RE 995</i>	<i>1 230</i>	<i>1 990</i>
<i>RE 1200 CG</i>	<i>2 120</i>	<i>3 490</i>
<i>RE 609 ST</i>	<i>1 000</i>	<i>1 790 »</i>

115. - En réponse à cette correspondance, une responsable du département Ménager, Image et Son de la centrale (Mme Angela Rémy) a transmis «à Monsieur VALTON pour information» (carte de visite professionnelle, cote A, 383, 1, 46) un document en date du 14 juin 1991, saisi sous cote A, 383, 1 49. Il s'agit d'un listing reprenant toute la gamme de fours à micro-ondes de la société Samsung Electronics France sous la «Réf. Tarif : 01/06/91». Pour chaque référence est mentionné son «prix achat brut», les «devises» de paiement, son caractère «nouveau», «terminé» ou «fin de vie», son «prix achat net», sa «gamme», son caractère «N(on)» «exclusif», et son «prix vente emporté».

12. Le groupe Darty

121. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. La page numérotée 2 rend compte de discussions du «13 juin 89» avec la société Darty (M. «Vladimir Rheims») et comporte diverses références de produits vendus par la société Akaï, les uns pour la «Province», les autres pour «Paris + Prov.» ou pour «Tout le monde», certains pour «Août → Déc. et +», d'autres pour «Juin → août». Pour trois références, «CT F 253», «CT F 213 - à créer» et «CT F 153», figurent des prix de vente hors taxes au centime près et les prix de vente au détail correspondants de la forme x y90F.

122. - Sur le même cahier coté B, 51, 2, la page numérotée 6 rend compte de discussions du «15.06.89» de la société Akaï (MM. «JM» et «AB») avec la société Darty (MM. «R. Audetin» et «S. Sirrocchi») et comporte trois références de produits vendus par la société Akaï : «VS 19», «VS 20» et «VS 425». Pour chacune d'elles figurent des prix de vente hors taxes, les prix de vente au détail correspondants de la forme x y90F et la marge de distribution en pourcentage qui en découle.

123. - Sur le même cahier coté B, 51, 2, les pages numérotées 47 et 48 rendent compte de discussions du «5 juillet» 1989 de la société Akaï (MM. «AG» et «AB») avec la société Darty (MM. «E. Capron», «Guy

Chemama, chef de produits Audio» et «*Jean-Michel Neyret, chef de produit hi-fi*») et comporte diverses références de produits vendus par la société Akaï. Pour chacune d'elles figurent des prix de vente hors taxes («S(ur) F(ature)») au centime près et les prix de vente au détail correspondants de la forme x y90F. Les cartes de visite professionnelles de MM. Guy Chemama et Jean-Michel Neyret sont agrafées à la p. 48 du cahier en cause.

124. - Sur le même cahier coté B, 51, 2, la page numérotée 58 rend compte de discussions de la société Akaï avec la société Darty (MM. «S. *Sirrocchi*» et «N. *Rheims*») et comporte diverses références de produits vendus par la société Akaï. Pour chacune d'elles figurent les prix de vente hors taxes («S(ur) F(ature)») au centime près et, dans trois cas («CTF 253», «CTF 213» et «CTF 153») les prix de vente au détail correspondants de la forme x y90F. Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 11 juillet 1989 (cote B, 51, 2, p. 59) et au plus tôt le 7 juillet 1989 (cote B, 51, 2, p. 52).

125. - Sur le même cahier coté B, 51, 2, la page numérotée 134 rend compte de discussions du «27.09.89» avec un responsable de la société Darty (M. «J.M. NEYRET») et comporte quatre colonnes : la première est celle de référence de produits commercialisés par la société Akaï France, la deuxième des prix de vente correspondants, tous de la forme x y90F, la troisième des prix d'achat au centime près («S(ur) F(ature)») et la troisième des prix d'achat «*net net*». Pour les deux premiers articles («CD 25» et «CD 55»), figure en outre la mention «*octobre*» et «*novembre*» respectivement.

126. - Sur un cahier analogue coté B, 51, 5, les pages numérotées 22 à 24 rendent compte d'une entrevue du «31.5.90» entre la société Akaï France (MM. «AB» et «AG») et la société Darty (MM. «E. *Capron*» et «J.M. *Neyret*») et portant notamment sur des chaînes Hi-Fi. Pour chacune des références concernées, est mentionné tout d'abord le prix de vente au détail de la forme x y90F, puis le prix de vente hors taxes «S(ur) F(ature)» et enfin un prix de vente hors taxe inférieur.

127. - Sur un cahier analogue coté B, 51, 6, les pages numérotées 61 à 63 rendent compte d'une entrevue du «21.8.90» entre la société Akaï France (MM. «AB» et «AG») et la société Darty (M. «E. *Capron*») et portant notamment sur des chaînes Hi-Fi. Pour chacune des trois références «*Chaîne laser 600*», «*Chaîne laser 700*» et «*Chaîne Intégrale 333i*» est mentionné le prix de vente au détail (5 690 F au 01.10.1990 puis au 01.11.1990, 5 990 F et 3 790 F), puis le prix de vente hors taxes «S(ur) F(ature)» au centime près («*net*» et/ou «*net net*») et enfin le coefficient multiplicateur correspondant.

128. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 69 est un «*rapport journalier de visite*» du 9 novembre 1990 du représentant de la société Akaï «JPB». Il signale, entre autres, pour le magasin «Darty» de «Toulouse» : «*Laser 400 3990F + APM 370F / (Laser) 600 4950F + APM 370F*».

129. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 68 est un «*rapport journalier de visite*» du 22 novembre 1990 du représentant de la société Akaï «JPB». Il signale, entre autres, un problème de «*prix*» au magasin «Darty» de «Toulouse».

12a. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 66 est un «*rapport journalier de visite*» du 4 décembre 1990 du représentant de la société Akaï «*JPB*». Il signale, entre autres, «*OK prix*» au magasin «*Darty*» de «*Bordeaux*».

12b. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 67 est un «*rapport journalier de visite*» du 7 décembre 1990 du représentant de la société Akaï «*JPB*». Il signale, entre autres, un problème de «*prix*» au magasin «*Darty*» de «*Toulouse*».

12c. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 63 est un «*rapport journalier de visite*» du 10 janvier 1991 du représentant de la société Akaï «*JPB*». Il signale, entre autres, un problème de «*prix*» au magasin «*Darty*» de «*Toulouse*».

12d. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 74 est un «*rapport hebdomadaire de visites*» pour la semaine du 11 au 15 février 1991 du représentant de la société Akaï, M. «*L. Ruelle*». Au terme de sa visite des magasins *Darty* de Creil, *Intermarché* de Soissons, *Atlas* de Soissons et Fayet, *Connexion* de Fayet, *But* de Compiègne et Fayet, *Cora* de Soissons, *Mammouth* de Fayet, *Conforama* de Compiègne et Saint-Quentin, *FECA* de Reims, *Studio J.P.* de Château-Thierry, *Coop de Champagne* de Château-Thierry, *Atlas* de Creil et *Connexion* de Tause, il signale à propos du magasin *Darty* de Creil : «*VSF16 3590 / CT21 2580*».

12e. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 71 est un «*rapport hebdomadaire de visites*» pour la semaine du 25 février au 1^{er} mars 1991 du représentant de la société Akaï, M. «*Becquet*». Au terme de ses visites des magasins *Auchan* de Saint-Sébastien, *Connexion*, *Carrefour*, *Conforama* et *Darty* du Mans, *Gérama* de La Flèche, *Connexion* de Nantes Beaulieu, il signale à propos du magasin *Darty* du Mans : «*Darty du Mans p(ro)b(lème) concurrence. Rien à faire Voir après inventaire Suite de la bagarre Auchan/Intermarché*».

12f. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. La page numérotée 288 rend compte d'une entrevue du «*11 mars 91*» accordée par la société Akaï France (MM. «*S.M*» et «*A.B*»), dans ses locaux, à la société *Darty* (MM. «*S. Sirrocchi*» et «*B. Delacour*»), à propos des mois de mai, juillet, septembre et novembre suivants. Elle comporte sept références de produits vidéo vendus par la société Akaï, avec leur prix de vente au détail de la forme x y90F.

12g. - Sur les cahiers analogues cotés B, 51, 3 et B, 51, 7, les pages numérotées, respectivement, 365 et 366 et 2 V° rendent compte d'une entrevue du 22 mai 1991 entre la société Akaï France (MM. «*AB*» et «*AG*») et la société *Darty* (MM. «*Serge Sirrocchi*» et «*Bruno Delacour*»). Sont mentionnés les «*souhaits*» de cette dernière («*Réponse Akaï en attente*») portant sur huit références de magnétoscopes, leur prix de vente au détail, leur prix d'achat net et les quantités susceptibles d'être commandées, les unes pour la période d'octobre à janvier suivante (VS F 410/403, VS F 535, VS F 423), d'autres pour la période de septembre à janvier (VS F 300, VS F 200, VS F 330 et VS F 220). La référence VS F 410 est mentionnée comme étant un «*pseudo pour 403*».

12h. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 73 est un «*rapport hebdomadaire de visites*» pour la 32^{ème} semaine de l'année 1991 (août) du représentant de la société Akaï, M. «*L. Ruelle*». Au terme de sa visite des magasins *Darty* de Fingueure et Beauvais, *Clé de Sol* de Reims, *Connexion* de Beauvais, *But* de Compiègne et Beauvais, *Carrefour* de Compiègne, *Cora* de Saint-Maximin et *Conforama* de Reims et Saint-Maximin, il signale à propos des magasins *Darty* de Fingueure et Beauvais : «*VSF30 3590 !! / VS470 640*».

12i - Le document saisi sous cotes A, 383, 1, 19 et 20 a été établi, de façon manuscrite, par M. Eric Valton, de la société Samsung Electronics France, pour rendre compte d'une réunion de négociation tenue le 24 septembre 1991 avec la société Darty. L'interlocutrice de M. Valton à cette réunion était Mme Marie-Pierre Lascaut, chef de produits. Parmi les questions évoquées et notées figurent, entre autres :

« Produits	net S/F	NET	PVC	TAUX
578/6136	659,8	640,0	990	21,00 %
7136	690,7	670,0	1 190	31,16 %
7146 TC	793,8	770,0	1 490	36,80 %
RE 995	1 134,0	1 100,0	1 990	32,41 %
RE 1200	1 855,0	1 799,35	3 490	37,00 % »

- Problème : 1) *P(rix) public du RE 1200* - Paris 3290
Compiègne 3250
Lille ?

(...)

- Nouveaux produits 1992

24 litres	(...)	→	1290
« »	(...)	→	1590
28 litres	(...)	→	1490
	(...)	→	1790
	(...)	→	1890
20 litres Grill Synchro		→	1690 »

Selon l'enquêteur (rapport administratif d'enquête du 19 mars 1992, p. 24), M. Valton lui aurait indiqué que ce document ne constituait qu'une «*préparation de l'entretien*» qu'il devait avoir avec Mme Marie-Pierre Lascaut de la société Darty. Dans ses écritures, la société Établissements Darty & Fils a indiqué que les prix qui figurent sur ce document auraient déjà été pratiqués les 24 novembre 1990 (RE 1200) et 30 mars 1991 (RE 995).

12j. - Le document saisi sous cotes A, 383, 1, 21 à 23 a été établi, de façon manuscrite, par M. Eric Valton, de la société Samsung Electronics France, pour rendre compte d'une réunion de négociation tenue le 4 juillet 1991 avec la société Darty. Il comporte, entre autres, l'indication de produits dont le caractère «*nouveau*» résulterait de leur «*porte bombée*», leur référence et l'indication d'un prix de la forme x y90F. Il fait état de négo-

ciations du 4 juillet 1991 entre la société Samsung et le groupe Darty. La page 21 fait référence aux relevés de prix de vente au détail de GFK, aux nouveaux produits («kits») MX 147 MZ et MX 137 MZ, au fait que le «référencement» des produits Samsung est «à reprendre» en «propos[ant] les substituts» dans le cadre du «portefeuille Micro-ondes», compte tenu du «positionnement Moulinex». Ce référencement porte notamment sur les produits Samsung 995 et 1200 C.G, bien qu'ils soient réservés («résas») «juste en appro» et sur les produits 7136, 7146 TC, 607 D, MX 136, 578 D et, éventuellement («?») 608 TC. Le produit 607 D en est exclu en raison du «problème du 607 D [à] Morsang. Réglé ? ?». La page 23 compare des produits voisins de marques Samsung, Moulinex et Thomson, et indique des prix de la forme x y90F, c'est-à-dire des prix de vente au détail, pour des produits de marque Moulinex, mais également de marque Samsung : MX 136 («1 390») et un four à micro-ondes «21 litres Grill» dont la «sortie» sur le marché est prévue «en janvier à 1 790» de façon «simultané[e]» à celle d'un concurrent (Thomson ou Moulinex).

12k. - Le 31 mai 1996, MM. Philippe Molina, René Aubertin et Pierre Koch, respectivement directeur administratif et financier, directeur des produits d'électronique grand public et directeur juridique du groupe Darty ont déclaré (cotes R 2.947 et R 2.948) : «La politique commerciale du groupe Darty n'est pas une politique d'hypersélectivité. Elle consiste au contraire à offrir aux clients le choix le plus large possible, le plus grand assortiment possible pour chaque produit. S'il ne peut être présenté absolument toutes les marques, nous tendons néanmoins à présenter le maximum de marques. Nous sélectionnons tout d'abord des produits de qualité, en particulier des produits d'une certaine pérennité, y compris de pérennité technologique. Pour chaque catégorie de produits, nous nous efforçons de présenter l'ensemble des gammes. Le groupe Darty n'effectue aucun achat à l'étranger, et n'a donc conclu aucun contrat d'importation. Il achète des produits importés, mais à des entreprises françaises, elles-mêmes importatrices. [Les huit premiers fournisseurs du groupe Darty, auprès de qui ce dernier réalise plus de 80 % de ses achats, sont, par ordre décroissant : Philips, Sony, JVC, Thomson, Panasonic-Technics, Grundig, Aiwa et Akaï : cote R 2.319]. (...) Aucun de nos fournisseurs ne rémunère, en tout ou partie, ou ne commissionne, des vendeurs exerçant leur activité dans les magasins du groupe Darty.

Les achats de l'ensemble des filiales du groupe sont effectués de façon centralisée. Les dirigeants de ces filiales n'ont donc aucune maîtrise des achats et des référencements. De même, ils doivent appliquer la politique commerciale du groupe, mais en raison de la décentralisation, ils peuvent se rapprocher le plus possible de l'attente de leur clientèle locale. Ainsi, ils déterminent leurs prix de vente, dans le cadre de la politique commerciale du groupe [MM. Molina, Aubertin et Koch ont estimé que leurs déclarations relatées dans ce paragraphe seraient mieux traduites par la rédaction suivante : «Les négociations et référencements sont effectuées de façon centralisée pour l'ensemble des filiales du groupe. Les dirigeants de ces filiales n'ont aucune maîtrise des conditions d'achat ; par contre, ils réalisent eux-mêmes leurs approvisionnements aux conditions qui ont été négociées avec le fournisseur. Ils déterminent les prix de vente dans le cadre de la politique commerciale du groupe et en fonction des marchés locaux.» : cote R 2.292].

(...) Les prix de vente au détail pratiqués dans les magasins du groupe sont déterminés par le marché. Le groupe Darty n'achète pas les relevés de prix des organismes spécialisés, comme par exemple les panels I.F.R. ou C.M.I. [À savoir «Institut Français de Recherche» et «Centre Marketing Informatique»], mais effectue ses propres relevés de prix dans les magasins de vente au détail de la concurrence. Les directeurs de magasins Darty sont des professionnels responsables, et ils ne peuvent que s'aligner sur les prix les plus bas de leurs concurrents sous peine de voir baisser leur chiffre d'affaires et leur marge [MM. Molina, Aubertin et Koch ont tenu à ajouter à cette phrase, qui ne correspondrait pas à leurs propos, la phrase suivante : «Les directeurs de magasins Darty sont responsables de l'animation des équipes de vente du magasin et informent les directions de produits des prix du marché observés dans la zone de chalandise du magasin. La décision d'alignement éventuel appartient aux directions produits» : cote R 2.292]. Pour les produits nouveaux nouvellement lancés sur le marché, les prix de vente au détail sont déterminés par les directeurs de produits sur la base de critères objectifs (parenté avec des appareils déjà existants de la même marque ou de marques concurrentes, valeur d'usage supplémentaire induite par l'innovation technologique, insertion dans la gamme de prix des appareils voisins, etc.) et psychologiques (par exemple, un prix de vente au détail de 590 F sera plus facilement accepté par les consommateurs qu'un prix de 600 F). À propos de l'identité simultanée de prix de vente au détail de produits nouvellement lancés sur le marché dont vous nous dites qu'elle pourrait avoir été constatée, nous pouvons seulement faire trois observations. En premier lieu, nous ne pensons pas que cette identité puisse être généralisée. En deuxième lieu, elle s'expliquerait selon nous par l'existence de campagnes de promotions nationales et la diffusion de catalogues, sur les prix desquels s'alignerait la profession, dont le groupe Darty. En dernier lieu, dans le secteur des produits bruns notamment, la durée de vie d'une innovation est très brève : dès lors qu'elle apporte un plus certain, elle est très vite imitée par la concurrence, et devient la norme, et le prix de vente devient très rapidement le prix du marché [Après réflexion, MM. Molina, Aubertin et Koch ont estimé que les membres de phrase soulignés devraient être remplacés par : «peut s'aligner le groupe Darty» et par «ce qui se traduit par une tendance permanente à la baisse des prix du marché» : cote R 2.292]. Aucun de nos fournisseurs n'a jamais établi ni diffusé des prix de vente au détail imposés, depuis 1988 en tout cas. Aucun de nos fournisseurs n'a jamais non plus, depuis 1988, établi ni diffusé des prix de vente au détail conseillés, sauf pour certaines gammes de produits très particulières, comme les appareils de hi-fi haut de gamme et les autoradios haut de gamme. Nous ne pensons pas avoir conservé ces prix de vente au détail conseillés, dont nous ne tenons pas nécessairement compte pour établir nos propres prix de vente au détail.»

12I. - La marge moyenne, globale et par famille, dégagée par le groupe Darty ressort du tableau ci-après (cote R 2.936) :

	1992	1993	1994	1995
Téléviseurs	27,3 %	26,8 %	26,3 %	26,7 %
Vidéo	26,3 %	26,0 %	25,3 %	26,6 %
Son	33,6 %	33,7 %	33,3 %	34,1 %
TOTAL	29,1 %	29,0 %	28,6 %	29,1 %

13. Le groupe Boulanger

131. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 34 mentionne : «*Pub Boulanger - Fin août / Sortie 28-08-89 / CTF 213 3 990 / VS 24 4 790*». Ces mentions ont été portées sur le cahier en cause au plus tard le 28 juin 1989 (cote B, 51, 2, p. 40) et au plus tôt le 23 juin 1989 (cote B, 51, 2, p. 32), c'est-à-dire plus de deux mois avant la sortie du prospectus publicitaire dont il s'agit.

132. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 70 est un «*rapport journalier de visite*» du 5 octobre 1990 du représentant de la société Akai «JPB». Il signale, entre autres, que le magasin «Boulanger» de «Portet» est «OK IFR».

133. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 67 est un «*rapport journalier de visite*» du 7 décembre 1990 du représentant de la société Akai «JPB». Il signale, entre autres, un problème de «prix» au magasin «Boulanger» de «Portet».

134. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 62 est un «*rapport journalier de visite*» du 9 janvier 1991 du représentant de la société Akai «JPB». Il signale, entre autres, un «prix (à revoir)» au magasin «Boulanger» de «Portet».

135. - Les documents saisis cotés A, 383, 2, 207 à 210 concernent des relations commerciales entre la centrale SMS (qui intervient pour le compte des magasins à l'enseigne Auchan et ceux à l'enseigne Boulanger) et la société Samsung Electronics France. Dans la lettre de cette dernière du 10 juillet 1991 à la centrale SMS (cotes A, 383, 2, 207 et 209), elle indique, s'agissant du four à micro-ondes RE 995 un «*prix de cession net HT S/F*» (1 176,25 F) ainsi qu'un «*prix de vente constaté au plus bas*» (1 990 F). Cette lettre a été dactylographiée sur la base d'un manuscrit de M. Bérard saisi sous cote A, 383, 2, 208.

14. Le groupe F.N.A.C.

141. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. Les pages numérotées 21 et 22 rendent compte de discussions de la société Akai France avec un représentant de la F.N.A.C., M. «J. Hoquel». Elles comportent de nombreuses références de produits vendus par la société Akai en vue notamment d'une «*Offre FNAC*», leurs prix de vente hors taxes au centime près, des prix de vente au détail correspondants de la forme x y90F parfois (p. 22) présentés comme «*MKT*» et les coefficients multiplicateurs résultant de la division des seconds par les premiers. La page 22 est une page blan-

che, manuscrite, collée à cet endroit dans le cahier. Les discussions dont il s'agit ont eu lieu au plus tard le 23 juin 1989 (cote B, 51, 2, p. 32) et au plus tôt le 21 juin 1989 (cote B, 51, 2, p. 19).

142. - Sur le même cahier coté B, 51, 2, la page numérotée 31 rend compte de discussions de la société Akai France avec un représentant de la F.N.A.C., M. «J.P Dupreul». Elles comportent trois références de produits vendus par la société Akai, leurs prix de vente hors taxes au centime près, les prix de vente au détail correspondants de la forme x y90F et, dans deux cas («VS 20» et «VS 25»), la «marge» en pourcentage ainsi dégagée par la F.N.A.C. Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 23 juin 1989 (cote B, 51, 2, p. 32) et au plus tôt le 21 juin 1989 (cote B, 51, 2, p. 19).

143. - Sur un cahier analogue coté B, 51, 6, les pages numérotées 2 et 3 rendent compte d'une entrevue du «22.3.90» entre la société Akai France et la société F.N.A.C. (M. «Michel Spieth») et portant notamment sur des magnétoscopes, en particulier pour la «campagne Printemps-Été». Pour quatre références (PVS C 500^e, VS 422, VS 462 et VS 485) est mentionné le seul prix de vente au détail (9 990 F, 2 990 F, 3 690 F et 4 290 F). Pour la référence PVS C 100S est également mentionné ce prix de vente au détail (7 990 F) ainsi que le prix de vente hors taxes «S(ur) F(ature)» : 4 844.⁰⁰ F.

144. - Le document coté B, 51, 4 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 530 rend compte de discussions téléphoniques entre la société Akai France et la société FNAC qui ont eu lieu au plus tard le 11 avril 1990 (cote B, 51, 4, p. 546) et au plus tôt le 22 mars 1990 (cote B, 51, 4, p. 527).

Elle indique :

«	VS 965	VS 485	VS 462	V422
	5490	4290	3690	2990
	(	(	(	(
	(SF) 2943. ¹⁰	2317. ⁴⁸		
	2033. ⁹⁷	1874. ⁷⁸		
	35 %	34. ⁵ %	35 %	
	2854. ⁸⁰	2247. ⁹⁶	1963. ⁰⁹	1809. ⁵⁴
	(...)			

145. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 65 est un «rapport journalier de visite» du 30 novembre 1990 du représentant de la société Akai «JPB». Il signale, entre autres, de «revoir pour prix VS10» au magasin de la «FNAC» de «Bordeaux».

146. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 66 est un «rapport journalier de visite» du 4 décembre 1990 du représentant de la société Akai «JPB». Il signale, entre autres, «OK prix» au magasin de la «FNAC» de «Bordeaux».

147. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 353 rend compte de discussions de la société Akai France avec la société F.N.A.C. qui faisait montre d'«intérêt (pour la) HiFi». Elles ne comportent, pour les trois références de chaînes Hi-Fi mentionnées, que l'indication de leur prix de vente au détail de la forme x y90F. Ces discus-

sions ont eu lieu au plus tard le 15 mai 1991 (cote B, 51, 3, p. 359) et au plus tôt le 29 avril 191 (cote B, 51, 3, p. 347).

148. - Le document coté B, 51, 8 est un cahier manuscrit sur lequel un employé du service commercial de la société Akaï France prenait des notes. Les pages numérotées 46 V° et 56 V° rendent compte de discussions des 2 avril et 3 mai 1991 entre la société Akaï France et la société F.N.A.C. (M. «J. Pierre» tout d'abord, MM. «Y. Comoy» et «JP Dupreuilh» ensuite) consacrées notamment à des chaînes Hi-Fi, «Mini», «Midi» et «Laser». Pour chacune des références concernées, n'est mentionné que leur prix de vente au détail de la forme x y90F.

149. - Sur un cahier analogue coté B, 51, 9, la page numérotée 104 V° rend compte de discussions du 19 juillet 1991 entre la société Akaï France et la société F.N.A.C. Pour chacune des cinq références de chaînes Hi-Fi concernées, est mentionné leur prix de vente au détail de la forme x y90F et leur prix de vente hors taxes au centime près.

15.- Le groupe Conforama

151. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. Les pages numérotées 29 et 30 rendent compte de discussions de la société Akaï France avec la société Conforama (M. «P. Bailly»). Elles comportent de nombreuses références de produits vendus par la société Akaï, leurs prix de vente hors taxes au centime près «S(ur) F(ecture)» et les prix de vente au détail correspondants de la forme x y90F. Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 23 juin 1989 (cote B, 51, 2, p.32) et au plus tôt le 21 juin 1999 (cote B, 51, 2, p. 19).

152. - Dans le même cahier coté B, 51, 2, la page numérotée 51 rend compte de discussions de la société Akaï France avec la société Conforama (M. «Klek - 47 00 93 80») à propos de la «Pub 10» et de la «Pub 9» de cette dernière. Elle comporte cinq références de produits vendus par la société Akaï, leurs prix de vente hors taxes au centime près et les prix de vente au détail correspondants de la forme x y90F. Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 7 juillet 1989 (cote B, 51, 2, p. 52) et au plus tôt le 6 juillet 1989 (cote B, 51, 2, p. 49).

153. - La page numérotée 71 du même cahier coté B, 51, 2 revient sur les discussions à propos de la même «Pub 10» de la société Conforama. S'agissant de la référence VS 66, elle établit, à partir d'un prix de vente au détail de 5 990 F, le prix de vente hors taxes au centime près (3 031,85 F) en appliquant successivement trois remises en cascade (3 292,50 F, puis 3 193,72 F). Puis, elle procède au même calcul, en envisageant deux hypothèses de remises en cascade, à partir d'un prix de vente au détail de 4 990 F. Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 11 août 1989 (cote B, 51, 2, p. 87) et au plus tôt le 12 juillet 1989 (cote B, 51, 2, p. 62).

154. - La page numérotée 87 du même cahier coté B, 51, 2 revient le 11 août 1989 sur les discussions (avec M. «P. Bailly») à propos de la même «Pub 10» de la société Conforama, et notamment d'une «offre compl(émentaire)» portant sur les références «Chaîne Laser 420», «Intégrale 460» et «APM 459». Pour la première citée, elle établit, à partir d'un prix de vente au détail de 3 990 F, le prix de vente hors taxes «net» «S(ur) F(ecture)» au centime près de 2 594,75 F.

155. - Dans le même cahier coté B, 51, 2, la page numérotée 133 rend compte de discussions de la société Akaï France avec la société Conforama (M. «*Gérard Bourgha*»). Elle comporte six références de produits vendus par la société Akaï. Pour les quatre premières, elle indique les prix de vente au détail de la forme x y90F et leurs prix de vente hors taxes au centime près après application de deux coefficients en cascade et de «*primes*» à l'unité. Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 27 septembre 1989 (cote B, 51, 2, p. 134) et au plus tôt le 26 septembre 1989 (cote B, 51, 2, p. 130).

156. - Dans le même cahier coté B, 51, 2, la page numérotée 150 rend compte de discussions du 13 octobre 1989 de la société Akaï France avec la société Conforama (M. «*G. Bourgha*») à propos de sa «*Pub 1 - 90*» et de sa «*Pub 2 - 90*». Elle comporte trois références de produits vendus par la société Akaï et, pour chacune d'elles, le prix de vente au détail de la forme x y90F et le prix de vente hors taxes au centime, près après application de remises.

157. - Dans le même cahier coté B, 51, 2, la page numérotée 182 est la photocopie d'un télex qui y a été collée. Ce télex a été envoyée le 1^{er} décembre 1989 [et non pas «*1. 12.90*» comme mentionné par erreur : ce télex a en effet été envoyé le «*335*»^{ème} jour de l'année, et concerne une opération promotionnelle à intervenir de février à avril 1990] à 9 h 55 par la société Akaï France à la société Conforama, «*à l'attention de Mr G. Bourgha*» à propos de sa «*Pub n° 3 du 20.02 au 1.04.90*». Il comporte des offres de «*prix net H. T. sur facture*» au centime près pour cinq références vendues par la société Akaï, trois de produits de vidéo et deux de téléviseurs couleurs. Des mentions manuscrites ont été rajoutées : une remise de 3 % appliquée à chacun des prix net sur facture, le nouveau montant de ceux-ci, un «*PV*» de la forme x y90F, et le coefficient correspondant.

158. - Le document coté B, 51, 4 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. La page numérotée 389 rend compte de discussions téléphoniques du 5 janvier 1990 entre la société Akaï France et la société FNAC. Elle indique notamment les trois références dont il s'agissait, VS 765, CT 2569 et Midi 570 + CD M 670, leur prix de vente au détail (respectivement 4 490 F, 5 490 F et 5 990 F) et, pour les deux premières, leur prix de vente sur facture (2 502,08 F et 3 329,29 F).

159. - Sur le même cahier coté B, 51, 4, la page numérotée 391 est une «*étude sur Golden Game*» effectuée à la suite d'une communication téléphonique avec «*Confo(rama) Les Abrets*» («*M. Guéta*»). Pour huit références d'appareils vidéo Akaï, elle indique son prix de vente au détail de la forme x y90F, le coefficient permettant d'établir le prix de vente hors taxe correspondant (1,80 ou 1,85), le prix de vente hors taxe au centime près et deux autres prix au centime près, inférieurs, résultant de remises supplémentaires en cascade. Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 11 janvier 1990 (cote B, 51, 4, p. 397) et au plus tôt le 5 janvier 1990 (cote B, 51, 4, p. 389).

15a. - Sur le même cahier coté B, 51, 4, la page numérotée 512 revient sur l'«*étude sur Golden Game Confo(rama)*». Elle mentionne «*offre à faire à G. Bourgha. Urgent*». Pour neuf références d'appareils vidéo Akaï, elle indique son prix de vente au détail de la forme x y90F et son évolution au cours des

mois de juillet, août, septembre, octobre et novembre, ainsi que, dans deux cas, du coefficient multiplicateur correspondant. Ces indications ont été portées au plus tard le 22 mars 1990 (cote B, 51, 4, p. 527) et au plus tôt le 20 février 1990 (cote B, 51, 4, p. 503).

15b. - Les documents saisis sous les cotes A, 383, 2, 104 à 126 font état des relations de la société Conforama avec la société Samsung Electronics France. Ils retracent certaines des négociations commerciales entre les deux sociétés à l'époque considérée. Ainsi, le document sous cote A, 383, 2, 105 est la copie d'un télex adressé le 19 septembre 1990 à 15 h 56 par la société Samsung Electronics France (M. Vincent Moulard) à la société Conforama «à l'attention de Monsieur Morlet». Il est rédigé comme suit : «Suite à notre communication, nous vous confirmons pour votre dépliant n° 1, les prix suivants :

RE 1200	2 080 S/F	PVC : 3 490
RE 995	1 370 S/F	PVC : 2 290 (...)

15c. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 67 est un «rapport journalier de visite» du 7 décembre 1990 du représentant de la société Akai «JPB». Il signale, entre autres, un problème de «prix» au magasin «Conforama» de «Portet».

15d. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 222 rend compte d'une entrevue de la société Akai France avec la société Conforama («M. G. Bourghes») à propos de la «gamme obligatoire» de cette dernière, «gamme très courte, (à) forte marge». Elle comporte, pour les références de téléviseurs couleurs et de magnétoscopes mentionnées, l'indication de leur prix de vente au détail de la forme x y90F, suivie de celle du prix de vente net hors taxes au centime près et du coefficient multiplicateur ou de la «marge magasin» qui en découlent. Cette entrevue a eu lieu au plus tard le 18 janvier 1991 (cote B, 51, 3, p. 228) et au plus tôt le 27 décembre 1990 (cote B, 51, 3, p. 210).

15e. - Dans ce même cahier coté B, 51, 3, la page numérotée 342 rend compte d'une entrevue de la société Akai France (MM. «JM» et «AB») avec la société Conforama («M. P. Bailly») à propos de chaînes Hi-Fi, notamment dans le cadre de la «Pub (licité) anniversaire». Elle comporte, pour deux références, l'indication du prix de vente hors taxes «net magasin» «S(ur) F(acture)» et le coefficient permettant de calculer le prix de vente aux consommateurs. Pour d'autres, elle comporte en outre l'indication de ce dernier, de la forme x y90F. Pour les deux dernières, aucun prix n'est mentionné, si ce n'est la mention «prix définitifs sous 15 jours». Cette entrevue a eu lieu au plus tard le 25 avril 1991 (cote B, 51, 3, p. 343) et au plus tôt le 18 avril 1991 (cote B, 51, 3, p. 336).

15f. - Sur le cahier analogue coté B, 51, 7, les pages numérotées 3 R° et 3 V° rendent compte d'une entrevue du 27 mai 1991 entre la société Akai France (MM. «AB» et «AG») et la société Conforama (MM. «G. Bourghes», «J. Jaroncini», «Hervé Derouin» et «Serge Alodi») consacrée à la «Gamme Gl» et aux «Pub(licités)» à intervenir pour les périodes 20 mai-20 juin, 20 juin-20 juillet, 20 juillet-20 août, 20 août-20 septembre et 20 septembre-20 octobre suivantes. Neuf références de magnétoscopes sont concernées : VSF 410, VSF 303 («210 de rire»), VSF 200, SF 430, VSF 330, VSF 220,

VSF 10, VSF 12 et VSF 30. Toutes, sauf cette dernière, sont suivies de la seule indication de leur prix de vente au détail de la forme x y90F.

15g. - Le document saisi sous cote A, 383, 2, 124 est une note manuscrite de M. Bérard rédigée sur une feuille préimprimée à en-tête «*Mémo direction commerciale*» de la société Samsung Electronics France en date du 3 juin 1991 et destinée à être faxée. Elle concerne l'«*enseigne : Conforama*» et indique : «*Catalogue Conforama n° 10.*

Produit retenu : M 7146 TC

Prix de cession net S/F : 828,56 HT

PVC : 1 490 —

P(ri)x valables du 22 juillet au 28 septembre 1991»

15h. - Le document saisi sous cote A, 383, 2, 120 est une note manuscrite rédigée sur une feuille préimprimée à en-tête «*Mémo direction commerciale*» de la société Samsung Electronics France en date du 5 juin 1991 et destinée à être faxée à sa force de vente. Elle concerne l'«*enseigne : Conforama*» et indique : «*BORDEAUX - LE HAVRE - LIMOGES - LONGWY - METZ - THIONVILLE. N'ouvrent entre fin juillet et fin août 1991. Les 400 x 608 TC en stock leur sont affectés, la centrale s'engageant à ce qu'ils les prennent. L'info. sera dans ces magasins la semaine prochaine. Le prix public sera de 1 290 F. À vous de jouer (...)*»

15i. - Le document sous cote A, 383, 2, 121 est la copie d'un télex adressé le 20 juin 1991 à 20 h 08 par la société Samsung Electronics France (M. Christian Bérard) à la société Conforama «à l'attention de Monsieur Morlet». Il est rédigé comme suit : «*Veillez trouver ci-après confirmation de nos prix de cession sur les deux produits retenus pour vos dépliants n°s 12 et 13 :*

Références	Prix nets HT sur facture	PVC	Dépliants	Quantité prévue	Validité des prix
MX 136 ME	843,00	1 390	n° 12 15/10-17/11	1 000	01.09 au 30.11.91
M 6136 ME	645	990	n° 13 19/11-31/12	3 000	01.10 au 10.01.92

(...)

16. Le groupe But

161. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 61 rend compte de discussions avec la société But à propos de sa «*Pub.(licité) 165*». Elle comporte les mentions suivantes :

«	«Chaîne Laser 50»	4 990	
		+ 1 690	
	«Chaîne Integral Laser 50»	6 680	
		↓	
		5 490	2 495
			815
			3 310
			3 536 SF »

162. - Le document saisi sous cote B, 51, 5 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 21 rend compte de discussions téléphoniques du 31 mai 1990 entre la société Akai France et la société But (M. «*Loutest*») et portant sur une opération promotionnelle organisée par cette dernière : «*Dépliant octobre*». Sur les cinq appareils concernés («*Laser 400*», «*Intégral*», «*VSF 12*» et «*VSF 17*»), seule figure l'indication du prix de vente au détail (4 490 F, 4 990 F, 3 690 F et 4 690 F). La mention «*VSF 17 2750*» indique le prix de vente hors taxe de ce dernier appareil.

163. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 50 est la copie d'un télex envoyé le 28 janvier 1991 à 12 h 39 par la société Samsung Electronics France à la société But International «à l'attention de Monsieur Éric Loubert». Il indique : «(...) Confirmation de notre entretien du 23 courant, proposition pour vos catalogues nos 197 et 198.». Le document saisi sous cote A, 383, 1, 51 est le manuscrit sur la base duquel le télex en cause a été expédié.

Pour le premier de ces catalogues, n° 197, relatif à des fours à micro-ondes, il mentionne «*Prix valables du 1^{er} mai au 30 juin 1991*» et donne, pour les deux références «*RE 995*» et «*MX 335*», les principales caractéristiques techniques, ainsi que les prix «*S(ur)/F(actu)re*» (respectivement 1 238 et 1 405 F) et les «*P(rix de) V(ente aux) C(onsommateurs)*» (respectivement 1 990 et 2 290 F).

Pour le second de ces catalogues, n° 198, relatif à des produits «*bruns*», il mentionne «*Fin mai 1991*» et donne, pour les six références «*CF 542*», «*VL 1560*», «*SL 1260*», «*MCH 900*», «*Q 3800*» et «*PCD 750*», les principales caractéristiques techniques, ainsi que les prix «*S(ur)/F(actu)re*» (respectivement 1 700, 2 240, 1 920, 1 715, 560 et 937,50 F) et les «*P(rix de) V(ente aux) C(onsommateurs)*» (respectivement 2 690, 3 990, 2 990, 2 790, 990 et 1 490 F).

164. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 53 est la copie d'un télex envoyé le 27 mars 1991 à 15 h 42 par la société Samsung Electronics France à la société But International «à l'attention de Monsieur Éric Loubert». Il indique : «*Dépliant n°s 200 et 201 ; = : confirmation de nos offres de prix.*» Suivent, pour les trois références RE 609 ST, CF 346 et RCD 990, les caractéristiques techniques, le prix «*S(ur)/F(actu)re HT*» (respectivement 1 005 1 413,75 et 663 F) et le «*P(rix de) V(ente aux) C(onsommateurs)*» (respectivement 1 590, 1 990 et 990 F).

165. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 52 est une note manuscrite rédigée sur une feuille préimprimée à en-tête «*Mémo direction commerciale*» de la société Samsung Electronics France en date du 29 mai 1991 et destinée à être faxée à la société But International. Elle indique : «(...) Concernant votre dépliant n° 205, livraison 1^{ère} décade d'octobre, veuillez trouver ci-après nos propositions». Suivent, pour les deux références MX 136 ME et MX 146 TC, les caractéristiques techniques, le «*P(ri)x cession net HT S(ur)/F(ature)*» (respectivement 850 et 1 023 F) et le «*P(rix de) V(ente aux) C(onsommateurs)*» (respectivement 1 390 et 1 690 F).

166. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 54 est une note manuscrite rédigée sur une feuille préimprimée à en-tête «*Mémo direction commerciale*»

de la société Samsung Electronics France destinée à être faxée à la société But International. Elle porte la mention «OK fait le 04.06.91» et indique : «Propositions pour dépliant n° 205 (...)». Suivent, pour les trois références RE 995 CG, CF 542 et VCE 805 P, les caractéristiques techniques, le «P(rix d') A(chat sur) facture» (respectivement 1 206, 1 660 et 3 050 F) et le «P(rix de) V(ente aux) C(onsommateurs)» (respectivement 1 990, 2 490 et 4 990 F).

167. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 55 est une note manuscrite rédigée sur une feuille de papier à en-tête «Samsung» de la société Samsung Electronics France destinée à la société But International. Elle est datée du «15 juin 91», porte la mention «Ci-joint fiches nouveautés» et indique pour les quatre références SL 1240, MX 136, MX 146 TC et M 7136, les caractéristiques techniques, le prix «facture» (respectivement 1 650, 907, 1 072 et 767 F), le prix d'achat remise «mensuelle - 4» % déduite (respectivement 1 584, 870, 1 029 et 736 F), des prix de la forme x y90F (respectivement 2 490, 1 390, 1 690 et 1 190 F) et les coefficients correspondants (respectivement 1,57, 1,59, 1,64 et 1,61).

168. - Les documents saisis sous cotes A, 383, 1, 56 et 58 sont deux états d'une note, dactylographiés sur du papier à en-tête «Samsung» de la société Samsung Electronics France destinée à la société But International. Elles sont datées respectivement du «11/07/91» et du «10.07.91» et indiquent : «(...) Veuillez trouver ci-joint une offre sur produits concernant notre dépliant décembre 1991.

Référence	Prix cession net HT S/F	Prix cession net/net	PVC	Désignation
M7136 ME	747	717.12	1 190	21 litres mécan.
M7145 TC	897	861.12	1 490	21 litres électr.
MX146 TC	1 000	960.00	1 690	28 litres électr.
RE 995	1 206	1 557.76	1 990	28 litres Grill»

169. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 71 est un télex envoyé le 10 septembre 1991 à 11 h 59 par la société But International («assistante Ménager blanc - Brigitte Lopère») à la société Samsung Electronics France. Il indique : «Appel d'offres pour dépliant 209 Arts Ménagers sur toute votre gamme de produits référencés. Éléments nécessaires au contenu de votre offre :

- Référence et descriptif du produit
- Prix d'achat (détaillé)
- Prix vente couramment constaté
- Franco et colisage
- Livraisons mise en place magasins 1^{ère} décade de janvier 1992
- 3 critères principaux : Innovation - Nouveauté (...)»

16a. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 72 est la copie d'un télex envoyé le 19 septembre 1991 à 13 h 01 par la société Samsung

Electronics France à la société But International «à l'attention de Madame Lopere». Il indique : «(...) Concernant votre dépliant numéro 209 (Arts Ménagers 1992) veuillez trouver ci après vos propositions :

	Prix nets sur facture	PVC	
M 6136 ME	657	990	
MX 136 ME	850	1390	
RE 995	1207	1990	
MX 146 TC	982	1690	(...)

A la demande du 10 septembre 1991 de la société But International de «prix de vente couramment constaté(s)» pour des «livraisons et mises en place dans les magasins 1^{ère} décade de janvier 1992», il est répondu le 19 septembre suivant par la société Samsung Electronics France par l'indication de «PVC».

2. - La fixation des prix des hypermarchés à dominante alimentaire

21. Le groupe Auchan (S.M.S.)

211. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. Les pages numérotées 13 et 14 rendent compte de discussions du 20 juin 1989 de la société Akai France (MM. «AB» et «AC») avec des représentants de la centrale SMS - Auchan. Elles comportent de nombreuses références de produits vendus par la société Akai, les prix de vente hors taxes au centime près et les prix de vente au détail correspondants de la forme x y90F.

212. - Sur le même cahier B, 51, 2, la page numérotée 33 rend compte de discussions avec un responsable de la centrale (la centrale d'achat SMS, qui intervient pour le compte des deux enseignes Auchan et Boulanger) du groupement Auchan (M. Éric Frey) et se présente comme suit. Il comporte des colonnes de prix d'achat et de vente (dans un cas un prix «SF» est mentionné en regard du prix «désiré») pour chacune des références concernées, ainsi qu'une colonne des coefficients multiplicateurs correspondants, accompagnés de «désirs».

«				
£ le lundi 26 juin				
Auchan	à Eric Frey		(20) 98 04 51	
	(SF) →	désire		
VS 19 (A)	1886. ⁶⁰	1830	1. ⁶⁵	-
VS 18 (B)				
VS 422	3490 (B)	1911. ⁴⁰	1. ⁸²²	/32
VS 425	3790 (B)	1953. ⁶¹	2	/36
VS 465	4290 (A)	2178.66	2. ⁰³	/37
VS 485	4490 ~~(A)~~ + B	2349. ⁶⁷	1. ⁹⁷	/35
		2336. ⁰⁶		
(...)				
VS 52 (B)	# Aie 4290 (09)	2178.66	2. ⁰³	/37
	→3990			
(...)				

La page numérotée 34 indique «Fin Sept. Auchan / CTF 153 ✓..... 2990 ✓»

213. - Le document coté B, 51, 4 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 538 concerne «*Auchan Unitaire*» et se présente sous forme de tableau, à raison d'une référence par ligne. La première colonne indique ces références ; la deuxième les prix de vente au détail sous la forme x y90F ; la troisième les prix de vente nets nets, au centime près ; la quatrième les prix de vente, encore inférieurs, «S(ur) F(ature)», également au centime près ; la dernière des prix encore moins élevés. Ces mentions ont été portées au plus tard le 4 avril 1990 (cote B, 51, 4, p. 547) et au plus tôt le 27 mars 1990 (cote B, 51, 4, p. 538).

214. - Sur un cahier analogue coté B, 51, 5, les pages numérotées 11 et 12 rendent compte de discussions du 25 mai 1990 entre la société Akai France et la centrale SMS Auchan et portant sur des chaînes Hi-Fi. Pour chacune des références concernées, est mentionné tout d'abord le prix de vente au détail de la forme x y90F, puis le prix de vente hors taxes «S(ur) F(ature)». À propos de la Chaîne Laser 360 est indiqué : «*Livraison en avant-première. Pas d'autre livraison Auchan à partir du 10 octobre (...)*».

215. - MM. Treutenaere et Moretto, responsables de l'hypermarché Auchan de Bordeaux, ont déclaré, les 23 novembre 1990 et 28 février 1991 (cote B, 1305, p. 10) : «*Toutes les grandes marques conseillent des prix de vente à la centrale (S.M.S.) (...) Les représentants des marques passent pour voir notamment les prix pratiqués.*»

216. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. Les pages numérotées 348 et 349 rendent compte d'une entrevue accordée par la société Akai France à la centrale SMS Auchan (M. «*Ph. Schild*»), pour le compte des enseignes Auchan et Boulanger, en vue de l'approvisionnement de celles-ci en magnétoscopes jusqu'à la fin de l'année 1991 («*Nov-Déc*»). Elles ne comportent, pour toutes les références concernées, que l'indication de leur prix de vente au détail de la forme x y90F. Cette entrevue a eu lieu au plus tard le 15 mai 1991 (cote B, 51, 3, p. 359) et au plus tôt le 29 avril 1991 (cote B, 51, 3, p. 347).

217. - Sur le cahier analogue coté B, 51, 7, les pages numérotées 62 V° et 63 R° rendent compte d'une entrevue du 31 juillet 1991 entre la société Akai France (MM. «*J.M.*», «*AB*» et «*AG*») et la centrale Auchan (MM. «*Ph. Schild*» et «*E. Frey*») consacrée, entre autres, à une opération promotionnelle à intervenir du «*20 nov(embre) au 15 déc(embre)*» comportant un «*trac(t) région avec tronc commun*». Trois références de magnétoscopes sont concernées, VSF 300, VSF 220 et VSF 400, pour lesquelles les «*souhaits Auchan*» de prix de vente au détail sont respectivement de 2 990 F, 3 290 F et 3 490 F.

22. Le groupe continent, du groupe Promodès

221. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. Les pages numérotées 172 à 174 rendent compte d'une entrevue du 29 novembre 1989 de la société Akai France (M. «*A.B.*») avec la centrale Continent (M. «*Fournier*») au cours de laquelle ce dernier lui a dressé le bilan de la «*4^{ème} année de la*

«nouvelle politique commerciale», lui a fait part de l'organisation de son groupe et de ses besoins pour les campagnes de publicité nationales et/ou régionales à venir. Pour huit références de produits vendus par la société Akai France figure le prix de vente au détail de la forme x y90F.

222. - Le document coté B, 51, 3 est également un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 194 rend compte de discussions de la société Akai France avec la centrale CIM Continent à propos d'une «centralisation de c(omman)des sur «Image». Elle mentionne, entre autres, trois références de magnétoscopes Akai avec, pour chacune d'elles, le prix de vente au détail de la forme x y90F, et le prix de vente hors taxe net au centime près «S(ur) F(ature)». Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 7 décembre 1990 (cote B, 51, 3, p. 198).

223. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 94 est la copie d'un télex du 23 janvier 1991 à 9 h 51 envoyé par la société Samsung Electronics France (M. Éric Valton) à la centrale d'achat CIM - Continent, «à l'attention de Monsieur Philippe Viniane». Ce télex est rédigé comme suit :

«Confirmation de notre entretien du 18 01.91.

1 - Conditions générales de vente 1991 :

prix nets facture

2 % semestriel centrale

1 % Pub

Franco magasin : 5 pièces

2 - Produits référencés micro-ondes :

	<i>Prix facture HT</i>	<i>PVC</i>
<i>RE 578 D</i>	<i>734,00</i>	<i>990</i>
<i>RE 579 TC</i>	<i>850,00</i>	<i>1 290</i>
<i>RE 607 D</i>	<i>879,00</i>	<i>1 390</i>
<i>RE 995</i>	<i>1 395,00</i>	<i>2 290</i>
<i>RE 1200 CG</i>	<i>2 150,00</i>	<i>3 490</i>

3 - Projet catalogue «Fête de mères» - 15 mai

RE 578 nous réservons 800 pièces

RE 995 nous réservons 400 pièces (PVC à débattre)

(...)»

224. - Dans le cahier coté B, 51, 3, sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes, les pages numérotées 275 et 276 rendent compte d'une entrevue du 28 février 1991 de la société Akai France (MM. «AB» et «AG») avec la centrale CIM Continent («M. Viniane») à propos notamment de commandes en vue «au 1.05.91 Fête de la Musique». Elle mentionne, entre autres, trois références de magnétoscopes Akai et trois de chaînes Hi-Fi avec, pour chacune d'elles, le prix de vente au détail de la forme x y90F, et le prix de vente hors taxe net au centime près «S(ur) F(ature)».

225. - Dans le même cahier coté B, 51, 3, les pages numérotées 333 et 334 rendent compte d'une entrevue du 17 avril 1991 de la société Akai France

(MM. «AB» et «AG») avec la centrale CIM Continent («M. Philippe Viniane») à propos notamment de commandes de magnétoscopes et de chaînes Hi-Fi. Pour la plupart des références de magnétoscopes, elle mentionne le prix de vente au détail de la forme x y90F.

226. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 95 est la copie d'un télex du 28 mars 1991 à 16 h 01 envoyé par la société Samsung Electronics France (M. Éric Valton) à la centrale d'achat CIM - Continent, «à l'attention de Monsieur Viniane». Ce télex est rédigé comme suit : «*Nous vous confirmons notre participation publicitaire à votre catalogue national «Fête des mères» du 15.05.91 sur lequel vous avez retenu le four à micro-ondes Samsung RE 578D. Participation de Frs : 20 000 H.T. (...)».*

227. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 96 est un document rédigé de façon manuscrite par M. Éric Valton, de la société Samsung Electronics France, sur un formulaire «*Mémo direction commerciale*», destiné à être faxé à «Continent», «à l'attention de Philippe Vaniane», et daté du 2 mai 1991. Il est rédigé comme suit : «*Nous accusons réception de votre télex du 13.05 concernant la sélection du PCD 700 sur le catalogue semaine 29. PA Facture 980,-. Participation publicitaire 35 000 pour 1 500 pièces. PVC 1490. Nous avons adressé un échantillon (...)».*

228. - La pièce cotée B, 51, 1, 7 est une lettre à l'en-tête de la société CIM (centrale du groupe Promodès) adressée par celle-ci à la société Akai. Datée du 23 mai 1991, elle se présente comme suit (les mentions en gras sont manuscrites) :

«**Cim**

NC → A.B.

le 3.6.91

attendons

Prix sur référencement

Nouvelle gamme VIDEO.

Le 23 mai 1991

Veillez trouver ci-joint, le référentiel CONTINENT, concernant vos produits, déterminé lors de la commission du 23 avril dernier.

Ce référencement est découpé par tranches de surfaces-magasin.

Nous vous joignons donc une liste de magasins triée par tranches de surfaces.

(...)

P. VINIANE.»

229. - La liste annoncée dans ce courrier est le document saisi (cote B, 51, 1, 8) reproduit ci-dessous de façon inversée, les lignes étant figurées par des colonnes, et inversement. Il comporte des prix de vente au détail, des dates d'application et des taux de marge.

REFERENCEMENT IMAGE AKAI

24-May

MAGNETOSCOPE

Màj le : 21/04/1991

	VSF 10	VSF 20	VSF 300/ VSF 15	VSF 16	VSF 220	VSF 400
Tête	2	2	3	2	2	4
Télécom	oui	oui	oui	oui	oui	~~LCD~~ oui
Standard	Secam	Secam	Secam	Pal/Secam	Pal/Secam	Secam
[3500/4500]	X	X	X	X	X	X
[4500/6500]	X	X	X	X	X	X
[6500/8500]	X	X	X	X	X	X
[8500/+]	X	X	X	X	X	X
Elarg	X	X	X	X	X	X
Fin Vie						
PAHT	1,860.0			2,350.0		
PVC	2890	2790	3490	3490	3490	3490
Marge	21 %			18 %		»

22a. - Les documents saisis sous cotes A, 383, 2, 99 à 101 constituent une lettre de la société CIM (M P. Viniane) du 30 mai 1991 adressée à la société Samsung Electronics France, relative au «*référencement CONTINENT concernant vos produits, déterminé lors de la commission du 26 avril dernier*» (cote A, 383, 2, 100), à laquelle était jointe une «*liste des Continent par tranches de surface*» (cote A, 383, 2, 101) et un tableau de «*référencement Samsung 1991*» du «*10-May-91*», «*M(ise) à j(our) le : 24/04/1991*» (cote A, 383, 2, 99). Ce tableau comporte, pour les cinq références concernées, 16 colonnes de caractéristiques techniques, des surfaces de vente des magasins concernés, de «*P(rix) d') A(chat) HT*», de «*P(rix de) V(ente aux) C(onsommateurs)*», de «*Marge*» et de «*marge NN*».

22b. - Le document saisi sous cote A, 383, 2, 98 est la copie d'un télex du 20 juin 1991 à 19 h 35 envoyé par la société Samsung Electronics France (MM. Christian Bérard et Éric Valton) à la centrale d'achat CIM - Continent, «*à l'attention de Monsieur Philippe Viniane*». Ce télex est rédigé comme suit : «*Confirmation de notre offre pour le dépliant semaine 40 du 03.10.91 au 08.10.91 - produits blancs.*»

RE 995 CG 1 280,00 net H.T. sur facture
PVC 1 990

Participation publicitaire : 15 000 F H.T. pour 500 pièces (...)

22c. - Le document saisi sous cote A, 383, 2, 97 est la copie d'un télex du 15 juillet 1991 à 9 h 12 envoyé par la société Samsung Electronics France (M. Christian Bernard) à la centrale d'achat CIM - Continent, «*à l'attention de Monsieur Viniane*». Ce télex dresse la liste des cinq références Samsung qui ont fait l'objet d'un référencement par la société CIM (enseignes Continent) pour l'année 1991, correspondant à celles visées au document 22a. ci-dessus, ainsi qu'une proposition pour le «*four RE 995 CG*»

devant figurer sur le «*dépliant produits blancs du 03.10 au 08.10.91*» : une quantité de «*500 pièces environ*», un «*prix net HT sur facture*» de 1 280 F et un «*PVC*» de 1 990 F. Cette dernière proposition confirmait celle faite par télex en date du 20 juin 1991 à 19 h 35 (cote A, 383, 2, 98).

22d. - M. Ravuz, chef de rayon à l'hypermarché Continent de Chambourcy, a déclaré, le 10 janvier 1991 (cote B, 1305, p. 10) : «*Un prix conseillé est donné par rapport à nos achats compte tenu d'une marge moyenne de 20 à 25 % laissée par les fournisseurs. (...) Les fournisseurs nous communiquent souvent des relevés de prix concurrence (...) Nous rencontrons les représentants des fournisseurs environ une fois par mois (...) Ils nous apportent leur concours pour nous positionner sur les prix (...) Les marques japonaises changent leurs références de manière très fréquente, pour des produits identiques, ce qui leur permet de modifier aussi fréquemment leurs prix.*»

23. Le groupe Rallye (puis Rallye-Casino)

[S'agissant de la centrale Rallye]

231. - Le document saisi sous cote B, 51, 5 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. La page numérotée 20 rend compte de discussions du 31 mai 1990 entre la société Akaï France et la centrale Rallye (M. «*B. Morvan*») et portant sur deux opérations promotionnelles organisées par cette dernière : «*Arts Ménagers : 12-22 sept(embre)*» et «*Affaires monstres : 26 sept(embre)*» ainsi que sur une opération à intervenir en octobre. Sur les six appareils concernés, quatre («*Bi E195*», «*Tri E180*», «*Laser 400*» et «*CT 21335*») ne comporte l'indication que du prix de vente au détail (79 F, 99 F, 4 490 F et 3 990 F). Pour les deux autres («*VSF 10*» et «*VSF 12*»), figure également ce prix, ainsi que le prix de vente hors taxes «*S(ur) F(acture)*» (2 152.⁰⁰ F et 2 380.⁰⁰ F).

232. - Le document saisi coté B, 51, 1, 16 est une lettre du 10 décembre 1990 adressée par la société Hyperallye à la société Akaï France, «*à l'attention de M. Bousquet*», directeur commercial. Elle a pour objet la «*Collection Son et Image 1990/91*» et est rédigée comme suit :

«*Monsieur,*

Nous avons le plaisir de vous transmettre la liste de produits que nous avons retenus dans notre collection Son et Image 1990/1991.

Nous vous demandons de bien vouloir vérifier l'exactitude des renseignements portés sur ce document :

- *référence*
- *désignation*
- *prix,*

et de nous tenir informés de toute modification (évolution de gamme, de prix, etc...) pouvant intervenir.

Nous vous prions d'agréer, Monsieur, (...)

Le Chef de Produits

C. DENIS

*L'Acheteur
(signature)*

B. MORVAN»

233. - A ce courrier était joint un listing informatique relatif à la collection concernée (cotes B, 51, 1, 17 et 18), reproduit ci-après :

«Collection Image et Son 1990 - Référencement par fournisseur
TVC/Vidéo - Camescopes

<i>Fourniss</i>	<i>Marque</i>	<i>Référenc</i>	<i>Code Réf.</i>	<i>P.A. net fact.</i>	<i>P.A. net mag</i>	<i>P.V. public</i>	<i>Taux</i>
Akaï	Seiko	LDV 404	RRLVD 204	1.720	1.720	2.490	20,77 %
Akaï	Akaï	VS F 10	R.S.	1.997	1.997	2.990	20,52 %
Akaï	Akaï	VS F 11	N.R.	2.190	2.190	3.290	20,73 %
Akaï	Akaï	VS F 16 S	N.R.	2.500	2.500	3.890	22,84 %
Akaï	Akaï	VS F 12	R.S.	2.380	2.380	4.690	35,28 %
Akaï	Akaï	VS F 30	RR VS 765	2.553	2.553	4.180	25,78 %
Akaï	Akaï	VS F 17 SE	R.S.	2.768	2.768	4.690	27,67 %
Akaï	Akaï	VS F 600	RR VS 965	3.520	3.520	5.290	20,75 %
Akaï	Akaï	PVS C 100	N.R.	5.100	5.100	7.990	21,28 %

Collection Image et Son 1990 - Référencement par fournisseur
Audio/Autoradio/HiFi

<i>Fourniss</i>	<i>Marque</i>	<i>Référenc</i>	<i>Code Réf.</i>	<i>P.A net fact.</i>	<i>P.A. net mag</i>	<i>P.V. public</i>	<i>Taux</i>
Akaï	Akaï	W2000CD	N.R.	1.050.00	1.050.00	1.690.00	24,81 %
Akaï	Akaï	LASER400	N.R.	2.403.62	2.403.62	3.990.00	26,55 %
	Akaï	APM 600	Opt.TD	415.60	415.60	690.00	26,55 %
Akaï	Akaï	LASER600	N.R.	3.307,09	3.307,09	5.490.00	26,55 %
	Akaï	APM600	Opt.TD	415.60	415.60	690.00	26,55 %
	Akaï	EAM800	opt EQUAL	775.00	775.00	1.290.00	26,70 %

234. - Le document saisi sous cote A, 383, 2, 175 est la copie d'un télex envoyée le 28 janvier 1991 à 12 h 30 par la société Samsung Electronics France (M. Éric Valton) à la centrale Rallye «à l'attention de Monsieur Cozic». Il est rédigé comme suit :

«Confirmation de notre entrevue aux «arts ménagers»

Proposition sur gamme micro-ondes Samsung 1991.

1/ Conditions de vente

- Prix nets facture

- 2 % RFA Centrale

- Franco 5 pièces panachées

- Règlement : 60 jours fin de mois.

2/ Prix nets facture

	Prix facture	P.V.C.
RE 578 D	670 HT	990
M 7136 DME	743 HT	1 190
RE 607 D	842,80 HT	1 390
RE 995	1 272 HT	2 290
R 1200 CG	1 995 HT	3 490

3/ Vous adressons par courrier séparé

60 catalogues

60 fiches produits noir et blanc sur M 7136 DMF (...)»

235. - Le document coté B, 51, 7 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. Les pages numérotées 57 V° à 59 R° rendent compte d'une entrevue du 12 juillet 1991 entre la société Akai France et la centrale Rallye (M. «Lelevie») consacrée à la «Gamme» et aux «Pub(licités)» à intervenir en «fin d'année» et pour la période du 10 au 20 octobre. La plupart des références concernées comportent l'indication de leur prix de vente au détail de la forme x y90F et de leur prix de vente hors taxe «S(ur) F(ature)». Par ailleurs, il est indiqué que les références de magnétoscopes VSF 10, VSF 16, VSF 12, VSF 17 et VSF 30 sont «terminées» et «remplacées», respectivement, par les références VSF 11, VSF 220, VSF 300, VSF 320 et VSF 400.

236. - Le document saisi sous cote A, 383, 2, 204 est une note rédigée de façon manuscrite par M. Bérard, de la société Samsung Electronics France, sur un formulaire «Mémo direction commerciale», destiné à être faxée, concernant l'«enseigne : Rallye» et daté du 22 juillet 1991. Il est rédigé comme suit : «Dépliant : cadeaux : 15/11 → 15.12.91

REF	P(ri)x cession net HT S/F	PVC
M 7136	718 —	1 190
609 ST	940 —	1 590

Prix valables jusqu'au 31/12/1991 (...)»

237. - Collé à la page 85 V° du cahier coté B, 51, 7, une copie du fax n° 50 423 adressé par la société Akai France (M. A. Bousquet) à la centrale Rallye (n° 42 46 37 15) a pour «subject : «Après discussions»». Il confirme les offres faites à l'occasion d'opérations promotionnelles («Prix bas», «Soldes» et «Foire aux prix»). Ces offres décrivent les produits concernés et le prix de vente net hors taxe sur facture de chacun d'eux. La mention du prix de vente au détail, de la forme x y90F, a été rajoutée, de façon manuscrite, au crayon à papier, en regard de chaque référence.

[La centrale Rallye a cessé d'exister de façon autonome en 1993, après la concentration qui l'a fait passer dans le périmètre du groupe Casino. Avant 1993, les faits suivants, relatifs à la centrale Casino, ont été constatés].

238. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 69 rend compte de discussions avec la centrale Casino (M. «Fraisie») relatives à la «Promo(tion) Sept(embre)» et comporte diverses références de produits vendus par la société Akai, dont deux («W 280» et «MYA 1») constitue une «nouveau(té)» pour la «pub(licité) Nov(embre) / Déc(embre)». Pour cinq de ces produits, figurent des prix de vente hors taxes au centime près «S(ur) F(ature)» et les prix de vente au détail correspondants de la forme x y90F. Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 11 août 1989 (cote B, 51, 2, p. 87) et au plus tôt le 12 juillet 1989 (cote B, 51, 2, p. 62).

239. - Sur le même cahier coté B, 51, 2, la page numérotée 107 rend compte de discussions avec la centrale Casino à l'occasion du «*Catalogue fin 01 - 15/11/89*» et comporte diverses références de produits vendus par la société Akaï. Pour trois de ces produits figure seulement le prix de vente au détail de la forme x y90F. Pour deux autres, figure également un tel prix, ainsi que le prix de vente hors taxes au centime près. Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 15 septembre 1989 (cote B, 51, 2, p. 121) et au plus tôt le 1^{er} septembre 1989 (cote B, 51, 2, p. 103).

23a. - Le document saisi coté B, 51, 1, 96 est une note de «*communication*» interne au service commercial de la société Akaï France. Il est rédigé, de façon manuscrite, comme suit :

«Akaï Communication de M. GREGOIRE Date 7.12.90 (...) à M. Bousquet

Client : Nicole Cuissard Casino

Adresse : St Étienne. Pour INFO.

Suite à demande de M. Fraisse et votre OK. propositions pour dépliant fin mars.(appro pour début février)

(MYA3 pas dispo à la période)

MY A 120 prix facture 450^{HT} → cf. 90 F.

(si prix revu, tenir Fraisse au courant - janvier 690 ?)

W 200 CD 865^{HT} → 1 490 F

(...)»

23b. - Le document coté B, 51, 7 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. Les pages numérotées 37 V° à 39 R° rendent compte de discussions entre la société Akaï France et la centrale Casino (MM. «*Y. Fraisse*» et «*J.P. Barthoulant*») consacrées notamment à la «*Gamme*». Pour les références de magnétoscopes VSF 10, VSF 12, VSF 13, VSF 1730 et VSF 30 sont mentionnés leur prix de vente au détail de la forme x y90F, leur prix de vente hors taxe «*S(ur) F(acture)*» et les références des appareils qui les remplacent, à savoir les références VSF 200, VSF 300, VSF 220, VSF 320 et VSF 410, avec leur prix de vente au détail de la forme x y90F, leur prix de vente hors taxe «*S(ur) F(acture)*» et le coefficient multiplicateur correspondant.

24. Le groupe Carrefour

241. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. Les pages numérotées 3 et 4 rendent compte de discussions avec la centrale Carrefour («*M. Hérisson, Vitrolles*», «*M. Charpentier, Belle Épine*» et un représentant de «*Dijon*») relatives à l'«*Anniversaire 15 sept. / 15 oct.*» et au «*Catalogue «Fin d'année»*», qui est une «*vitrine «vendeuse»*». Elle comporte diverses références de produits vendus par la société Akaï, les prix de vente hors taxes au centime près et, pour six références («*Chaîne laser 570 sans TD*», «*Chaîne laser 670 sans TD*», «*AT 25*», «*HX 25*», «*W 280*» et «*MYA1*») les prix de vente au détail correspondants de la forme x y90F. Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 15 juin 1989 (cote B, 51, 2, p. 6) et au plus tôt le 13 juin 1989 (cote B, 51, 2, p. 2).

242. - Sur le même cahier coté B, 51, 2, la page numérotée 39 rend compte d'une commande passée par la centrale Carrefour en vue d'une opération promotionnelle de «*fin d'année*» devant faire l'objet d'un «*encar(t)*», pour deux références : «*W 280*» et «*Chaîne Midi Laser 670*». Pour la seconde référence, figure le prix de vente hors taxes au centime près, et pour les deux les prix de vente au détail correspondants de la forme x y90F.

243. - Les documents saisis cotés B, 51, 1, 1 et 2 concernent une «*opération*» promotionnelle dénommée «*quinzaine Eco du 15 mai au 1^{er} juin / Départ en vacances*» de Carrefour. Ils comportent neuf colonnes, dont seules cinq sont remplies. La première («*Référence*») comporte les produits concernés. La deuxième («*P. achat*») des prix au centime près. La quatrième («*Coop/pièce*») un prix en francs par pièce. La septième («*PV Promo*») des prix de vente au détail de la forme x y90F. La neuvième («*Commentaires*») indique notamment le caractère «*ferme*» ou non des prix indiqués. Au-dessous de ces colonnes, les deux premières lignes qui figurent («*Participation photo catalogue*», «*Participation distribution 1 M. exemplaires*», «*Autre participation*» et «*Démonstrateur*») sont remplies. Enfin, au bas de ces deux documents, au-dessous de la mention «*Signature pour accord*» figurent quatre et trois signatures, respectivement.

244. - Le document coté B, 51, 5 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. Les pages numérotées 38 à 41 rendent compte de discussions entre la société Akaï France et la centrale Carrefour au sujet des ristournes pour 1989, du mode de paiement pour 1989 et le 1^{er} trimestre 1990 et le catalogue de fin d'année programmé par Carrefour pour novembre-décembre, la commande devant intervenir «*au 15.09*». Les caractéristiques principales de ce catalogue sont indiquées, et, pour une référence de chaîne Hi-Fi («*Midi chaîne laser 700*») il est mentionné, entre autres, «*faire prix TTC + S(ur) F(acture)*», ainsi que le prix de vente au détail (5 990 F) et le prix de vente hors taxes «*S(ur) F(acture)*» (3 550 F). Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 19 juin 1989 (cote B, 51, 5, p. 42) et au plus tôt le 14 juin 1990 (cote B, 51, 5, p. 31).

245. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 11 est une note manuscrite adressée par un membre du service commercial de la société Akaï France à son directeur, M. Bousquet, le 25 juin 1990. Elle concerne le client «*Carrefour - Région Rhône-Bourgogne*» pour une commande normale de «*produits sélection catalogue*» et une commande dans le cadre de l'opération promotionnelle «*Anniversaire Carrefour*». Elle mentionne cinq références de produits et, pour chacune d'elle, une quantité, un prix de vente hors taxe et un prix de la forme x y90F. Par exemple : «*200 CD 25 - (Tarif A + 10 % Promo) 1 061,33 _ VP 1 490 ? (si possible)*».

246. - Dans le cahier coté B, 51, 5, les pages numérotées 66 à 68 rendent compte de discussions du 28 juin 1990 entre la société Akaï France et la centrale Carrefour au sujet notamment du «*Catalogue Idées Cadeaux*». À la «*demande de M. Blasco*», figurent quatre références de magnétoscopes et une de cassette vidéo (E 195), leur prix de vente au détail de la forme x y90F et leur prix de vente hors taxes «*S(ur) F(acture)*» au 1^{er} octobre 1990. Pour le «*Tri(pack) E 195*», le calcul suivant est noté : «*Tri à 99 F $\Rightarrow$ 33 TTC $\rightarrow$*

26.⁴⁰ HT → 7.31 HTF (RPC) → 22.⁴⁴ → Δ RCP : 15.¹³ net si marge = 15 %.
Si marge 12 % : 23.23 → 15.⁹²».

247. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 67 est un «*rapport journalier de visite*» du 7 décembre 1990 du représentant de la société Akaï «JPB». Il signale, entre autres, au magasin «Carrefour» de «Portet», «Château parti / VS10 2590».

248. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 84 est un «*rapport hebdomadaire de visites*» pour la semaine du 18 au 22 février 1991 du représentant de la société Akaï, M. «JPB». Au terme de sa visite de 18 magasins de Tarbes, Toulouse, Portet, Bordeaux, Cadaujac, Montauban, Mérignac, Saint-Orons, Pau et Hendaye, il signale à propos du magasin Carrefour de Bordeaux : «Carrefour T.C.A. = ASW 279 890 en B / Laser 360 = 3490 en A / Laser 400 3990 en B».

249. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. Les pages numérotées 338 et 339 rendent compte de discussions entre la société Akaï France et la centrale Carrefour (M. «J.P. Lemelma»), à propos d'«opportunités» portant sur des chaînes Hi-Fi et des magnétoscopes vendus par la société Akaï et pouvant être intégrés à la «gamme Carrefour», cette centrale émettant ses «souhaits» quant aux prix de cession (1 640 F pour l'appareil VS F 200). Pour dix de ces appareils, elles mentionnent le prix de vente au détail de la forme x y90F, avec dans deux cas une fourchette («2 790 / 2 690» et «3 490 / 3 390».

24a. - Le document saisi coté B, 51, 1, 19 est une note rédigée comme suit :

« MR/C.J. Le 23 septembre 1991
De : M. RABISSE
À : Equipe de vente
Copie : J. MOLLET
 A. BOUSQUET

concerne : Carrefour /opération Cadeau 91

Une opération nationale est mise en place chez Carrefour, au titre du catalogue «Cadeau 91».

3 X 240 prix de vente public 119 F

Durée du 18 novembre au 29 décembre 91

Les magasins ont fourni à la Centrale une estimation de leur besoins programmés sur octobre, novembre et décembre.

À vous le relais afin de ne pas les laisser publier les réappro (...)»

25. Le groupe Montlaur

251. - Le document saisi sous les cotes B, 51, 1, 14 et 15 est une lettre adressée le 26 février 1991 par la société Akaï (M. Alain Granville) au groupe Montlaur indiquant à ce dernier les «Conditions % mensuelle (toutes familles de produits sauf supports magnétiques) moins 1 % centrale annuelle». Pour

17 références classées en 6 catégories de produits, il indique le prix de vente hors taxe, le «coefficient» et le «prix IFR (mars-avril)».

26. Le groupe Euromarché

261. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. Les pages numérotées 52 et 53 rendent compte de discussions du «7-7-89» avec la centrale Euromarché (M. «Étienne Darde») et comportent diverses références de produits vendus par la société Akaï. Pour certains d'entre eux, dont la chaîne Hi-Fi «AX Laser 50» prévue pour «Novembre» et d'autres articles prévus pour «Angers Ouverture», sont mentionnés le prix de vente au détail de la forme x y90F et le prix de vente hors taxe «S(ur) F(ature)».

262. - Sur le même cahier coté B, 51, 2, la page numérotée 176 rend compte de discussions du «29 nov. 89» avec la centrale Euromarché (M. «Pierre») et comportent diverses références de produits vendus par la société Akaï dans la «gamme 01-06-89» et «01-01-90». Pour cinq appareils vidéo, sont mentionnés le prix de vente au détail de la forme x y90F et le prix de vente hors taxe au centime près «net S(ur) F(ature)».

263. - Sur un cahier analogue coté B, 51, 4, la page numérotée 513 rend compte de discussions entre la société Akaï France et la centrale Euromarché (M. «P. Dubois») à propos de la «Coupe du Monde». Elle mentionne les références de quatre produits Akaï (VS 965, VS F 15, CT 2869 et TriPack E 180) ainsi que leurs seuls prix de vente au détail de la forme x y90F (respectivement 5 490 F, 3 990 F, 5 990 F et 99 F). Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 22 mars 1990 (cote B, 51, 4, p. 527) et au plus tôt le 20 février 1990 (cote B, 51, 4, p. 503).

264. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 27 est la copie d'une lettre en date du 26 juin 1990 adressée par M. Xavier Saint Olive, de la société Samsung Electronics France, à la centrale Euromarché. Elle comporte les mentions suivantes :

«(…)

	<i>PVC constaté</i>	<i>Coef.</i>	
RE 607 D (...)	1490/1390	1,65	
RE 676 TC (...)	1490/1390	1,65	
RE 578 D (...)	1190/990	1,48	»

265. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 24 est la copie d'une lettre en date du 25 septembre 1990 adressée par M. Éric Valton, de la société Samsung Electronics France, à la centrale Euromarché. Elle est rédigée comme suit :

«À l'attention de Monsieur Patrick Gerber

Concerne : Samsung

Confirmation de notre proposition sur micro-ondes RE 578 D - prix variables jusqu'au 31/12/90.

<i>SUR FACTURE SANS DEMO</i>	<i>SUR FACTURE AVEC DEMONST.</i>	<i>2 % RFA</i>	<i>PRIX NET DÉDUITE</i>	<i>PVC CONSTATE</i>	<i>COEF-</i>
681,80	722,20		667,57	990	1,48

Remise supplémentaire pour livraison entrepôt : 2,5 %

Merci de me communiquer dès que possible la liste des magasins qui auraient conservé un démonstrateur afin que nous puissions en tenir compte dans notre facturation. (...)

266. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 28 est la copie d'un «*Mémo direction commerciale*» en date du 2 janvier 1991 relatif à des ventes promotionnelles d'Euromarché et adressé (faxé) par M. Éric Valton, de la société Samsung Electronics France, à son «*équipe de vente*». Il est rédigé comme suit :

«Soldes Euro fin janvier.

Le RE 578 et RE 607 D retenus par la centrale ne seraient que des propositions pour les régions qui feraient des soldes d(an)s des nouveaux gratuits principalement fin janvier.

Qu'ont dit vos interlocuteurs ?

- 1) vérifier si vous êtes en pub
2) vérifier vos PVC»

267. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. La page numérotée 316 rend compte de discussions du 3 avril 1991 de la société Akaï France avec la centrale Euromarché (M «*P. Dubois*») à propos de huit références de magnétoscopes Akaï. Pour chacune de ces références, suivie de la mention cerclée «OK», ne sont mentionnés que deux prix de vente au détail de la forme x y90 F, l'un dans la colonne «S», l'autre moins élevé ou égal dans la colonne «N». Pour les références VSF 300 et VSF 320 la mention «OK» est suivie de celle «*d'entrée*». Pour la référence VSF 330, elle est suivie de celle «*selon Pierre*».

268. - Le document coté A, 383, 1, 34 est un «*Mémo Direction Commerciale*», destiné à être faxé, de la société Samsung Electronics France rédigé, de façon manuscrite, par M. Bérard le 22 mai 1991. Il indique :

«Dépliant Confort de la maison 1991.

Date du dépliant : 16 → 28/09/1991

<i>Références</i>	<i>PA S/F avec démo.</i>	<i>PA S/F sans démo.</i>	<i>PVC</i>
RE 578	681,00	642,86	990
M 7146 TC	932,72	880,49	1 490

Prix habituels (...)

269. - Le document coté A, 383, 1, 35 est un «*Mémo Direction Commerciale*», destiné à être faxé, de la société Samsung Electronics France

rédigé, de façon manuscrite, par M. Bérard le 22 juillet 1991 à propos de l'«enseigne : Euromarché», «à l'attention de P. Gerber». Il indique :

«Veuillez trouver ci-après nos meilleures propositions concernant votre dépliant fin d'année (02/12 → 14/12).

<i>Réf.</i>	<i>Prix de cession net HT S/F</i>	<i>PVC</i>	<i>Participation</i>
<i>M 7146 TC</i>	<i>880,49</i>	<i>1 490</i>	<i>7 000 F</i>
<i>RE 578 / M 6136</i>	<i>642,86</i>	<i>990</i>	<i>3 000 F</i>

Le RE 578 D vous sera livré sous sa nouvelle version, plus puissante, référencée M 6136 ME (...)»

26a. - Le document coté A, 383, 1, 36 est le double d'un télex envoyé par la société Samsung Electronics France (M. C. Bérard) le 22 juillet 1991 à 17 h 23 à la centrale Euromarché «à l'attention de P. Gerber». Il s'agit de la copie du document examiné au 269. ci-avant.

27. Le groupe Leclerc

271. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 5 est le double d'un télex de la société Samsung Electronics France (M. Eric Valton) envoyé le 15 janvier 1991 à la société L'Orens «à l'attention de Monsieur Guach». Il indique : «Suite entretien du 24.12.90 avec Monsieur Palacios, veuillez trouver, ci-dessous, nos offres de prix pour ouverture de mars.» Suit l'indication de «P(rix d') A(chat) S(ur) facture» et de «P(rix de) V(ente aux) C(onsommateurs)», pour diverses références de produits de vidéo, de télévision, de son et de micro-ondes. Pour ces derniers, les mentions sont les suivantes :

<i>«Micro-ondes</i>	<i>Réf.</i>	<i>PA S/Facture</i>	<i>PVC</i>	
	<i>RE 578 D</i>	<i>791,47 HT</i>	<i>990 F</i>	
	<i>RE 579 TC</i>	<i>949,33 HT</i>	<i>1 290 F</i>	
	<i>RE 607 D</i>	<i>995,20 HT</i>	<i>1 390 F</i>	
	<i>RE 608 TC</i>	<i>1 143,47 HT</i>	<i>1 690 F</i>	
	<i>RE 609 TC</i>	<i>1 206,40 HT</i>	<i>1 790 F</i>	
	<i>RE 995</i>	<i>1 488,00 HT</i>	<i>2 290 F</i>	
<i>(...)</i>				
<i>Offres spéciales (...)</i>				
<i>Micro-onde</i>	<i>RE 7310</i>	<i>1 020,00 HT</i>	<i>1 290 F</i>	<i>»</i>

28. Le groupe Cora

281. - Le document saisi sous cote A, 383, 2, 132 est le double d'un télex de la société Samsung Electronics France (M. Eric Valton) envoyé le 14 février 1991 à la centrale Cora «à l'attention de Monsieur Princeau». Il indique : «Suite à l'entretien du 12.12.91 que vous avez vu avec M. Didier Boissard, nous vous proposons pour votre dépliant «Les prix qui dérangent» de fin février 91 :

(...)
RE 737 D micro-ondes - Frs 970 net H.T. sur facture -
PVC : 1290.

(...)»

Compte tenu de la chronologie, l'entretien mentionné s'est tenu le 12 décembre 1990 et non pas, comme indiqué par erreur, le 12 décembre 1991.

282. - M. Daniel Dubois, chef de département à Cora (Creil-Saint-Maximin) a déclaré le 7 février 1991 (cote B, 1305, p. 11) : *«Les prix se font sur la base d'un partenariat avec les fournisseurs (...) Les forces de vente des fournisseurs disposent tous en général de prix conseillés de marché qu'ils communiquent. (...) En ce qui concerne les similitudes de prix sur les catalogues, elles s'expliquent par le fait que les prix sont établis en collaboration avec les fournisseurs, notamment pour les produits nouveaux (exemple Akai).»*

29. Le groupe Intermarché - Logimarché

291. - MM. Lacoste et Laveudiau, responsables de la centrale Intermarché - Logimarché, ont déclaré le 9 janvier 1991 (cote B, 1305, p. 11) : *«Ainsi, Logimarché fait l'objet de manière constante de pressions verbales de la part des fournisseurs quant à l'établissement du niveau des prix des produits. (...) Les pressions se manifestent également au niveau des livraisons, soit par le biais de retards importants, soit de limitation de commandes faites, soit d'organisation de la pénurie à des périodes précises.»*

292. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 75 est un *«rapport hebdomadaire de visites»* pour la semaine du 28 janvier au 1^{er} février 1991 des représentants de la société Akai, MM. *«L. Ruelle»* et *«A. Grandville»*. Au terme de leur visite de 16 magasins de Charleville (08), Laon et Soissons (02), Creil (60), et La Meurlette, Reims et Cormontreuil (51), ils signalent, surligné en jaune, à propos du magasin Logimarché de Soissons : *«Laser 400 = 3690,- ! / Laser 360 = 3890,-»*.

293. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 340 concerne une communication téléphonique de fin avril 1991 avec M. Olivier Boule, à propos d'une *«Publicité mai»* portant sur *«30 000»* pièces. Pour les deux références mentionnées (PVS 500 et VS F 16), est indiqué le prix de vente au détail, de la forme x y90F (respectivement 8 490 F et 3 490 F).

3. - La fixation des prix des groupements d'indépendants

31. Le groupe Connexion

311. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 7 rend compte de discussions avec des responsables de la centrale du groupement Connexion et se présente comme suit. Il comporte des colonnes de prix pour chacune des références concernées, mais également des coefficients multiplicateurs (permettant de calculer les prix de vente au détail).

«15 mai 89

Connexion Maxime Raffanaud

*Alain - A.B.
A.G.*

S.F

VS 965***	3 121. ⁴²	2 965. ³⁴	2. ⁰²
VS 765***	2 626. ³¹	2 495.	2. ⁰⁰
VS 498***	~~2 707.⁵⁴~~ 2667. ³⁵	2 572	1. ⁹⁴
		2533. ⁹⁸	
VS 485**	2 527. ⁴⁴	2 401. ⁰⁷	1. ⁸⁷
VS 465****	2 292. ²⁰	2 177. ⁶⁶	1. ⁹⁷
VS 425****	2 025. ¹⁰	1 923. ⁸⁴	1. ⁹⁷
VS 422*	1 999. ⁶⁰	1 899. ⁵²	1. ⁸³
	1 953. ¹⁰	1 800	
VS 20	1 999. ⁶⁰	1 899.	1. ⁹⁴ à 1. ⁸³

(...)»

312. - Le document coté B, 51, 4 est également un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. La page numérotée 392 est une «étude Q(uantité) C(omman)^{de} Minitel» et se présente sous forme de tableau, à raison d'une référence par ligne. La première colonne indique ces références ; la deuxième les prix de vente au détail sous la forme x y90F ; la troisième les prix de vente nets, au centime près ; la quatrième les prix de vente nets nets, également au centime près ; la dernière les coefficients multiplicateurs et/ou la marge en pourcentage entre prix de vente au détail et prix net net. Cette «étude» a été réalisée au plus tard le 11 janvier 1990 (cote B, 51, 4, p. 397) et au plus tôt le 29 décembre 1989 (cote B, 51, 4, p. 386).

313. - Sur un cahier analogue coté B, 51, 5, la page numérotée 26 rend compte de discussions entre la société Akaï France et le groupement Connexion et portant notamment sur des magnétoscopes. Pour chacune des références concernées, est mentionné tout d'abord le prix de vente au détail de la forme x y90F, puis le prix de vente hors taxes «S(ur) F(ature)» et enfin le coefficient multiplicateur correspondant. Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 6 juin 1990 (cote B, 51, 5, p. 30) et au plus tôt le 30 mai 1990 (cote B, 51, 5, p. 22).

314. - Le document saisi sous cote A, 383, 1, 18 est la copie d'un télex du 5 juillet 1990 adressée par la société Samsung Electronics France (MM. Éric Valton et Jean-Pierre Desruet) au magasin Connexion de la Samaritaine «à l'attention de Danielle Lelamer». Il indique : «Suite à notre visite du 20/06, vous confirmons notre offre pour 4 S en micro-ondes :

	<i>S/F</i>	<i>PVC</i>	
RE 578 D	742	990	
RE 579 TC	933	1390	
RE 507 D	933	1390	(...)»

315. - Les documents saisis sous cotes A, 383, 1, 14 à 17 sont la copie d'une lettre du 4 février 1991 adressée par la société Samsung Electronics France (M. Jean-Pierre Desruet, attaché commercial) à la centrale Connexion «à l'attention de Madame Lelamer Danielle» et le brouillon

manuscrit sur la base duquel elle a été dactylographiée. La lettre est rédigée comme suit : «*Nous vous prions de trouver ci-joint vos conditions négociées sur l'ensemble de notre gamme micro-ondes Samsung :*

	<u>Prix facture</u>	<u>Remise trimestrielle magasin 7 % déduite</u>	<u>PVC</u>
<u>18 litres :</u>			
RE 578 D ↓	742	690,06	990
ME 6235 (juillet)			
RE 579 TC ↓	890	827,70	1 290
ME 6245 TC (juillet)			
<u>21 litres</u>			
M 7136 ME (mars)	798	742,14	1 190
M 7146 TC (mars)	942	876,06	1 490
<u>28 litres</u>			
RE 607 D ↓	903	839,79	1 390
MX 136 ME (juillet)			
RE 608 TC ↓	1 072	996,96	1 690
MX 146 TC (juillet)			
RE 609 ST	1 131	1 051,83	1 790
<u>32 litres</u>			
RE 783 TC	1 225	1 139,25	1 990
<u>Grill</u>			
RE 995	1 395	1 297,35	2 290
MX 335 GR (mars)	1 516	1 409,88	20490
<u>Multi-fonctions</u>			
RE 1200 CG	2 150	1 999,50	3 490 »

Le brouillon manuscrit sur la base duquel cette lettre a été dactylographiée comporte en outre une colonne intitulée «*Coeff*». Les coefficients mentionnés, correspondant au rapport entre prix de vente aux consommateurs et prix d'achat sont, respectivement, de 1.43, 1.56, 1.60, 1.70, 1.69, 1.69, 1.70, 1.74, 1.76, 1.76 et 1.74.

32. Le groupe Gitem

321. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 35, datée du 28 juin 1989, concerne une «*Pub(licité) Sept(embre)*» du groupement Gitem. S'agissant de la référence VS 19, elle indique : «*Juillet - Affaire du mois / affiche*. - 3.380 2.006 S(ur) F(acture)».

322. - Sur le même cahier coté B, 51, 2, la double page numérotée 37 qui y était insérée, datée du 8 juin 1989, concerne les relations commerciales avec le groupement Gitem pour les périodes septembre-décembre et juin-septembre 1989. Elle comporte des colonnes de prix d'achat (y compris «*net net*» de toutes remises et ristournes) et de prix de vente au détail pour chacune des références concernées, mais également des coefficients multiplicateurs (permettant de calculer les prix de vente au détail) des adhérents du groupement Gitem. Elle se présente comme suit.

« **AKAI** **AB**

		↓ NC			
<i>Gitem</i>		<i>OFFRE GITEM</i>	<i>(SF)</i>	<i>Coeff Adh.</i>	<i>net net</i>
<i>VIDEO</i>	<i>VS 765</i>	4990	2626. ³¹	1. ⁹⁰	2415. ¹⁰
<i>Sept-Dec</i>	<i>VS 498</i>	4990	2697. ²⁹	1. ⁸⁵	2511. ¹⁸
<i>(...)</i>					
<i>Juin-Sept</i>	<i>VS 55</i>	4990	2626. ³¹	1. ⁹⁰	2445. ¹⁰
<i>(...)</i>					
	<i>VS 52</i>	4490	~~2494.⁴⁴~~	~~1.⁸⁰~~	2322. ³³
		3990	2465. ⁰⁰	1. ⁸² 1. ⁶²	Δ50F AS
					<i>ou Pvd</i>
	<i>VS 20</i>	3790	2052. ⁹⁴	1. ⁸⁵	1911. ²⁹
	<i>(3490) Sept</i>		2052. ⁹⁴	1. ⁷⁰	
<i>(...)</i>					
<i>Budget 30 KF Pub sept</i>					
<i>à provisionner</i>					

(signature)

8.6.89»

323. - La page 36 de la cote B, 51, 2 était agrafée à la double page 37. Elle est rédigée comme suit :

«~~au niveau départ~~ :

Régine

Voir avec André pour qu'il me refasse la note si offre confirmée. Je ne peux pas conserver ce document avec des prix publics.

De plus, s'agit-il de catalogues GITEM ?

(Signature)

9/6/89

Régine → faire réduction»

324. - Sur le même cahier coté B, 51, 2, la page numérotée 114 datée du 8 juin 1989, concerne des discussions engagées par la société Akai avec le groupement Gitem à propos de sa «*Pub octobre*». Pour trois références, elle indique les prix de vente au détail de la forme x y90F et les prix de vente hors TVA correspondants, nets et «*net net*». Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 15 septembre 1989 (cote B, 51, 2, p. 121) et au plus tôt le 1^{er} septembre 1989 (cote B, 51, 2, p. 103).

325. - Sur le même cahier coté B, 51, 2, les pages numérotées 135 et 136 concernent des discussions de la société Akai avec le groupement Gitem, «*chez Ferrero - Mme Vital*», à propos de son «*Prospectus Fin d'année*» dont il est indiqué qu'il comportera un «*Gros effort sur le brun / 6 M(illions) d'ex(emplaires) / Pub(licité) ?*». Pour chacune des références, qui concernent des produits de HiFi, d'audio, de vidéo et des téléviseurs couleurs, figure un prix de vente au détail de la forme x y90F suivi d'un coefficient et de prix de vente hors TVA «*S(ur) F(acture)*» correspondant. Ces discus-

Décisions / 02-D-42

433

sions ont eu lieu au plus tard le 29 septembre 1989 (cote B, 51, 2, p. 139) et au plus tôt le 27 septembre 1989 (cote B, 51, 2, p. 134).

326. - Les documents saisis sous cotes A, 383, 2, 127 à 130 font état des relations commerciales entretenues par le groupement Gitem avec les coopératives adhérentes avec la société Samsung Electronics France. Ces documents comportent, entre autres, des mentions relatives à des «PVC» (prix de vente aux consommateurs). En particulier, la lettre de la société Samsung Electronics France du 14 mars 1990 (cote A, 383, 2, 127) adressée au groupement Gitem «à l'attention de Monsieur Kuta» est la «proposition 1990», comportant une «proposition accord commercial au 1/04/90» et une «proposition de référencement 1^{er} avril/30 juin 1990» qui «ne concerne que la nouvelle gamme de fours Samsung, arrivée en France entre mars et mai 1990».

327. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. La page numérotée 193 rend compte de discussions de la société Akaï France avec le groupement Gitem à propos notamment de sa «Pub(licité) janvier 91». Pour la référence de magnétoscope concernée (VSF 15), elle mentionne son prix de vente au détail (3 690 F) et son prix de vente net «S(ur) F(acture)» (2 128 F). Ces discussions ont eu lieu au plus tard le 7 décembre 1990 (cote B, 51, 3, p. 198).

328. - Le document saisi sous cotes A, 383, 2, 134 et 135 est une lettre de la société Samsung Electronics France (M. Éric Valton) au groupement Gitem («à l'attention de M. Gilles Bennatti») en date du 1^{er} février 1991, qui donne «confirmation de nos récents entretiens» quant aux «résultats et objectifs commerciaux» et aux «accords commerciaux 1991» et fait une «proposition de référencement - Prix applicables au 1^{er} mars 1991».

329. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. La page numérotée 335 rend compte de discussions du 17 avril 1991 de la société Akaï France avec le groupement Gitem à propos de son approvisionnement en magnétoscopes pour la période septembre-décembre suivante. Elle ne comporte, pour chacune des références mentionnées, que l'indication de leur prix de vente au détail de la forme x y90 FF.

33. Le groupe Pro & C^{ie}

331. - Le document coté B, 51, 5 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. La page numérotée 45, rédigée peu avant le 22 juin 1990 (cf. p. 47), concerne les relations commerciales avec le groupement «Pro & C^{ie}». Elle comporte treize lignes, une par référence de produits, avec des quantités exprimées en nombres de «p(iè)c(e)s», des prix de vente «S(ur) F(acture)» et, pour quatre des références, des prix, supérieurs aux précédents, de la forme x y90 FF.

332. - Le document coté B, 51, 1, 10 est une note rédigée le 27 août 1990 par un attaché commercial de la société Akaï à la suite d'une visite d'un client, «BERTRAND PRO et Cie» à Libourne et destinée à son Directeur Commercial, M. Bousquet. Elle mentionne des propositions de prix d'achat et, notamment, de prix de vente.

«Communication de M. JPB en date du 27.08.90

à M.A.B. → NC

Client BERTRAND PRO et Cie LIBOURNE

Catalogue du 31.10 a 31.12.

PRO et Cie et AX-HOME + tiré à part

«PRO et Cie» AX-HOME			P.V.	P.A
<i>Propositions :</i>				
C.T. 1521	X	X	2 790	1 860
V.S. 12	X	X	3 690 (nal)	2 170
PVSC 100S	X	-	7 990	4 990
INTE 333	X	-	3 790	2 108
INTE 402	X	X	4 490	2 565
VSF 16	X	-		
TOTAL	6	3		

P.P. soit 18 000 + soit 5 100

Laissé forfait à 20 000 H.T.»

4. - La fixation des prix des commerçants indépendants

41. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 64 est un «rapport journalier de visite» du 2 janvier 1991 du représentant de la société Akaï «JPB». Il signale, entre autres, le «prix 470» pratiqué par le magasin «Seeb» de «Graulhet».

42. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 66 est un «rapport journalier de visite» du 4 décembre 1990 du représentant de la société Akaï «JPB». Il signale, entre autres, «OK prix» au magasin «ADG» de «Bordeaux».

43. - Le document saisi coté sous cote A, 383, 2, 162 est le double d'une note adressée par la société Samsung Electronics France le 17 septembre 1990 au groupement SESAME (MM. Morin et Gouineau). Il est rédigé comme suit :

«Suite entretien avec M^r Boissard, veuillez trouver ci-joint confirmation de nos offres de prix pour la période sept/dec. 90.

Référence	S/F	Prix net	PVC.	Disponibilité
(...)				
RE 578 D	700	658,56	990	Dispo
RE 579 TC	933	877	1 290 nov.	Dispo
RE 606 D	888	835	1 290	Dispo
RE 607 D	920	865	1 390	Dispo
RE 608 TC	1 072	1 008	1 690	Dispo
RE 609 ST	1 131	1 064	1 790	Dispo
RE 737 D	1 056	993,48	1 490	Dispo
RE 738 TC	1 228	1 155,30	1 990	Dispo
RE 995	1 395	1 312,41	2 290	Dispo
RE 1200 CG	2 150	2 022,72	3 490	Dispo
(...)				

5. - La fixation des prix des entreprises de vente par correspondance

51. Les groupes La Redoute, 3 Suisses, Camif et Maison de Valérie

511. - Le listing informatique saisi sous cote B, 51, 1, 97 intitulé «*Catalogue V P C PRINTEMPS / ETE 1991 - AKAI / ENSEIGNE janvier à juin 1991*» récapitule les produits et les prix de vente au détail des catalogues des quatre entreprises de la période considérée. Il se présente comme suit. (À ce listing est collé un autre, similaire, relatif aux produits de marque Samsung. Cf. le 9. ci-après).

CATALOGUE VPC PRINTEMPS/ETE 1991

AKAI		
ENSEIGNE	JANVIER À JUIN 1991	
LA REDOUTE	VS F 10	2990
	VS F 16	3890
	VS F 12	3590
	VS F 17	4590
	VS F 30	3990
	INT 333	3790
	W 2000	1690
	PVS C 100S	7990
	PVS C 500 E	9990
3 SUISSES	LASER 600	4990
	LASER 800	6990
	APM 600	690
	EAM 800	1490
	W 290	890
	YSF 10	2990
	YSF 16	3890
	VSF 12	3590
	CT 2569	5490
CAMIF	CT 2869	5990
	INT 333	3790
	LASER 400 SE	3540
	SRH 400	450
	LASER 700 SE	5150
	SRH 800	840
	APM 600	690
	E.120X6	199
	E.180X6	219
	E.210X6	269
	E 240 X6	299
	VSF 10	2990
	VS F 12	3590
	VS F 18	4790
	VS F 30	3990
MAISON DE VALÉRIE	VS F 10	2990
	VS F 16	3890
	VSF 12	3590
	VS F 15	3790
	VS F 17	4590
	VS F 30	3990
	VS F 18	4790
	LASER 400	3990
	LASER 600	4990
	LASER 700	5990
	APM 600	690
	AES 9,1	790
	EAM 800	1490
	PVS C 100 S	7990
	PVS C 500 E	9990
	W 290	890

512. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 346, rédigée le 29 avril 1991 (cote B, 51, 3, pp. 345 et 347), est reproduite ci-après :

« 1 ^{ère} demande					
VSF 420	(4490)	4390			
VSF 400	(3990)	3790			
VSF 320	(3990)		(C	R	3S Val)
VSF 300	(3490)		(Camif	Red	3 Suis Val)
VSF 220	(3490)	(OK)	(Camif	Red	Valérie)
VSF 200	(2990)		(Camif	Redoute	Valérie) (...) »

52. Le groupe Camif

521. Les prix de vente au détail et la politique commerciale

5211. - Dans un télex du 18 août 1989 (cote R 508), la société Cofradel - Brandt Électronique indiquait à la Camif, «à l'attention de M. Dechambe» : «(...) veuillez trouver ci-après notre proposition de prix pour votre catalogue printemps-été 90». Suivait, pour treize références, l'indication du «prix sur facture H. T.» et du «prix public généralement constaté» de la forme x y90 F, à savoir :

1 990,00 F pour la référence 36210 T
 2 290,00 F pour la référence 36231 T
 2 590,00 F pour la référence 42232 T
 2 990,00 F pour la référence 51233 T
 3 990,00 F pour la référence 55260 PL
 4 690,00 F pour la référence 55280 PLST
 4 890,00 F pour la référence 63583 ST
 4 490,00 F pour la référence 63559 T
 4 990,00 F pour la référence 70584 ST
 5 490,00 F pour la référence VK 479
 5 490,00 F pour la référence VK 476
 3 290,00 F pour la référence VK 428
 3 490,00 F pour la référence VK 478.

5212. - Dans un télex du 5 septembre 1989 (cote R 507), la société Cofradel - Brandt Électronique indiquait à la Camif, «à l'attention de M. Dechambe» : «(...) veuillez trouver ci-après les meilleurs prix que nous pouvons vous consentir sur nos nouveaux modèles :

Référence	Prix/facture H. T.	Positionnement prix public généralement constaté
63283 ST	3 000,00 F	4 890,00 F
70284 ST	3 260,00 F	5 290,00 F »

5213. - Dans un télex du 22 novembre 1989 (cote R 504), la société Cofradel - Brandt Électronique indiquait à la Camif, «à l'attention de M. Dechambe» : «Suite à nos différents entretiens, veuillez trouver ci-après propositions de prix pour les opérations suivantes :

1) Catalogue «Printemps/Été 90»

MID 1000 : Prix s/ facture 710,00F

Prix public généralement constaté : 1 190,00F et non 990,0F

(...)

En ce qui concerne les prix de vente publics généralement constatés, comme convenu, merci de bien vouloir me contacter dès que vous aurez arrêté vos catalogues, définitivement.»

5214. - Dans un télex du 13 mars 1990 (cote R 520), la société Cofradel - Brandt Électronique indiquait à la Camif, «à l'attention de M. Dechambe : Nous vous confirmons le prix du «pied» adaptable sur notre gamme des 55 cms et 63 cms - Ferguson / Référence : ST 16 / prix s/ facture : 190,00 F Positionnement prix public généralement constaté : 450,00 F».

5215. - Dans un télex du 20 avril 1990 (cote R 518), la société Cofradel - Brandt Électronique indiquait à la Camif, «à l'attention de M. Dechambe : Concerne Catalogue «Automne-Hiver 90/91» (...)». Suivait, pour treize références, l'indication du «prix sur facture» et du «positionnement prix public généralement constaté» de la forme x y90 F, à savoir :

790,00 F pour la référence 31411

1 990,00 F pour la référence 36410 T

2 290,00 F pour la référence 36431 T

2 890,00 F pour la référence 40231 T

2 690,00 F pour la référence 42232 T

2 990,00 F pour la référence 51233 T

3 690,00 F pour la référence 55251 T

4 690,00 F pour la référence 55281 ST

4 790,00 F pour la référence 63261 T

5 490,00 F pour la référence 63281 ST

5 490,00 F pour la référence 70284 ST

3 290,00 F pour la référence VK 428

7 290,00 F pour la référence VM 038 CH.

5216. - Dans un télex du 31 mai 1990 (cote R 521), la société Cofradel - Brandt Électronique indiquait à la Camif, «à l'attention de M. Dechambe : Concerne Catalogues «Rentrée des classes» et «Cadeaux fin d'année» / Nous vous confirmons notre proposition téléphonique sur le téléviseur couleurs 63559T à 2 690,00 F s/ facture pour un prix marché 3 990,00 F / 4 490,00 F».

5217. - Dans un télex du 19 juin 1990 (cote R 519), la société Cofradel - Brandt Électronique indiquait à la Camif, «à l'attention de M. Dechambe : Suite à notre entretien, nous vous confirmons le prix dont nous sommes convenus sur le camescope VM 038 CH, à savoir : prix sur facture 4 200,00 F Positionnement prix public généralement constaté : 5 490,00 F, et ce pour votre catalogue Automne/Hiver 90-91».

5218. - Par lettre du 4 septembre 1990 (cote R 535), la société Cofradel - Brandt Électronique indiquait à la Camif, «à l'attention de M. Dechambe : Pour faire suite à nos différents entretiens, nous vous confirmions nos meilleures propositions pour votre Catalogue Printemps/Été 1991 :

	Prix d'achat H.T. sur facture	P.V.P. générale- ment constatés	Commentaires
GAMME TVC			
36 210 T	1 420,00	1 990,00	)
36 231 T	1 530,0	2 290,00	) même
42 232 T	1 780,00	2 590,00	) esthétique
51 233 T	2 040,00	2 990,00	)
40 231 T	1 835,00	2 790,00	
44 232 T	2 200,00	3 490,00	Black en 01/91
55 251 T	2 330,00	3 690,00	)
55 261 T	2 490,00	3 990,00	)
55 281 ST	2 930,00	4 690,00	) même
63 261 T	2 990,00	4 790,00	) esthétique
63 281 ST	3 420,00	5 490,00	)
63 559 T	2 700,00	3 990,00	
63 283 ST	3 130,00	4 990/4 790	) même
70 284 ST	3 260,00	5 490/5 290	) esthétique
GAMME VIDÉO			
VK 280	1 810,00	2 990,00	
VK 289 P/S	2 280,00	3 990/3 790	
VK 381	2 280,00	3 990/3 790	
VK 479 P/S	2 740,00	4 790/4 590	
VM 038 CH	4 150,00	6 490/5 990	»

5219. - Le document coté B, 51, 7 est un cahier manuscrit sur lequel un employé du service commercial de la société Akaï France, M. Pascal Huet, prenait des notes. La page numérotée 24, rédigée le 16 janvier 1991 et agrafée dans le cahier à sa page numérotée 23 R°, concerne le «*catalogue 04/91 → 20/04 sortie*» de la société «*Camif*» (M. «*PH → DrGr Dechartres*»). Il s'agit d'une liste de 6 références de caméscopes (2), magnétoscopes (3) et téléviseur couleurs (1) et d'une «*opération spéciale*» regroupant deux appareils, vendus par la société Akaï, de leur prix de vente au détail de la forme x y90F et de leur prix de vente hors taxe au franc ou au centime près. Une mention *in fine* indique : «*Boucle@prix fin 02 / déb(ut) 03*».

521a. - Par télécopie manuscrite envoyée le 15 février 1991 à 16 h 35 (cote R 547), la société Cofradel - Brandt Électronique indiquait à la Camif, «*à l'attention de M. Dechambe*» ses «*Propositions pour Catalogue Automne/Hiver 91/92*». Comme le document du 4 septembre 1990 référencé sous le 8. *supra*, ces propositions se présentent sous forme de tableau indiquant, pour quinze références de téléviseurs, cinq références de magnétoscopes et trois références de caméscopes leurs «*PA H.T. sur facture*» et leur «*Prix de vente généralement constaté et conseillé*», ainsi que des «*Commentaires*».

521b. - Les documents cotés B, 51, 1, 103 et 104 sont des lettres, adressées à la Camif par la société Akaï les 1^{er} et 12 juillet 1991, qui concernent respectivement une «*opération spéciale - octobre 1991*» et le «*catalogue novembre 1991*». Toutes deux indiquent les «*prix nets sur facture*» d'appareils vidéo et de caméscopes (respectivement l'appareil vidéo «*VS F 10 (...)* remplacé exceptionnellement par le VS F 11 au même prix (modèle identique, mais avec télécommande LCD» et le caméscope «*PV S C 20*», et les appa-

reils vidéo «VS F 530 (...) VS F 430 (...) VS F 12» et le camescope «PVS C 40»). Toutefois, en regard de chacun de ces appareils figurent deux prix, l'un est le prix de vente au détail et l'autre le «prix net sur facture» dont s'agit : «2690 / 1750», «6990 / 4250», «2780 / 4990», «2508 / 4490», «1880 / 2990» et «4812 / 7990».

521c. - Le document coté B, 51, 9 est un cahier manuscrit sur lequel un employé du service commercial de la société Akaï France prenait des notes. La page numérotée 97 R° rend compte de discussions du 8 juillet 1991 entre la société Akaï France et la société Camif pour une «O(pération) S(péciale) 11/91» de cette dernière. Pour chacune des quatre références Akaï et des deux références «S(amsung) E(lectronics) F(rance)» concernées, sont mentionnés leur prix de vente au détail de la forme x y90F, leur prix de vente hors taxe au franc près et le coefficient multiplicateur correspondant.

521d. - Par télécopie dactylographiée envoyée le 22 juillet 1991 à 18 h 41 (cotes R 581 et R 582), la société Cofradel - Brandt Électronique («Pascal Bouyat - Brandt») indiquait à la Camif, «à M. Serge Dechambe» ses «meilleures offres dans le cadre de (son) Catalogue Printemps-Été 1992», sous la forme du tableau suivant :

«	P.A. s/ facture	P.V.G.C.	Commentaires	
TÉLÉVISION				
36 220 T	1 380,00	1 990,00	} même visuel	
36 241 T	1 485,00	2 290,00		
42 250 T	1 700,00	2 590,00		
51 245 T	1 990,00	2 990,00	} même visuel	
55254 T	2 100,00	3 290,00		
55 265 ST	2 490,00	3 990,00		
55 292 ST	2 630,00	4 290,00	} même visuel	
63 752 T	2 660,00	6 990,00		
63 775 ST	2 930,00	4 690,00		
63 790 ST	3 060,00	4 990,00	} même visuel	
70 759 T	2 920,00	4 690,00		
70 760 ST	3 360,00	5 490,00		
MAGNÉTOSCOPES				
VK 285	1 610,00	2 490/2 590	} même visuel	
VK 290 P/S	1 990,00	3 290,00		
VK 387	1 990,00	3 290,00		
VK 389 P/S	2 350,00	3 890,00	}	
CAMESCOPES				
VM 040 C	3 860,00	5 990/6 490		

521e. - Sur le cahier coté B, 51, 9, manuscrit sur lequel un employé du service commercial de la société Akaï France prenait des notes, la page numérotée 137 R° rend compte d'une communication «té(l)éphérique» du 23 septembre 1991 avec la société Camif (M. «Serge»), à propos de son «catalogue 11/91 - Baisse en direct». Les notes prises à cette occasion sont les suivantes :

«VS200 →	2 790
VS220 →	3 490
VS300 –	3 290
320 –	3 790»

521f. - Le document saisi coté B, 51, 1, 99 est un document établi par la société Akai. Il concerne ses produits «*Hi-Fi/Audio/Vidéo/TV*» lors d'une «*négo*»ciation pour la période «*Juillet/91 à janvier 92*» avec «*La Camif*». La première colonne de ce document est une liste de «*produits catalogue général*». La deuxième est la liste des prix «*TTC*» correspondants, tous de la forme x y90F ; la troisième celle des prix «*net / facture*», tous au franc près ; la quatrième celle des «*coeff*»icients et la cinquième celle des prix «*net/net - 97,02 % - 96,05 %*». Les deux dernières colonnes, intitulées «*obj - Qte*» et «*obj - CA*» ne sont pas remplies.

521g. - Par télécopie dactylographiée envoyée le 8 septembre 1992 à 8 h 41 (cotes R 665 et R 666), la société Thomson Consumer Electronics Marketing France («*Pascal Bouyat - T.C.E. Marketing France / Brandt*») indiquait à la Camif, «à M. Dechambe», ses «*meilleures propositions pour le Catalogue Printemps / Été 93*», sous la forme d'un tableau. La photocopie communiquée est de mauvaise qualité, mais l'on distingue quatre colonnes («*Références*», «*Prix d'achat / facture*», «*Prix de vente GT constaté*» et «*Commentaires*») et des références (neuf de téléviseurs et quatre de magnétoscopes) avec, pour chacune, des indications de prix. Les «*Prix de vente constatés*» sont tous de la forme x y90F.

521h. - Par télécopie dactylographiée datée du 26 juillet 1993 (cotes R 744 et R 745), la société Thomson Consumer Electronics Marketing France («*Pascal Bouyat - T.C.E. Marketing France*») confirmait à la Camif, «à M. Dechambe», à propos de son «*Catalogue Printemps/Été 1994*», les «*éléments dont nous disposons à ce jour sur la vidéo*», sous la forme du tableau suivant :

« <i>Références</i>	<i>Prix d'achat / facture</i>	<i>Prix de vente GT constaté</i>
<i>THOMSON</i>		
<i>V 1300</i>	<i>1 500,00 F</i>	<i>2 490 F</i>
<i>VP 2300</i>	<i>1 632,00 F</i>	<i>2 790 F</i>
<i>VP 3300</i>	<i>1 912,00 F</i>	<i>3 290 F</i>
<i>VP 3280</i>	<i>1 960,00 F</i>	<i>3 490 F</i>
<i>VP 4300</i>	<i>1 994,00 F</i>	<i>3 490 F</i>
<i>VP 5280</i>	<i>(illisible)</i>	<i>5 490/4 990 F</i>
<i>VP 6280</i>	<i>3 237,00 F</i>	<i>5 990 F</i>
<i>VM 540</i>	<i>3 520,00 F</i>	<i>5 990 F</i>
<i>BRANDT</i>		
<i>VK 293 PS</i>	<i>1 420,00 F</i>	<i>1 990 F</i>
<i>VK 395 PS</i>	<i>1 650,00 F</i>	<i>2 490 F</i>
<i>VK481 PS</i>	<i>1 850,00 F</i>	<i>2 790 F</i>

« Références	Prix d'achat / facture	Prix de vente GT constaté
<i>SABA</i>		
<i>VKM 4320</i>	<i>1 590,00 F</i>	<i>2 690 F</i>
<i>VKM 4330</i>	<i>1 810,00 F</i>	<i>2 990 F</i>
<i>VKM 4340</i>	<i>1 990,00 F</i>	<i>3 490 F</i>
<i>TELEFUNKEN</i>		
<i>VR 287V</i>	<i>1 650,00 F</i>	<i>2 990 F</i>
<i>VR 387V</i>	<i>1 950,00 F</i>	<i>3 490 F</i>
<i>VR 487V</i>	<i>2 050,00 F</i>	<i>3 990 F</i>
<i>VR 498V</i>	<i>2 650,00 F</i>	<i>4 990/4 690 F</i> »

521i. - Par télécopie dactylographiée datée du 13 octobre 1993 (cotes R 698 et R 699), la société Thomson Consumer Electronics Marketing France («*Pascal Bouyat - T.C.E. Marketing France*») indiquait à la Camif, «à M. Dechambe», à propos de son «*Catalogue Automne-Hiver 1993*», ses «*nouvelles conditions à partir du 15 octobre 1993*», sous la forme d'un tableau comportant trois colonnes («*Références*», «*Prix d'achat / facture*» et «*Commentaires*») et des références pour les marques «*Thomson*» (onze téléviseurs et deux magnétoscopes), «*Saba*» (deux téléviseurs) et «*Brandt*» (sept téléviseurs et un magnétoscope). Pour le téléviseur Thomson 63 DR 58, la colonne «*Commentaires*» indique «*P.P.I. : 5 490 F*». À côté de cette mention a été rajouté, à la main : «OK». Le même scripteur a porté, dans cette même colonne «*Commentaires*» :

- la mention «*3 790 F PVC*» sur la ligne du téléviseur Thomson 55 MP 70 ;
- la mention «*m PVC*» sur la ligne du téléviseur Thomson 40 ML 40 ;
- la mention «*PVC 5 990 F*» sur la ligne du téléviseur Thomson 72 DR 58 ;
- la mention «*PVC 3 990 Vu*» sur la ligne du magnétoscope Thomson VP 4280 ;
- la mention «*PVC 3 490 Vu*» sur la ligne du magnétoscope Thomson VP 3280 ;
- la mention «*PVC 5 490 Vu*» sur la ligne du téléviseur Saba T 7030 ;
- la mention «*PVC 1 490*» sur la ligne du téléviseur Brandt 36 291T ;
- la mention «*PVC 4 890*» sur la ligne du téléviseur Brandt 70 765 ST ;

et, dans la colonne «*Prix d'achat / facture*» :

- la mention «*Vu PVC 2 490*» sur la ligne du téléviseur Brandt 55 655T ;
- la mention «*PVC 3 790 F Vu*» sur la ligne du téléviseur Brandt 63 753T ;
- et la mention «*PVC 2 990 F Vu*» sur la ligne du téléviseur Brandt 55 766 ST.

521j - Par télécopie dactylographiée envoyée le 10 septembre 1993 à 10 h 00 (cotes R 751 et R 752), la société Thomson Consumer Electronics Marketing France («*Pascal Bouyat - T.C.E. Marketing France / Brandt*») indiquait à la Camif, «à Monsieur Dechambe», ses «*meilleures offres Thomson*» pour le Catalogue Printemps-Été 1994, sous la forme d'un tableau comportant trois colonnes («*Références*», «*Prix d'achat / facture*» et «*Commentaires*»). Cette dernière colonne mentionne les produits nouveaux. Pour les références correspondantes, les mentions dactylographiées et celles qui ont été rajoutées de façon manuscrite (ci-après en caractères gras) sont les suivantes :

«THOMSON

Références	Prix d'achat / facture	Commentaires	Prix vente conseillé
<u>TVC</u>			
36 ML 45	1 130,00 F	Nouveau design - octobre 93	1 690 (1,52)
40 MPR 45	1 740,00 F	Gamme Pro - octobre 93	2 990 (1,75)
63 MP 41	2 641,00 F	Nouveau design - septembre 93	4 490
72 MP 41	2 910,00 F	Nouveau design - septembre 93	4 990
55 MT 50	2 350,00 F	Nouveau design - septembre 93	3 990
55 BPR 58	2 800,00 F	Nouveau design - octobre 93	4 790
72 DR 49	3 308,00 F	Nouveau design - novembre 93	5 690
72 DO 95	4 319,00 F	Nouveau design - septembre 93	7 990»

521k. - Par télécopie dactylographiée envoyée le 15 septembre 1993 à 16 h 45 (cotes R 749 et R 750), la société Thomson Consumer Electronics Marketing France («*Pascal Bouyat - T.C.E. Marketing France / Brandt*») indiquait à la Camif, «à Monsieur Dechambe», ses «*meilleurs offres*» pour le Catalogue Printemps-Été 1994, «pour les marques Brandt et Saba», sous la forme d'un tableau comportant trois colonnes («*Références*», «*Prix d'achat / facture*» et «*Commentaires*»). Cette dernière colonne mentionne les produits nouveaux. Pour les références correspondantes, les mentions dactylographiées et celles qui ont été rajoutées de façon manuscrite (ci-après en caractères gras) sont les suivantes :

«BRANDT

Références	Prix d'achat / facture	Commentaires	
<u>TVC</u>			
55 655T	2 340,00 F	Nouveau produit - Septembre	2 490 (1,52)
<u>VIDÉO</u>			
VK293 PS	1 300,00 F	Nouveau produit - septembre 1993	1 990 (1,47)
VK 395 PS	1 620,00 F	Nouveau produit - septembre 1993	2 490 (1,55)»

«SABA

Références	Prix d'achat / facture	Commentaires	
<u>TVC</u>			
M 4206	1 400,00 F	Nouveau produit - octobre 1993	2 290
M 4211	1 520,00 F	Nouveau produit - octobre 1993	2 490 (1,70)
M 5106	1 540,00 F	Nouveau produit - Septembre	
M 5111	1 650,00 F	Nouveau produit - Novembre	
M 5507	1 690,00 F	Nouveau produit - juillet 93	
M 6330	2 740,00 F	Nouveau produit - juillet 93	
M 7030	3 140,00 F	Nouveau produit - juillet 93	»

521l. - Par télécopie dactylographiée datée du 7 février 1994 (cotes R 780 à R 785), la société Thomson Consumer Electronics Marketing France («*Pascal Bouyat - T.C.E. Marketing France*») indiquait à la Camif, «à M. Dechambe», à propos de son «*Catalogue Automne-Hiver 1994/1995*»,

ses «meilleurs offres», sous la forme d'un tableau concernant les marques *Thomson*, *Brandt*, *Saba* et *Telefunken* et comportant quatre colonnes («Références», «P.A. / facture», «Px de vente GT constaté» et «Commentaires»). À chaque référence est associé un «Prix de vente GT constaté», y compris pour les produits indiqués comme nouveaux (comme par exemple les téléviseurs *Thomson* 55 MT 15, 55 MT 60L, 63 MT 68L et 72 MT 68L, et *Brandt* SD 36 291T. En outre, des mentions manuscrites ont été portées sur ce document (en caractères gras ci-après), parmi lesquelles, à propos de deux téléviseurs *Thomson* :

«70 MXC 97DL ~~5 226,00 F~~ 5 130 8 990 F (...) **Voir PV 9 990 ?**
81 MXC 97DL 6 850,00 F 11 990 F (...) **Voir PV : 12 990 ?**»

521m. - MM. de La Chesnais et Boivineau, respectivement directeur général adjoint et directeur des produits techniques de la société Camif Catalogues, ont déclaré le 15 mai 1996 (cotes R 428, sq.) : «*Le groupe Camif diffuse en France sept catalogues de vente par correspondance, un par mutuelle adhérente : celle des instituteurs, celle des PTT, celle de l'armée, etc. Ces sept catalogues sont rigoureusement identiques, si ce n'est que leur première page de couverture est personnalisée et que chacun a des conditions de vente à crédit spécifiques. Au total, les membres de l'Éducation nationale représentent 80 % environ de nos clients. Ceux-ci sont uniquement les sociétaires des mutuelles adhérentes.*

Nous sélectionnons les produits que nous vendons par correspondance en fonction des besoins de notre clientèle. Celle-ci est particulière et elle est très attachée à la qualité des produits. Nous constituons des collections de produits de qualité, puis nous sélectionnons les fournisseurs en fonction de nos critères de rentabilité.

Le «Cahier des charges achats» (...) permet de préciser nos besoins vis-à-vis des fournisseurs (...) il ne s'agit pas d'un document de nature contractuelle. [Un exemplaire de ce «Cahier des charges Achats» sous cote R 436] (...) Nous n'avons jamais signé avec nos fournisseurs de contrat de distribution de quelque nature que ce soit, ni aucun accord de coopération commerciale. Nos relations commerciales avec nos fournisseurs se font exclusivement sur la base de leurs conditions générales de ventes, dans le cadre de contrats d'achats (...) qui sont valables pour la durée de vie d'un catalogue : 6 mois pour l'applicabilité d'un catalogue semestriel, plus un mois et demi de chevauchement.

(...) La politique commerciale du groupe Camif est avant tout une politique de qualité et d'image, tant pour les produits eux-mêmes que pour les services associés à leur vente.

(...) Lorsque nous avons déterminé les types de produits attendus par notre clientèle, nous effectuons notre choix entre les différents fournisseurs possibles, en fonction des critères techniques définis dans notre cahier des charges techniques et dans nos fiches par familles de produits, mais également en fonction des services que peuvent apporter chaque fournisseur concerné : logistique, fourniture de photos pour les catalogues, taux de retour d'appareils défectueux, taux de réparations, etc. Enfin, nous choisissons le fournisseur qui nous permet de réaliser une marge conforme à nos objectifs de rentabilité.

Outre la vente par correspondance, la Camif dispose de magasins de vente au détail, réservés aux sociétaires (adhérents des mutuelles de l'Éducation nationale) et aux adhérents (des autres mutuelles). (...) Les prix de vente au détail pratiqués dans ces magasins sont ceux du catalogue de vente par correspondance, compte tenu du dispositif de «baisse en direct» [Le service «Baisses en direct», «accessible par téléphone, serveur vocal ou Minitel», permet de «garantir le meilleur prix tout au long de l'année»: cf. Rapport annuel pour 1994, p. 10 (cote R 434)].

(...) Pour ces produits bruns, comme pour les produits «blancs» (...), nous estimons que nous ne sommes pas en concurrence avec les autres vepécistes (...) qui sont surtout spécialisés dans les produits textiles et qui ont au contraire choisi une politique de prix de vente au détail bas. Nos principaux concurrents sont les grands magasins spécialisés, comme Darty et la FNAC, qui ont également opté pour une politique de choix et de services, ainsi que les hypermarchés qui aujourd'hui tendent également à pratiquer une telle politique. Le groupe Camif réalise un chiffre d'affaires qui représente entre un huitième et un dixième de celui réalisé par le plus important de ces concurrents.

Nous établissons le prix de vente au détail des produits blancs et bruns que nous avons référencés comme indiqué précédemment, en fonction du prix «normal» du même produit ou d'un produit identique, de la même marque ou d'une autre marque, pour des services avant-vente et après-vente comparables, tel qu'il est pratiqué par nos principaux concurrents. Nous tenons également compte des barrières psychologiques du consommateur, par exemple un prix de 3 990 F sera préféré à un prix de 4 000 F ou plus. Enfin, nous tenons compte de nos critères de rentabilité.

Aucun de nos fournisseurs ne nous a jamais adressé de prix de vente au détail imposés.

Pour leurs produits nouveaux, c'est-à-dire pour le lancement de produits non encore mis sur le marché, nos fournisseurs de produits blancs et bruns nous communiquent des prix de vente au détail conseillés, qu'ils souhaitent voir pratiqués dans tous les circuits de distribution. Nous tenons à préciser qu'ils n'établissent et ne diffusent ces prix de vente conseillés qu'à l'occasion du lancement d'un produit nouveau, et seulement pour la durée de la campagne publicitaire nationale qu'ils lancent à cette occasion, c'est-à-dire pour une durée de six à huit semaines. Nous précisons également que la Camif prend connaissance de ces prix de vente au détail conseillés, mais qu'elle détermine elle-même ses propres prix de vente en fonction des prix de vente au détail des produits similaires des fournisseurs concurrents, de la valeur d'usage réelle de la fonction technique ainsi introduite sur le marché, etc.

Nous avons connaissance des prix de vente au détail pratiqués par les différents circuits de distribution par l'intermédiaire des relevés de prix effectués par différents organismes, comme le C.M.I. [S'agissant des relevés de prix, la Camif s'adresse à l'I.F.R.] L'identité des prix de vente au détail des produits nouveaux s'explique, selon nous, par la diffusion des prix conseillés au cours des premières semaines de leur lancement ainsi que par le fait que les prix d'achat de chaque revendeur doit être à peu près égal ainsi que leurs charges. La Camif, qui ne diffuse que deux catalogues par an, ne peut être que «suiviste», mais en raison de sa politique de qualité et

d'image, elle est tenue à «rester dans le coup», à proposer à ses clients les derniers perfectionnements techniques aux prix du marché.

Pour les produits déjà commercialisés, les identités de prix pour un même appareil s'expliquent selon nous par le fait que chaque distributeur observe avec soin les prix pratiqués par la concurrence et s'aligne sur le prix du marché, le prix le plus fréquemment constaté. La Camif procède en tout cas ainsi, mais en tenant compte des éventuelles différences dans la nature et l'importance des services annexes, et de ses objectifs de rentabilité.

Enfin, nous devons signaler que les prix qui figurent dans nos catalogues ne sont pas toujours les prix réellement pratiqués. En effet, les produits blancs et bruns sont des «produits déflationnistes». En raison du décalage entre la préparation, l'impression et la diffusion d'un catalogue et la passation des commandes effectives, il est fréquent que le prix du marché d'un produit connaisse une baisse plus ou moins importante. Dans de tels cas, nous modifions nos prix de vente à la baisse, et notre système des «bais- ses en direct» permet la répercussion immédiate de ces nouveaux prix en baisse aux nouvelles commandes de nos clients.»

521n. - Quatre-vingt pour cent des achats du groupe Camif ont été effectués auprès de 391 fournisseurs pour répondre aux commandes passées sur le catalogue Été 1995, pour répondre aux commandes passées sur le catalogue Hiver 1995 (cotes R 451 à R 464). Seuls les achats effectués auprès des sept premiers de ces fournisseurs représentaient chacun plus de 1 % des achats totaux, les groupes Thomson et Philips étant les premiers avec la société Dunlopillo.

Les sociétés Samsung Electronics France et Akai France représentaient respectivement 1,26 % et 0,37 % des achats totaux pour le catalogue Été 1995 et 0,69 % et 1,19 % pour le catalogue Hiver 1995.

522. Les marges dégagées

Les chiffres d'affaires (en millions de francs) et les marges brutes corrigées (en %) dégagées par la Camif dans les familles de produits «*petit électroménager*», «*gros électroménager*» et «*audiovisuel*» ont évolué comme suit de 1988 à 1995 (cotes R 437 à R 464) :

	Petit électroménager		Gros électroménager		Audiovisuel	
	CAHT	Marge	CAHT	Marge	CAHT	Marge
1988	15,7	21,6 %	285,9	19,7 %	73,1	20,3 %
1989	16,5	20,5 %	295,0	19,5 %	413,7	21,2 %
1990	37,6	23,3 %	321,4	18,9 %	464,6	22,1 %
1991	40,6	22,0 %	316,4	20,0 %	448,2	22,1 %
1992	46,8	20,8 %	315,2	20,5 %	425,1	22,2 %
1993	44,4	25,2 %	332,0	23,5 %	110,9	23,6 %
1994	45,4	27,2 %	327,9	24,5 %	417,9	22,6 %

53. Le groupe La Redoute

531. - Le document coté B, 51, 8 est un cahier manuscrit sur lequel un employé du service commercial de la société Akai France, M. Pascal Huet, prenait des notes. Les pages numérotées 18 V° à 21 R°, rédigées les 12 et 13 février 1991, concernent la société La «*Redoute*». Il s'agit en premier lieu d'une liste des références des produits vendus par la société Akai et de

leur prix de vente au détail, de la forme x y90F, dressée lors d'une entrevue à l'hôtel «Novotel Surveilliers» avec M. «FV». Le rendez-vous avait été convenu à «6h45», mais l'entrevue s'est déroulée de «6h57 → 9h02». En deuxième lieu, il s'agit de notes prises au cours d'une communication téléphonique («20 69 65 87») avec MM. «F.V.» et «E.V.» de la société La «Redoute» : toutes les nombreuses références d'autoradio, magnétoscopes, cassettes vidéo, caméscopes et chaînes Hi-Fi sont suivies de l'indication de leur prix de vente au détail, de la forme x y90F, et de leur prix de vente hors taxe. Dans la plupart des cas est mentionné en outre le coefficient multiplicateur correspondant. Pour le caméscope «VCE 80 S Zoom 8x», le prix de vente au détail indiqué est de 5 990 F, suivi de la mention «demande 1.75 → 3 422 (OK)».

532. - Le document saisi coté B, 51, 1, 98 est un document établi par la société Akaï. Il concerne ses produits «Hi-Fi/Audio/Vidéo/TV» lors d'une «négo»ciation pour la période «Juillet/91 à janvier 92» avec «La Redoute». La première colonne de ce document est une liste de «produits catalogue général». La deuxième est la liste des prix «TTC» correspondants, tous de la forme x y90 F ; la troisième celle des prix «net / facture», tous au franc près ; la quatrième, celle des «coeff»icients. Les trois dernières colonnes, intitulées «net/net», «obj - Qte» et «obj - CA» ne sont pas remplies.

533. - Le document coté B, 51, 9 est un cahier manuscrit sur lequel un employé du service commercial de la société Akaï France prenait des notes. La page numérotée 118 R° datée du 6 septembre 1991 rend compte de discussions entre la société Akaï France et la société La «Redoute». Pour les 17 références de magnétoscopes concernés, ne figure que les prix de vente au détail de la forme x y90 F.

534. - Sur le même cahier coté B, 51, 9, les pages numérotées 122 V° et 123 R° constituent un tableau relatif à des achats, ou à des commandes, de douze références de magnétoscopes Akaï. La première colonne indique ces références ; la deuxième colonne les quantités, en nombre de pièces ; la troisième les coefficients multiplicateurs ; la quatrième les prix de vente au détail «TTC» de la forme x y90F ; la cinquième les prix de vente hors taxe, «R(istourne de) F(in d') A(nnée) → 1,5 %» déduite, au centime près ; la sixième les prix de vente hors taxe sur facture au franc près ; les trois dernières, différents calculs.

535. - Sur le même cahier coté B, 51, 9, les pages numérotées 127 V° et 128 R°, datées du 17 septembre 1991, rendent compte de discussions entre la société Akaï (M. Pascal Huet), la société Samsung Electronics France (M. «Christian») et la société La Redoute (M. «Henri») au sujet de «1,5 page 80 + 20 PP» du catalogue de cette dernière. La page 127 V° comporte la liste de dix références suivies de l'indication de leur prix de vente au détail de la forme x y90F. Pour les deux références RE 995 et MX 375, une fourchette est mentionnée : «1 990 - 2 290» et «2 290 - 2 490». La page 128 R° comporte la liste des mêmes références, suivies de leur prix de vente hors taxe au franc près. Pour les deux références RE 995 et MX 335, ce prix est suivi du prix de vente au détail finalement arrêté : 1 990 F et 2 390 F.

54. Le groupe 3 Suisses

541. - Le document coté B, 51, 8 est un cahier manuscrit sur lequel un employé du service commercial de la société Akaï France, M. Pascal Huet, prenait des notes. La page numérotée 35 R°, rédigée le 6 mars 1991, concerne la société Les «3 Suisses» (M. «J.P.P.»). Il s'agit d'une liste de 17 références de produits vendus par la société Akaï, de leur prix de vente au détail, de la forme x y90F, de leur prix de vente hors taxe et, dans un cas (Chaîne Laser 430) du coefficient multiplicateur correspondant. Ce document, daté du 6 mars 1991, concerne le catalogue Automne-Hiver 1991-1992, puisqu'il comporte la mention manuscrite (comme tout le document) «MAX 330 - 2 990 - Échantillon OK / Mass product 15/09», qui signifie que cette référence tout d'abord achetée à titre d'échantillon, ferait l'objet d'une commande de masse à la mi-septembre 1991 en vue des ventes induites par la diffusion du catalogue à venir, celui de la saison Automne-Hiver.

55. La société La Maison de Valérie

551. - Le document coté B, 51, 8 est un cahier manuscrit sur lequel un employé du service commercial de la société Akaï France prenait des notes. Les pages numérotées 29 R° à 30 R° rendent compte de discussions du 25 février 1991 entre la société Samsung Electronics France et la société La Maison de Valérie à propos du catalogue «A(utomne-) H(iver 19)91/92» de cette dernière, et notamment des magnétoscopes, des téléviseurs couleurs et chaînes Hi-Fi *Samsung*. Pour chacune des références concernées, n'est mentionné que leur prix de vente au détail de la forme x y90F et leur prix de vente hors taxes «S(ur) F(ecture)».

552. - Sur le cahier analogue coté B, 51, 9, la page numérotée 100 V° rend compte de discussions du 12 juillet 1991 entre la société Akaï France et la société La Maison de Valérie. Pour chacune des trois références Akaï et des onze références «S(amsung) E(lectronics) F(rance)» concernées, sont mentionnés leur prix de vente au détail de la forme x y90F et leur prix de vente hors taxe au franc près.

553. - Sur ce même cahier coté B, 51, 9, la page numérotée 113 V° rend compte de discussions du 26 août 1991 entre la société Akaï France et la société La Maison de Valérie (M. «P. Elhuyars»). Il y est mentionné «AKAÏ → Gamme reconduite», puis, sous la mention «S(amsung) E(lectronics) F(rance)», huit références suivies de leur prix de vente au détail de la forme x y90F et de leur prix de vente hors taxe au franc près.

554. - Sur ce même cahier coté B, 51, 9, les pages numérotées 129 V° à 130 V° et datées du 19 septembre 1991 concernent les relations entre La Maison de Valérie et la société Akaï. La liste des références de cette dernière est complétée par l'indication de leur prix de vente au détail, de la forme x y90F (dans trois cas d'une fourchette), et de leur prix de vente hors taxe, dans certains cas «S(ur) F(ecture)», au franc près.

555. - Sur ce même cahier coté B, 51, 9, les pages numérotées 137 V° et 138 R° et datées du 23 septembre 1991 concernent à nouveau les rela-

tions entre La Maison de Valérie et la société Akai. La liste de références de cette dernière est complétée par l'indication de leur prix de vente au détail, de la forme x y90F, de leur prix de vente hors taxe au franc près et, dans six cas du coefficient multiplicateur correspondant.

6. - Les prix pratiqués

61. Dans le nord-est de la France

611. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 72 est un «*rapport hebdomadaire de visites*» pour la 36^{ème} semaine de l'année 1991 (septembre) du représentant de la société Akai, M. «*L. Ruelle*». Au terme de sa visite des magasins *Darty* de Troyes, Reims et Beauvais, *Connexion* de Troyes et Beauvais, *But* de Reims, Saint-Quentin et Sens, *Cora* de Commentreuil et Saint-Maximin, *Mammoth* de Saint-Quentin, *Conforama* de Reims, *FECA* de Reims et *Carrefour* de Châlons, il signale, le «*p(ro)b(lème)* VSF12 2990 (*Alignement Paris*)».

612.- Les documents saisis sous cotes B, 51, 1, 52 et 53, 57 et 58 sont la photocopie d'un listing indiquant les références des produits Akai, le prix de vente constaté, les magasins concernés [*«P(oints de V(en)t(e)s»*], et la date où ils ont été constatés. Certaines des lignes ont été surlignées en jaune, et un prix y a été rajouté, de façon manuscrite. Ces tableaux sont reproduits ci-après :

Référence	Prix	PVTS	Date	
NANCY / METZ				
TV COULEURS AKAI				
CT1521F	2 480	But Metz	25-09	2 690
CT1521F	2 480	Darty Nancy	30-09	
CT1521F	2 590	Euromarché Nancy	01-10	
CT1521F	2 590	Mammoth Nancy	30-09	
CT2135F	3 490	Darty Nancy	30-09	3 790
CT2135F	3 590	But Metz	25-09	
CT2135F	3 790	Cora Borny	01-10	
CT2879F	0	Darty Nancy	30.09	
MAGNÉTOSCOPES AKAI				
VS462SB	3 450	But Metz	25-09	
VS465SB	3 390	But Metz	25-09	
VSF10S	2 490	Connexion Metz	01-10	2 690
VSF10S	2 750	FNAC Metz	25-09	
VSF10S	2 790	Mammoth Nancy	30-09	
VSF12S	2 990	Connexion Metz	01-10	
VSF12S	3 100	Darty Nancy	30-09	
VSF12S	3 140	But Metz	25-09	
VSF12S	3 490	Cora Borny	01-10	
VSF12S	3 490	Mammoth Nancy	30-09	

Référence	Prix	PVTS	Date	
VSF12S	3 490	FNAC Metz	25-09	
VSF15S	3 290	Cora Borny	01-10	
VSF16SEG	2 950	FNAC Metz	25-09	3 290
VSF16SEG	2 990	Darty Nancy	30-09	3 290
VSF16SEG	3 490	Mammouth Nancy	30-09	
VSF16SEG	3 890	Euromarché Nancy	01-10	
VSF17SEG	0	Cora Borny	01-10	
VSF17SEG	3 750	But Metz	25-09	
VSF17SEG	4 690	Mammouth Nancy	30-09	
VSF30S	3 390	Connexion Metz	01-10	3 490
VSF30S	3 490	Darty Nancy	30-09	
VSF200S	2 690	But Metz	25-09	
VSF200S	2 690	Connexion Metz	01-10	
VSF200S	2 790	Darty Nancy	30-09	
VSF220SEG	3 490	Darty Nancy	30-09	
VSF220SEG	3 490	Euromarché Nancy	01-10	
VSF220SEG	3 490	Connexion Metz	01-10	
VSF230S	3 490	Connexion Metz	01-10	3 590
VSF300S	3 290	Connexion Metz	01-10	
VSF310S	3 490	Connexion Metz	01-10	
VSF330SEG	3 990	Darty Nancy	30-09	
VSF330SEG	3 990	Connexion Metz	01-10	
VSF630SEG	5 890	Connexion Metz	01-10	5 990
VSF630SEG	5 890	FNAC Metz	25-09	
VSF630SEG	5 990	Darty Nancy	30-09	
VSX470EGN	6 990	Darty Nancy	30-09	
VSX470EGN	6 990	Connexion Metz	01-10	
CHAÎNES AKAÏ				
1600	3 990	Cora Borny	01-10	
A/LASER700	5 490	But Metz	25-09	
ACM800	4 792	Euromarché Nancy	01-10	
BM400	4 790	Mammouth Nancy	30-09	
INTE363CD	2 790	Cora Borny	01-10	2 990
INTE363CD	2 990	But Metz	25-09	
INTE363CD	3 490	Euromarché Nancy	01-10	
LAS430	3 990	Connexion Metz	01-10	
LASER330	2 690	Connexion Metz	01-10	
LASER360	2 590	Connexion Metz	01-10	2 990
LASER400	3 290	Connexion Metz	01-10	3 690
LASER400	4 290	Euromarché Nancy	01-10	
LASER735	5 490	Connexion Metz	01-10	
MIDI452	2 793	Euromarché Nancy	01-10	

Référence	Prix	PVTS	Date	
CAMESCOPIES AKAI				
PVSC100S	6 750	But Metz	25-09	
PVSC100S	6 750	Connexion Metz	01-10	
PVSC100S	6 750	Cora Borny	01-10	
PVSC100S	7 990	Euromarché Nancy	01-10	
PVSC500EC	7 990	Connexion Metz	01-10	
PVSC500EC	7 990	FNAC Metz	25-09	
LILLE				
TV COULEURS AKAI				
CT1521F	2 480	Darty Villen. Asq	01-10	2 590
CT1521F	2 490	Conforama Engl.	01-10	
CT1521F	2 490	Boulangier Lille	30-09	
CT2135F	3 590	Conforama Engl.	01-10	3 790
CT2135F	3 590	Boulangier Lille	30-09	
CT2135F	3 590	Darty Villen. Asq	01-10	
MAGNÉTOSCOPES AKAI				
VS465SB	2 990	FNAC Lille	25-09	
VSF10S	0	Cora Wattigny	30-09	
VSF10S	0	FNAC Lille	25-09	
VSF10S	2 690	Auchan Englo.	01-10	
VSF10S	2 790	Continent Waeq.	01-10	
VSF11S	2 790	Auchan Englo.	01-10	
VSF11S	2 790	Cora Wattigny	30-09	
VSF11S	2 990	Conforama Engl.	01-10	
VSF12S	2 990	Auchan Engl.	01-10	
VSF12S	2 990	Conforama Engl.	01-10	
VSF12S	2 990	Darty Villen. Asq	01-10	
VSF15S	3 490	Cora Wattigny	30-09	
VSF15S	3 890	Continent Wasq.	01-10	
VSF16SEG	0	Conforama Engl.	01-10	
VSF16SEG	0	FNAC Lille	25-09	
VSF16SEG	3 280	Auchan Engl.	01-10	3 290
VSF16SEG	3 490	Cora Wattigny	30-09	
VSF17SEG	3 7900	Auchan Engl.	01-10	
VSF18SEG	4 490	Auchan Engl.	01-10	
VSF18SEG	4 490	Cora Wattigny	30-09	
VSF30S	3 190	Auchan Engl.	01-10	3 490
VSF30S	3 190	Conforama Engl.	01-10	
VSF30S	3 190	Boulangier Lille	30-09	
VSF30S	3 190	Darty Villen. Asq	01-10	
VSF200S	2 690	Darty Villen. Asq	01-10	
VSF220SEG	3 490	Auchan Engl.	01-10	
VSF220SEG	3 490	Darty Villen. Asq	01-10	

Référence	Prix	PVTS	Date	
VSF330SEG	3 950	Boulangier Lille	30-09	3 990
VSF330SEG	3 950	Darty Villen. Asq	01-10	
VSF330SEG	3 990	Auchan Engl.	01-10	
VSF600S	4 990	Boulangier Lille	30-09	
VSF630SEG	5 950	Darty Villen. Asq	01-10	5 990
VSF630SEG	5 950	FNAC Lille	25-09	
VSF230	3 590	Boulangier Lille	30-09	
VSX470EGN	6 990	Darty Villen. Asq	01-10	
CHAÎNES AKAÏ				
330M2	2 990	Cora Wattigny	30-09	
A/LASER700	5 490	Cora Wattigny	30-09	
GXCOMPOCD	14 990	Boulangier Lille	30-09	
INTEG402CD	3 790	Darty Villen. Asq	01-10	
INTEG402CD	4 290	Boulangier Lille	30-09	
LASER330	2 990	Conforama Engl.	01-10	
LASER735	5 490	Conforama Engl.	01-10	
LASER800	5 790	Boulangier Lille	30-09	
LASER835	6 490	Conforama Engl.	01-10	
MIDI700	4 990	Auchan Englo.	01-10	
MIDI5	3 990	Conforama Engl.	01-10	
CAMESCOPIES AKAÏ				
PVSC100S	6 890	Auchan Englo.	01-10	
PVSC500EC	7 990	Auchan Englo.	01-10	
PVSC205	6 990	Auchan Englo.	01-10	

613. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. La page numérotée 341 comporte deux listings qui y ont été collés, dont l'un concerne la région Nord. Il est reproduit ci-après :

MAGNÉTOSCOPES AKAÏ				
Référence	Prix	PVTS	Date	
VSF17SEG	4 290	Auchan Englo.	16-04	
VSF18SEG	4 490	Auchan Englo.	16-04	
VSF18SEG	4 490	Cora Wattigny	22-04	
VSF18SEG	4 490	Conforama Englo.	16-04	
VSF18SEG	4 490	Boulangier Lille	22-04	
VSF30S	3 550	Auchan Englo.	16-04	
VSF30S	3 550	Boulangier Lille	22-04	
VSF30S	3 550	Darty Villen. Asq	16-04	
VSF600S	4 990	Boulangier Lille	22-04	
VSX470EGN	6 990	Darty Villen. Asq	16-04	

614. - Sur le même cahier coté B, 51, 3, la page numérotée 300 porte des annotations écrites peu après le 15 mars 1991 (cote B, 51, 3, p. 298) qui sont les suivantes :

«VSF 10 (...)

Boulangier Lille 2 780

Cora Lille 2 780

Auchan Lille 2 780

→ Rien de »

62. Dans le sud-est de la France

621. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 82 est un «*rapport hebdomadaire de visites*» pour la semaine du 28 janvier au 1^{er} février 1991 du représentant de la société Akaï, M. «*J.N.*». Au terme de sa visite de 25 magasins de Vitrolles, Martigues, Aubagne, Plan de Campagne, Aix, Avignon, Toulon, Antibes et Nice, il signale : «*Prix OK partout !*».

622. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 81 est un «*rapport hebdomadaire de visites*» pour la semaine du 25 février au 1^{er} mars 1991 du représentant de la société Akaï, M. «*J.N.*». Au terme de sa visite de 21 magasins de Fréjus, Solliès, Toulon, Manosque, Digne, Marseille et Aubagne, il signale : «*P(ro)b(lème)s prix réglés sur Toulon (VSF10)*».

623. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 80 est un «*rapport hebdomadaire de visites*» pour la semaine du 25 février au 1^{er} mars 1991 du représentant de la société Akaï, M. «*J.N.*». Au terme de sa visite de 23 magasins de Vitrolles, Aix, Nice, Antibes, Plan de Campagne, Marseille et Avignon, il signale : «*Prix OK*». Une flèche tracée au-dessus de cette mention conduit à l'indication de la ville d'Avignon.

624. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 79 est un «*rapport hebdomadaire de visites*» pour la semaine du 11 au 15 mars 1991 du représentant de la société Akaï, M. «*JN*». Au terme de sa visite de 24 magasins d'Avignon, Nice, Saint-Jeanet, Phare de Grasse, Mandelieu, Cannes, Toulon, La Seyne, La Ganole, La Valette et Sallières, il signale : «*Prix OK*».

625. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akaï France prenait des notes. La page numérotée 299 porte des annotations écrites peu après le 15 mars 1991 (cote B, 51, 3, p. 298) qui sont les suivantes :

«Euromarché Toulon	2590	VSF 10
Darty Marseille	2750	
FNAC	2750	
Carrefour Nice	2750	»

626. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 78 est un «*rapport hebdomadaire de visites*» pour la semaine du 25 au 29 mars 1991 du représentant de la société Akaï, M. «*JN*». Au terme de sa visite de 19 magasins de Marseille, Aubagne, La Seyne, Toulon, Hyères, Avignon, Mandelieu et Cannes, il signale : «*prix Toulon OK*».

627. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 77 est un «*rapport hebdomadaire de visites*» pour la semaine du 27 au 31 mai 1991 du représentant de la société Akaï, M. «*JN*». Au terme de sa visite de 18 magasins de Nice, Villeneuve, Hyères, La Seyne, Toulon, Aubagne, La Ciotat, Aix et Avignon, il signale : «*p(ro)b(lème) prix Avignon réglé*».

628. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 76 est un «*rapport hebdomadaire de visites*» pour la semaine du 5 au 9 août 1991 du représentant de la société Akaï, M. «*JN*». Au terme de sa visite de 21 magasins de Nice, Antibes,

Toulon, Aubagne, Mandelieu, Cannes, Plan de Campagne et Aix, il signale :
«Prix OK».

629.- Le document saisi sous cotes B, 51, 1, 59 et 60 est la photocopie d'un listing indiquant les références des produits Akaï, le prix de vente constaté, les magasins concernés [«P(oints de) V(en)t(e)s»], et la date où ils ont été constatés. Certaines des lignes ont été surlignées en jaune, et un prix y a été rajouté, de façon manuscrite. Ce tableau est reproduit ci-après :

Référence	Prix	PVTS	Date
LYON			
TV COULEURS AKAÏ			
CT1521F	2 490	Conforama Priest	01-10 2 590
CT1521F	2 490	Darty Limn.	25-09
CT1521F	2 550	Auchan Priest	30-09
CT2135F	0	Boulangier Priest	30-09 3 790
CT2135F	3 790	Auchan Priest	30-09
CT2135F	3 790	Conforama Priest	01-10
CT2135F	3 790	Darty Limn.	25-09
CT2135F	3 990	Mammouth Dardi.	25-09
CT2569F	4 490	Auchan Priest	30-09
CT2579F	4 990	Auchan Priest	30-09
CT2579F	4 990	Darty Limn.	25-09
CT2879F	5 490	Darty Limn.	25-09
CT2879F	5 490	Boulangier Priest	30.0930-09
CT2869	5 990	Mammouth Dardi.	25-09
CTF213	4 290	Mammouth Dardi	25-09
CTF253	5 490	Mammouth Dardi	25-09
MAGNÉTOSCOPES AKAÏ			
VSF10S	2 690	FNAC Lyon	26-09
VSF10S	2 790	Carrefour Vénis.	01-10
VSF10S	2 790	Darty Limn.	25-09
VSF10S	2 790	Mammouth Dardi.	30-09
VSF10S	2 790	Boulangier Priest	30-09
VSF11S	2 790	Auchan Priest	30-09
VSF11S	2 790	Conforama Priest	01-10
VSF12S	2 990	Carrefour Vénis.	01-10
VSF12S	3 290	Conforama Priest	01-10
VSF12S	3 290	Darty Limn.	25-09
VSF12S	3 390	Auchan Priest	30-09
VSF12S	3 390	FNAC Lyon	26-09
VSF12S	3 490	Mammouth Dardi.	30-09
VSF15S	3 590	Auchan Priest	25-09
VSF15S	3 999	Mammouth Dardi.	01-10
VSF16SEG	3 290	Conforama Priest	01-10
VSF16SEG	3 490	FNAC Lyon	26-09
VSF17SEG	0	Darty Limn.	25-09

Référence	Prix	PVTS	Date
VSF17SEG	0	FNAC Lyon	01-10
VSF17SEG	3 890	Conforama Priest	30-09
VSF30S	0	Boulangier Priest	30-09
VSF30S	3 490	Carrefour Vénis.	01-10
VSF30S	3 490	Conforama Priest	01-10
VSF30S	4 290	Mammoth Dardi.	25-09
VSF200S	2 690	Conforama Priest	01-10
VSF200S	2 790	Darty Limn.	25-09
VSF220SEG	3 490	Auchan Priest	30-09
VSF220SEG	3 490	Carrefour Vénis.	01-10
VSF220SEG	3 490	Darty Limn.	25-09
VSF303S	3 490	Conforama Priest	01-10
VSF310S	3 490	Boulangier Priest	30-09
VSF330SEG	3 990	Auchan Priest	30-09
VSF330SEG	3 990	Darty Limn.	25-09
VSF330SEG	3 990	Boulangier Priest	30-09
VSF600S	4 990	Boulangier Priest	30-09
VSF630SEG	5 990	Auchan Priest	30-09
VSF630SEG	5 990	Darty Limn.	25-09
VSF630SEG	5 990	FNAC Lyon	26-09
VSF230	3 590	Boulangier Priest	30-09
VSX470EGN	6 490	Darty Limn.	25-09
CHAÎNES AKAÏ			
330MK2	0	Auchan Priest	30-09
A330	2 990	Conforama Priest	01-10
A/LASER700	3 650	FNAC Lyon	26-09
A/LASER700	4 490	Conforama Priest	01-10
LAS835CD	6 490	Conforama Priest	01-10
LASER360	3 590	Carrefour Véniss.	01-10
LASER400	0	Darty Limn.	25-09
LASER400	3 990	Carrefour Véniss.	01-10
LASER600	3 990	Carrefour Véniss.	01-10
LASER600	4 790	Mammoth Dardi.	25-09
LASER735	5 490	Conforama Priest	01-10
LASER800	5 790	Boulangier Priest	30-09
LASER430	3 990	Auchan Priest	30-09
LASER430	3 990	Boulangier Priest	30-09
LASER435	4 490	Conforama Priest	01-10
LASER705	4 990	Auchan Priest	30-09
MIDI800S	5 290	Auchan Priest	30-09
CAMESCOPES AKAÏ			
PVC20S	6 990	Auchan Priest	30-09
PVSC100S	6 890	Auchan Priest	30-09
PVSC100S	6 890	Carrefour Véniss.	01-10
PVSC100S	7 490	Mammoth Dardi.	25-09
PVSC500EC	5 990	Auchan Priest	30-09
PVSC500EC	6 990	Carrefour Véniss	01-10

Décisions / 02-D-42

455

63. Dans le sud-ouest de la France

631. - Le document saisi sous la cote B, 51, 1, 83 est un «*rapport hebdomadaire de visites*» pour la semaine du 13 au 17 mai 1991 du représentant de la société Akaï, M. «*Impeciati*». Au terme de sa visite de 12 magasins d'Albi, Castres, Sète et Saint-Juey, il signale : «*Problèmes Prix s/Montpellier*».

64. Dans la région parisienne

641.- Le document saisi sous cotes B, 51, 1, 54 à 56 est la photocopie d'un listing indiquant les références des produits Akaï, le prix de vente constaté, les magasins concernés [«*P(oints de) V(en)t(e)s*»], et la date où ils ont été constatés. Certaines des lignes ont été surlignées en jaune, et un prix y a été rajouté, de façon manuscrite. Ce tableau est reproduit ci-après :

Référence	Prix	PVTS	Date	
PARIS				
TV COULEURS AKAÏ				
703P	6 790	Atlas Créteil	30-09	
CT1521F	0	Darty Défense	01-10	
CT1521F	0	Auchan Vél.	24-09	
CT1521F	2 390	Euromarché Rosny	30-09	2 590
CT1521F	2 390	Boulangier Parin.	25-09	
CT1521F	2 390	Darty Bondy	26-09	
CT1521F	2 390	Logimarché Ozoir	26-09	
CT1521F	2 490	Conforama Bondy	01-10	
CT1521F	2 580	Connexion Riv.	30-09	
CT1521F	2 590	Cora Ermont	26-09	
CT1521F	2 590	Mobis Viln.	26-09	
CT1521F	2 590	BHV Rivoli	26-09	
CT1521F	2 590	Atlas Créteil	30-09	
CT2135F	0	H. Média Ga.	30-09	
CT2135F	3 750	Euromarché Rosny	30-09	3 790
CT2135F	3 750	Conforama Bondy	01-10	
CT2135F	3 750	Darty Bondy	26-09	
CT2135F	3 750	Darty Défense	01-10	
CT2135F	3 750	BHV Rivoli	26-09	
CT2135F	3 750	Auchan Vél.	24-09	
CT2135F	3 790	Cora Ermont	26-09	
CT2135F	3 790	Mobis Viln.	26-09	
CT2135F	3 790	Boulangier Parin.	25-09	
CT2135F	3 790	Atlas Créteil	30-09	
CT2579F	4 990	Conforama Bondy	01-10	
CT2579F	4 990	Darty Bondy	26-09	
CT2579F	4 990	Darty Défense	01-10	

Référence	Prix	PVTS	Date	
CT2579F	4 990	Auchan Vél.	24-09	
CT2879F	0	Auchan Vél.	24- 09	
CT2879F	5 490	Conforama Bondy	01-10	
CT2879F	5 490	Darty Bondy	26-09	
CT2879F	5 490	Darty Défense	01-10	
CT2879F	5 490	BHV Rivoli	26-09	
CT2899	7 990	BHV Rivoli	26-09	
CT2575	4 990	BHV Rivoli	26-09	
MAGNÉTOSCOPES AKAI				
VS245S	4 190	Atlas Créteil	30-09	
VS425SB	3 400	Carrefour Aulnay	01-10	
VS462SB	3 490	Cora Ermont	26-09	
VS462SB	3 890	Carrefour Aulnay	01-10	
VS765SB	3 890	Auchan Vél.	24-09	
VS965SB	3 890	Carrefour Aulnay	01-10	
VS965SB	4 490	Auchan Vél.	24-09	
VSF10S	0	Darty Défense	01-10	
VSF10S	0	Atlas Créteil	30-09	
VSF10S	2 780	Carrefour Aulnay	01-10	
VSF10S	2 780	Mammoth Mont.	01-10	
VSF10S	2 780	Conforama Bondy	01-10	
VSF10S	2 780	FNAC Forum	01-10	
VSF10S	2 790	Mobis Viln.	26-09	
VSF10S	2 790	Nasa G. Armée	30-09	
VSF10S	2 790	Auchan Vél.	24-09	
VSF11S	0	H. Média Ga	30-09	
VSF11S	2 490	Mobis Viln.	26-09	2 790
VSF11S	2 790	Cora Ermont	26-09	
VSF11S	2 790	Nasa G. Armée	30-09	
VSF11S	2 790	Auchan Vél.	24-09	
VSF11S	2 890	Carrefour Aulnay	01-10	
VSF11S	2 990	Conforama Bondy	01-10	
VSF11S	2 990	BHV Rivoli	26-09	
VSF11S	3 290	Logimarché Ozoir	26-09	
VSF12S	2 990	Carrefour Aulnay	01-10	
VSF12S	2 990	Conforama Bondy	01-10	
VSF12S	2 990	Darty Bondy	26-09	
VSF12S	2 990	Darty Défense	01-10	
VSF12S	2 990	FNAC Forum	01-10	
VSF12S	3 350	But Parino.	01-10	
VSF15S	0	Boulangier Parin.	25-09	
VSF15S	0	H. Média Ga.	30-09	
VSF15S	2 990	Mobis Viln.	26-09	3 290
VSF15S	3 560	Carrefour Aulnay	01-10	
VSF15S	3 590	Cora Ermont	26-09	

Référence	Prix	PVTS	Date	
VSF16SEG	0	Darty Défense	01-10	
VSF16SEG	0	FNAC Forum	01-10	
VSF16SEG	0	H. Média Ga.	30-09	
VSF16SEG	2 990	Nasa G. Armée	30-09	3 290
VSF16SEG	3 190	Conforama Bondy	01-10	
VSF16SEG	3 190	Mobis Viln.	26-09	
VSF16SEG	3 190	Boulangier Parin.	25-09	
VSF16SEG	3 190	Darty Bondy	26-09	
VSF16SEG	3 190	Connexion Riv.	30-09	
VSF16SEG	3 490	Mammouth Monte.	01-10	
VSF16SEG	3 490	Atlas Créteil	30-09	
VSF17SEG	0	Darty Défense	01-10	
VSF17SEG	0	H. Média Ga.	30-09	
VSF17SEG	3 590	Nasa G. Armée	30-09	
VSF17SEG	3 790	Mammouth Monte.	01-10	
VSF17SEG	3 790	Mobis Viln.	26-09	
VSF17SEG	3 990	Auchan Vel.	24-09	
VSF18SEG	0	H. Média Ga.	30-09	
VSF18SEG	3 990	Nasa G. Armée	30-09	
VSF30S	0	H. Média Ga.	30-09	
VSF30S	3 350	Conforama Bondy	01-10	3 490
VSF30S	3 370	Carrefour Aulnay	01-10	
VSF30S	3 370	Darty Bondy	26-09	
VSF30S	3 370	Darty Défense	01-10	
VSF30S	3 490	Mobis Viln.	26-09	
VSF30S	3 590	Nasa G. Armée	30-09	
VSF30S	3 590	BHV Rivoli	26-09	
VSF30S	3 980	Cora Ermont	26-09	
VSF200S	2 790	Euromarché Rosny	30-09	
VSF200S	2 790	Darty Bondy	26-09	
VSF200S	2 790	Darty Défense	01-10	
VSF200S	2 790	Nasa G. Armée	30-09	
VSF200S	2 790	Connexion Rivoli	30-09	
VSF220SEG	3 490	Euromarché Rosny	30-09	
VSF220SEG	3 490	Darty Défense	01-10	
VSF300S	3 290	Nasa G. Armée	30-09	
VSF300S	3 290	Atlas Créteil	30-09	
VSF303S	3 490	Conforama Bondy	01-10	
VSF310S	3 490	Boulangier Parin.	25-09	
VSF310S	3 590	Connexion Riv.	30-09	
VSF330SEG	3 990	Darty Défense	01-10	
VSF330SEG	3 990	Darty Bondy	26-09	
VSF330SEG	3 990	Connexion Riv.	30-09	
VSF330SEG	3 990	Auchan Vél.	24-09	
VSF600S	4 990	Boulangier Parin.	25-09	

Référence	Prix	PVTS	Date
VSF600S	5 290	BHV Rivoli	26-09
VSF630SEG	0	H. Média Ga.	30-09
VSF630SEG	5 990	Cora Ermont	26-09
VSF630SEG	5 990	Darty Bondy	26-09
VSF630SEG	5 990	Darty Défense	01-10
VSF630SEG	5 990	FNAC Forum	01-10
VSF630SEG	5 990	BHV Rivoli	26-09
VSF01	2 490	Logimarché Ozoir	26-09
VSF230	3 490	FNAC Forum	01-10
VSF230	3 590	Boulangier Parin.	25-09
VSF230	3 690	BHV Rivoli	26-09
VSX470EGN	6 640	Darty Bondy	26-09
VSX470EGN	6 640	Darty Défense	01-10
VSX470EGN	6 640	FNAC Forum	01-10
VSX470EGN	6 640	BHV Rivoli	26-09
CAMESCOPIES AKAÏ			
PNS620	6 990	Auchan Vél.	24-09
PVSC100S	0	H. Média Ga.	30-09
PVSC100S	6 980	Cora Ermont	26-09
PVSC100S	6 990	Atlas Créteil	30-09
PVSC500EC	0	Auchan Vél.	24-09
PVSC500EC	7 990	Mammouth Monte.	01-10
PVSC500EC	8 990	Cora Ermont	26-09
PVSC500EC	8 990	FNAC Forum	01-10
CHAÎNES AKAÏ			
430 LASER	3 990	Atlas Créteil	30-09
392	3 990	Logimarché Ozoir	26-09
A/LASER700	4 990	Mobis Viln.	26-09
A/LASER700	4 990	FNAC Forum	01-10
AC393CD	2 990	Mammouth Monte.	01-10
ACM393	3 350	Euromarché Rosny	30-09
INTE363CD	0	Cora Ermont	26-09
INTE363CD	0	H. Média Ga.	30-09
INTE363CD	2 990	But Parino.	01-10
INTE363CD	3 490	Euromarché Rosny	30-09
INTE363CD	3 990	BHV Rivoli	26-09
INTE6402CD	4 430	Auchan Vél.	24-09
INTE6402CD	4 490	Atlas Créteil	30-09
L81TCD	5 990	BHV Rivoli	26-09
LASE835CD	6 490	Conforama Bondy	01-10
LASER70S	4 990	Auchan Vél.	24-09
LASER330	2 990	Connexion Rivoli	30-09
LASER330	3 290	Conforama Bondy	01-10
LASER360	3 690	Mobis Viln.	26-09

Référence	Prix	PVTS	Date	
LASER363CD	3 990	Mobis Viln.	26-09	
LASER400	3 480	Darty Bondy	26-09	3 990
LASER430CD	3 990	Boulangier Parin.	25-09	
LASER435CD	4 490	Conforama Bondy	01-10	
LASER600	0	Darty Défense	01-10	
LASER600	4 490	Boulangier Parin.	25-09	
LASER600	4 490	Darty Bondy	26-09	
LASER600	4 490	BHV Rivoli	26-09	
LASER600	4 790	Atlas Créteil	30-09	
LASER600	4 990	Cora Ermont	26-09	
LASER735	5 190	Darty Défense	01-10	5 490
LASER735	5 290	Connexion Rivoli	30-09	
LASER735	5 490	Conforama Bondy	01-10	
LASER800	5 790	Nasa G. Armée	30-09	
LASER800	5 990	Auchan Vél.	24-09	
LASER800	6 190	Conforama Bondy	01-10	
LASER430	3 990	Darty Défense	01-10	
LASER430	3 990	Nasa G. Armée	30-09	
LASER430	3 990	Connexion Rivoli	30-09	
LASER730	4 990	FNAC Forum	01-10	
LASER835	6 490	Connexion Rivoli	30-09	
M363CD	3 990	Cora Ermont	26-09	
M512WTB	2 390	Cora Ermont	26-09	
MIDI81CD	7 990	Continent Chmb.	30-09	
MIDI670CD	6 825	Cora Ermont	01-10	
MIDI800SCD	5 790	BHV Rivoli	26-09	
MIDI800SCD	5 990	Euromarché Rosny	30-09	

642. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 341 comporte deux listings qui y ont été collés, dont l'un concerne la région parisienne. Il est reproduit ci-après :

MAGNÉTOSCOPES AKAI

Référence	Prix	PVTS	Date
VSF18SEG	4 690	Boulangier Parin.	17-04
VSF18SEG	4 690	Connexion Rivoli	22-04
VSF18SEG	4 690	Auchan Vélizy	17-04
VSF18SEG	4 890	Cora Ermont	18-04
VSF30S	3 480	Boulangier Parin.	17-04
VSF30S	3 980	Carrefour Aulnay	16-04
VSF30S	3 980	Cora Ermont	18-04
VSF30S	3 980	Conforama Bondy	16-04
VSF30S	3 980	Darty Bondy	22-04
VSF30S	3 980	Darty Défense	19-04

MAGNÉTOSCOPES AKAI

Référence	Prix	PVTS	Date
VSF30S	3 990	Nasa G. Armée	22-04
VSF30S	3 990	Auchan Vélizy	17-04
VSF30S	3 990	H. Média Ga.	22-04

65. Sur l'ensemble du territoire métropolitain

651. - Le document coté B, 51, 2 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. Les pages numérotées 41 et 42, rédigées entre le 28 juin (cote B, 51, 2, p. 40) et le juillet 1989 (cote B, 51, 2, p. 44) sont reproduites ci-après :

«TARIF Nouveaux Produits

Vidéo

VS 965	5 990	1. ⁷	3 523,53
VS 765	4 990	1. ⁷	2 935,29
VS 498	4 990	1. ⁷	2 935,29
VS 485	4 490	1. ⁶⁵ (1. ⁷⁰ 1-10)	2 721,21 2 641,17
VS 465	4 290	1. ⁷	2 523,53
VS 425	3 790	1. ⁷⁰	2 229,41
VS 422	3 490	1. ⁶⁰ (1. ⁶⁵ 1-10)	2 181,25 2 115,15
CT 2892	8 990	1. ⁶⁵	5 448,48
CT 2869	6 490	1. ⁶⁵	4 056,25
CT 2569	5 990	1. ⁶⁰	3 743,75
Midi 770	7 990	1. ⁹⁰	4 205,26
Midi 670	6 490	1. ⁹⁰	3 415,79
Midi 570	4 990	1. ⁸⁰	2 772,22
CDM 770	1 890	1. ⁹⁰	994,74
CDM 670	1 690	1. ⁸⁰	938,88
APM 670	690	1. ⁹⁰	363,16
AM 55	3 490	1. ⁸⁰	1 938,88
AM 35	2 490	1. ⁸⁰	1 383,33
AM 25	1 490	1. ⁸⁰	827,77
AT 25	1 190	1. ⁸⁰	661,11
CD 55	2 490	1. ⁸⁰	1 383,33
CD 25	1 990	1. ⁸⁰	1 105,35
AAV 25	2 290	1. ⁸⁰	1 272,22
AJW 279	1 290	1. ⁸⁰	716,66
W 280	990	1. ⁸⁰	550
AJW 259	890	1. ⁸⁰	494,44
VS 20 01.07	3 490	1. ⁶⁰	1 968
VS 20 01.09	3 290	1. ⁵⁶	1 903
VS 19 01.07	3 290	1. ⁵⁵	1 925
VS 19 01.09	2 990	1. ⁴²	1 900,38 »

652. - Une enquête administrative d'ensemble avait précédé les opérations de visite et saisie décrites dans l'introduction de la présente notification de griefs. Elle avait permis de relever les prix effectivement pratiqués par des magasins appartenant aux différents circuits de distribution, ainsi que les prix auxquels ces produits étaient offerts à la vente par ces magasins ou enseignes dans des publicités. Ces prix constatés avaient d'ailleurs été pris

en compte par les magistrats ayant délivré l'ordonnance autorisant, conformément aux dispositions de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 450-4 du code de commerce, les opérations de visite et saisie du 3 octobre 1991 dans les locaux de la société Akaï France (cote B, 1305, pp. 3 à 8). Ces prix constatés figurent au tableau ci-dessous.

Enseignes distributeurs	Période publicité	Prix relevés
Camescope Akaï PVSC 100 S		
Atlas Besançon	5 novembre 1990	7 990 F
Atlas Saint-Étienne du Rouvray	Jusqu'au 18.10.1990	7 990 F
Atlas Oxyncourt (90)	15 novembre 1990	7 990 F
But Publicité nationale	Novembre 1990	7 990 F
But Mende (Lozère)	Jusqu'au 24.12.1990	7 990 F
But Bordeaux	Jusqu'au 24.12.1990	7 990 F
But Ponthivy (56)	Jusqu'au 24.12.90	7 990 F
But Villefranche de Rouergue	Jusqu'au 24.12.90	7 990 F
But Saint-Quentin (02)	24 décembre 1990	7 990 F
But Épinal	Décembre 1990	7 990 F
But Remiremont	Décembre 1990	7 990 F
But Saint-Dié	Décembre 1990	7 990 F
Carrefour Grenoble	Noël 1990	7 990 F
Carrefour Venette (60)	Jusqu'au 31.12.90	7 990 F
Connexion Châlons/Marne (Falguières)	Jusqu'au 18.12.90	7 990 F
Cora Évreux	Jusqu'au 21.11.1990	7 990 F
Cora Saint-Maximin (60)	Jusqu'au 24.12.1990	7 990 F
Euromarché Creil (Nationale)	18 décembre 1990	7 990 F
FNAC Rue de Rennes Paris	Relevé 21.11.90	7 990 F
Isle Radio (Pro & C ^e) Isle (87)	Du 01.11 au 31.12.90	7 990 F
Mammoth Chambéry	10 au 24 octobre 90	7 990 F
Mammoth Tours	10 au 24 octobre 90	7 990 F
Mammoth Toulouse	10 au 24 octobre 90	7 990 F
Mammoth Montpellier	10 au 24 octobre 90	7 990 F
Mammoth Cognac	10 au 24 octobre 90	7 990 F
Montlaur Sud-Est et Sud-Ouest	21.11.90 au 13.12.90	7 990 F
Rallye Publicité nationale	Jusqu'au 08.12.90	7 990 F
Record Publicité Sud-Est	Novembre 1990	7 990 F
Record Hyper (42)	3 novembre 1990	7 990 F
Magnétoscope Akaï VS 02 S et (similaire) VSF 12 S		
But Publicité nationale	Novembre-Déc. 1990	3 590 F
Carrefour Publicité nationale	Noël 1990	3 590 F
Connexion Toulouse	Novembre 1990	3 690 F
Connexion St-Ouen-l'Aumône		3 590 F
Mammoth Châteauroux	Novembre-Déc. 1990	3 590 F
More (Tarn)	Novembre-Déc. 1990	3 690 F
Nouvelles Galeries Dijon	Novembre-Déc. 1990	3 590 F
Rallye Carcassonne		3 690 F

Enseignes distributeurs	Période publicité	Prix relevés
Chaîne Akaï intégrale 392 et (similaire) 400/402		
Auchan	8 décembre 1990	3 890 F
Groupe Digital	Novembre 1990	3 990 F
Groupe Méga Lons-le-Saunier	Novembre 1990	3 990 F
Intermarché Sorgue (34)	Novembre 1990	3 990 F
Leader Charleville-Mézières	Novembre 1990	3 990 F
Nouvelles Galeries	Novembre 1990	3 990 F
Rallye Publicité nationale	Noël 1990	3 990 F
R.M.S. Sedan	Novembre 1990	3 990 F
Magnétoscopes Akaï VS O6 SEG et (similaire) 16 SEG		
Auchan Publicité nationale	Noël 1990	3 890 F
Conforama Publicité nationale	31 décembre 1990	3 890 F
Cora Publicité nationale	Décembre 1990	3 890 F
Cora Lons-le-Saunier	Noël 1990	3 890 F
Euromarché Colmar	15 décembre 1990	3 890 F
Isle Radio (Pro & C*) Isle (87)	31 décembre 1990	3 890 F
Nouvelles Galeries Dijon	Septembre 1990	3 890 F

653. - Le document saisi sous les cotes B, 51, 1, 14 et 15 est une lettre adressée le 26 février 1991 par la société Akaï (M. Alain Granville) au groupe Montlaur (cf. 251. *supra*). Il indique, entre autres mentions, les «prix IFR (mars-avril)» suivants :

« VS F 10	2 890
VSF 12	3 490
VS F 16	3 690
VS F 30	3 990
VS F 17	4 290
Intégrale 363	3 990
Laser 700	5 490
W 2000 CD	1 490
CT 1521	2 590
CT 2135	3 990
MY A 120	790
W 280	590 »

654. - Le document saisi sous les cotes B, 51, 1, 20 est un listing interne à la société Akaï relatif à la structure des prix des chaînes Hi-Fi au format «midi». Ce document, intitulé «1991 Midi price structure» et daté du 13 septembre 1991, comporte pour cinq modèles, entre autres mentions, leur nom et composition, leur coût («*landed cost*»), leur prix de revente («*dealer price*»), le coefficient permettant de calculer le prix de vente au détail, et ces prix de vente au détail («*retail price*») eux-mêmes. Ces derniers prix sont les suivants :

« Midi 400 W/O TT	3 490
Midi 400 W/ TT	3 990
Midi 700 W/O TT	4 490
Midi 700 W/ TT	4 990
Midi 800 W/O TT	5 490

Midi 800 W/ TT 5 990
Int 333 2 990
Midi 360 W/O TT 3 490
Midi 360 W/ TT 3 990 »

655. - Le document coté B, 51, 9 est un cahier manuscrit sur lequel un employé du service commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 139 V° recopie le relevé «*IFR*» de références Akai suivant, cette copie ayant eu lieu au plus tard le 25 septembre 1991 (cote B, 51, 9, p. 140 R°) et au plus tôt le 23 septembre 1991 (cote B, 51, 9, p. 138 V°) :

«*VSF10* 2 780
VSF16 3 190
VSF12 2 990
VS470
VS530 5 990
VS210 2 790
VS230 3 490 ↗
VS300 3 290
VS200 2 690
VS330 3 990 »

656. - Au cours d'un séminaire destiné à sa force de vente, la société Samsung Electronics France a exposé sa politique commerciale. (cote A, 383, 3, 261 à 265). S'agissant des fours à micro-ondes (comme pour d'autres produits), elle a défini des gammes d'articles et établi à l'attention de ses vendeurs et de sa direction commerciale des prix de vente au consommateur (PVC) pour un grand nombre de références et pour des périodes précises de l'année 1991 résumés dans un tableau (cote A, 383, 3, 265).

Les prix qui figurent sur ce document sont ceux des tarifs hors taxe en vigueur (cotes R 99 à R 227), majorés de la TVA, arrondis au prix de la forme x y90F le plus proche, et majoré de 100 F ou 200 F pour les produits nouveaux.

657. - Un tableau a été établi, qui récapitule les prix de vente aux consommateurs d'un certain nombre de références, tels qu'ils figurent sur les documents relatifs aux relations commerciales de la société Samsung Electronics France avec des centrales ou enseignes de distribution décrits aux I-B-1. À I-B-5 *supra*, permettant de déterminer le prix de vente au consommateur mentionné d'un certain nombre de références.

658. - L'enquête administrative d'ensemble mentionnée au 652. *supra* a permis de relever les prix de vente au détail effectivement pratiqués par les magasins appartenant aux différents circuits de distribution, ainsi que les prix auxquels ces produits étaient offerts à la vente par ces magasins ou enseignes dans des publicités, qui avaient été pris en compte par les magistrats ayant délivré l'ordonnance autorisant, conformément aux dispositions de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devenu article L. 450-4 du code de commerce, les opérations de visite et saisie du 3 octobre 1991 dans les locaux de la société Samsung Electronics France. Ces prix de vente aux consommateurs effectivement constatés sont, entre autres, les suivants.

Le four à micro-ondes de référence 578 D était vendu 990 F dans les magasins Euromarché à Colmar (décembre 1990), Mobis à Carcassonne (septembre 1990), Conforama à Charleville-Mézières (octobre et novembre 1990), PRO et C[®] à Charleville-Mézières (septembre et novembre 1990), Nouvelles Galeries à Chenove (septembre 1990), Atlas à Petite Forêt (septembre 1990) et MEGA à Amiens (novembre 1990). Le prix de 990 F est le prix de tarif hors taxes (824,44), majoré de la TVA, et arrondi au prix de la forme x y90F le plus proche comme indiqué au **656. supra**.

De même, le four à micro-ondes de référence 607 D était vendu 1 390 F dans les magasins Euromarché à Charleville-Mézières (septembre 1990), Pulsat à Toulouse (octobre 1990), Conforama à Albi (octobre 1990), GITEM à Ste Geneviève des Bois (octobre 1990 et janvier 1991) et Télémag à Saint-Dizier (octobre - novembre 1990). Le prix de 1 390 F est le prix de tarif hors taxes (1 116,66), majoré de la TVA et arrondi au prix de la forme x y90F le plus proche comme indiqué au **656. supra**.

659. - Les catalogues de la Camif joints au dossier (hiver 1988/89 et 1989/90, été 1989, 1994 et 1995, printemps-été 1990, 1991, 1992, 1993 et 1996, automne-hiver 1990/91, 1991/92, 1992/93, 1993/94, 1994/95 et 1995/96, et supplément «nouveauautés audiovisuelles» au catalogue automne-hiver 1995/96, comportent les prix suivants (les pages 559 et 560 du catalogue Printemps-Été 1990, arrachées, sont manquantes, de même que les pages 589 à 591, qui concernent les fours à micro-ondes) :

MICRO ONDES	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
Samsung	RE 738	2 190,00 F	1990-91	529
	RE 579 TCEL	1 390,00 F	Été 1991	494
	RE 738	1 990,00 F	Été 1991	495
	608 TCL	1 690,00 F	Été 1991	495
	M 7136	1 290,00 F	1991-92	488
	M 7146	1 490,00 F	1991-92	488
	MX 146	1 690,00 F	1991-92	488
	RE 738	1 990,00 F	1991-92	488
	RE 995	1 990,00 F	1991-92	490
	MX 136	1 490,00 F	Été 1992	548
	MX 146	1 690,00 F	Été 1992	548
	MX 335	2 190,00 F	Été 1992	550
	M 7136	1 190,00 F	1992-93	610
	M 7146	1 390,00 F	1992-93	610
	M X 146	1 690,00 F	1992-93	610
	RE 1250	3 490,00 F	1992-93	612
	RE 995	1 990,00 F	1992-93	613
	8135G	1 690,00 F	Été 1993	767
	RE 1250/RE 1201 BZ	3 290,00 F	Été 1993	768
	8145	1 590,00 F	Été 1993	768
	LX 245	1 790,00 F	Été 1993	766
	M8134	1 190,00 F	1993/94	784
	RE1250/RE1201BZ	3 290,00 F	1993/94	788

MICRO ONDES	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
Thomson	RE1250/RE1201BZ	3 290,00 F	Été 1994	781
	M8135G	1 390,00 F	Été 1994	782
	M6138	890,00 F	Été 1994	784
	MX237	1 490,00 F	Été 1994	784
	RE 738	4 750,00 F	1988-89	419
	M 337 ELITE	2 380,00 F	Été 1989	299
	M 357 ELITE	2 980,00 F	Été 1989	300
	M 387 ELITE	3 380,00 F	Été 1989	300
	M 3807 ELITE	3 380,00 F	Été 1989	300
	M 807 MAESTRO	4 380,00 F	Été 1989	300
	M 8007 MAESTRO	4 380,00 F	Été 1989	300
	M 337 ELITE	2 380,00 F	1989-90	568
	M 357	2 980,00 F	1989-90	570
	M 387	3 250,00 F	1989-90	570
	M 807 MAESTRO	4 480,00 F	1989-90	570
	M 8007 MAESTRO	4 480,00 F	1989-90	570
	M 3308	1 890,00 F	1990-91	528
	M 545	1 980,00 F	1990-91	529
	2409 G	1 990,00 F	1990-91	530
	M 5008 G	2 485,00 F	1990-91	530
	M 807/M8007	3 980,00 F	1990-91	531
	ME 2201 G/ME221G	2 480,00 F	Été 1991	496
	M 3302 G/M 332 G	2 580,00 F	Été 1991	496
	ME 3302 G	2 980,00 F	Été 1991	496
	MC 3302 G	3 180,00 F	Été 1991	487
	M 907/M9007	3 780,00 F	Été 1991	497
	M 332 G/M3302 G	2 580,00 F	1991-92	490
	ME 3302 G	2 780,00 F	1991-92	490
	MC 3302 G	3 180,00 F	1991-92	491
	M 9007/M907	3 780,00 F	1991-92	491
	M 210 G/M 2100 GE	2 690,00	Été 1992	550
	M 320 GE/M3200 GE	2 990,00	Été 1992	550
	M210 GE	2 490,00 F	1992-93	613
	M 320 GE	2 790,00 F	1992-93	613
	M 907/M9007	3 780,00 F	1992-93	613
	M 2100/M210 G	2 290,00 F	Été 1993	766
	M 2100 GE/M210 GE	2 490,00 F	Été 1993	766
	F 9007/M907	3 490,00 F	Été 1993	767
	M 2100/M210	1 690,00 F	Été 1993	769
	CM304E	3 590,00 F	Été 1994	781
	GM204E	2 690,00 F	Été 1994	782
	M204E	1 990,00 F	Été 1994	784
Brandt	M0 182 T	1 290,00 F	Été 1989	298
	M0 182 T	1 290,00 F	1989-90	568
	MTG 250	2 850,00 F	1989-90	570
	ME 9018	1 450,00 F	1990-91	528
	M 20/M21 B	1 585,00 F	Été 1991	494

MICRO ONDES	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
	M 32/M32 B	2 190,00 F	Été 1991	495
	ME 320 B	2 590,00 F	Été 1991	495
	MG 21 B/MG 21	1 980,00 F	Été 1991	496
	M21B/M21	1 585,00 F	1991-92	488
	ME 210 B/ME 210	1 985,00 F	1991-92	488
	MT 3200/324	2 590,00 F	1991-92	488
	M32/M32	2 190,00 F	1991-92	489
	ME 320 B	2 590,00 F	1991-92	489
	MG 21	1 980,00 F	1991-92	490
	M21B/M21	1 480,00 F	Été 1992	548
	ME 1210/1210	1 990,00 F	Été 1992	548
	M 32B/M32	1 990,00 F	Été 1992	548
	ME 320B	2 590,00 F	Été 1992	549
	MGS 211 B	1 990,00 F	Été 1992	550
	MG 32B/MG32	2 590,00 F	Été 1992	550
	M 21	1 480,00 F	1992-93	611
	ME 1210	1 990,00 F	1992-93	611
	M 32	1 990,00 F	1992-93	611
	MEB 1320	2 590,00 F	1992-93	611
	MGS 211 B	1 990,00 F	1992-93	612
	MCG 32	3 290,00 F	1992-93	612
	GSB 1211	2 290,00 F	1992-93	612
	MG 1032	2 690,00 F	1992-93	613
	MGB 218	1 490,00 F	Été 1993	765
	MGS 211 B	1 990,00 F	Été 1993	766
	MG 1032	2 490,00 F	Été 1993	766
	MCG 32	2 990,00 F	Été 1993	767
	M21	1 490,00 F	Été 1993	769
	ME 1210	1 290,00 F	Été 1993	769
	M 32	1 790,00 F	Été 1993	769
	M2185	1 490,00 F	1993/94	784
	M21E	1 990,00 F	1993/94	784
	M3285	1 790,00 F	1993/94	784
	M21GTB	2 290,00 F	1993/94	786
	M21GTEB	2 490,00 F	1993/94	786
	M32GT	2 590,00 F	1993/94	786
	M320CT	2 990,00 F	1993/94	788
	M320CT	2 990,00 F	Été 1994	781
	M32GT	2 590,00 F	Été 1994	782
	M21GTB	2 290,00 F	Été 1994	782
	M2185	1 490,00 F	Été 1994	784
	M3285	1 790,00 F	Été 1994	784

TÉLÉVISEURS	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
Samsung	CF-5314Z	2 590,00 F	1993/94	855
	CF-5314Z	2 490 F	Été 1994	883
Thomson	PLANAR 72 XP 01	9 190,00 F	1988-89	605
	72 XP 14	8 690,00 F	1988-89	606
	63 XP 14	7 690,00 F	1988-89	606
	70 PS 22	6 690,00 F	1988-89	606
	63 PS 22	6 190,00 F	1988-89	606
	55 PS 32	5 690,00 F	1988-89	606
	44 MSE 81	4 590,00 F	1988-89	606
	PLANAR 72 XP 01 IMC	8 950,00 F	Été 1989	686
	72 XP 14 IMC	7 980,00 F	Été 1989	688
	63 XP 14 IMC	7 450,00 F	Été 1989	688
	70 PS 22	6 390,00 F	Été 1989	691
	63 PS 22	5 750,00 F	Été 1989	691
	63 SE 21	4 780,00 F	Été 1989	692
	55 SE 21	4 490,00 F	Été 1989	692
	63 PS 21	4 980,00 F	Été 1989	692
	55 PS 21	4 650,00 F	Été 1989	692
	44 MSE 21	3 750,00 F	Été 1989	694
	44 MPS 21	3 950,00 F	Été 1989	694
	72 XP 14	7 490,00 F	1989-90	711
	63 XP 14	6 480,00 F	1989-90	711
	70 PS 22	5 990,00 F	1989-90	714
	63 PS 22	5 480,00 F	1989-90	714
	63 SE 21	4 490,00 F	1989-90	716
	63 PS 21	4 780,00 F	1989-90	716
	FPF 30	3 990,00 F	1989-90	716
	44 MSE 21	3 490,00 F	1989-90	718
	44 MPS 21	3 780,00 F	1989-90	718
	72 SP 01	7 950,00 F	Été 1990	734
	HRC 7200	9 450,00 F	Été 1990	734
	HRC 7400	10 950,00 F	Été 1990	734
	63 PS 28	5 480,00 F	Été 1990	740
	70 PS 28	5 950,00 F	Été 1990	740
	40 MSE 41	2 790,00 F	Été 1990	745
	40 MPS 45	2 990,00 F	Été 1990	745
	44 MSE 41	3 280,00 F	Été 1990	745
	44 MPS 41	3 650,00 F	Été 1990	745
	63 DP 51	5 960,00 F	1990-91	767
	72 DP 51	6 470,00 F	1990-91	767
	63 AP 61	4 950,00 F	1990-91	770
	63 MP 10	5 280,00 F	1990-91	770
	55 MPS 27	3 950,00 F	1990-91	771
	63 DN 31	7 490,00 F	Été 1991	727
	2 DN 31	7 990,00 F	Été 1991	727
	63 DN 41 PIP	8 990,00 F	Été 1991	727
	72 DN 41 PIP	9 490,00 F	Été 1991	727
	MXP 6300	6 990,00 F	Été 1991	727
	MXP 7200	7 490,00 F	Été 1991	727
	63 DP 51	5 990,00 F	Été 1991	730
	72 DP 51	6 490,00 F	Été 1991	730
	55 MXP 44	4 690,00 F	Été 1991	733

TÉLÉVISEURS	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
	55 MP 11	4 390,00 F	Été 1991	736
	63 MP 61	4 390,00 F	Été 1991	736
	40 MPS 45	2 950,00 F	Été 1991	739
	44 MPS 41	3 490,00 F	Été 1991	739
	36 MP 11	2 590,00 F	Été 1991	740
	63 MN 32	7 490,00 F	1991-92	785
	72 MN 32	7 990,00 F	1991-92	785
	63 PS 30	5 290,00 F	1991-92	786
	70 PS 30	5 790,00 F	1991-92	786
	44 MV 22	4 390,00 F	1991-92	791
	55 MV 21	4 590,00 F	1991-92	791
	55 MV 11	3 990,00 F	1991-92	793
	40 MV 11	2 990,00 F	1991-92	794
	44 MV 11	3 480,00 F	1991-92	794
	36 MP 11	2 590,00 F	1991-92	796
	HRC 7900	9 990,00 F	Été 1992	755
	63 DN 31	6 980,00 F	Été 1992	759
	63 DN 41	8 490,00 F	Été 1992	759
	72 DN 31	7 450,00 F	Été 1992	759
	72 DN 41 PIP	8 960,00 F	Été 1992	759
	63 MP 81	5 990,00 F	Été 1992	761
	72 MP 81	6 490,00 F	Été 1992	761
	44 MV 22	4 280,00 F	Été 1992	764
	55 MV 21	4 490,00 F	Été 1992	764
	55 MV 11	3 780,00 F	Été 1992	766
	40 MV 11	2 950,00 F	Été 1992	768
	44 MV 11	3 480,00 F	Été 1992	768
	36 MP 11	2 390,00 F	Été 1992	770
	HRC 9000	9 980,00 F	1992-93	774
	85 MX 40	9 990,00 F	1992-93	786
	72 DO 90	7 990,00 F	1992-93	787
	72 DO 91 PIP	9 490,00 F	1992-93	787
	62 DO 50	5 990,00 F	1992-93	787
	HRC 1000	6 990,00 F	1992-93	788
	63 DR 50	5 690,00 F	1992-93	791
	72 DR 50	6 490,00 F	1992-93	791
	63 MP 45	4 990,00 F	1992-93	792
	55 MP 45	3 990,00 F	1992-93	792
	63 MP 40	4 490,00 F	1992-93	793
	72 MP 40	4 990,00 F	1992-93	793
	55 ML 10	3 390,00 F	1992-93	797
	40 MV 11	2 590,00 F	1992-93	798
	40 MV 15	2 980,00 F	1992-93	798
	44 ML 10	3 290,00 F	1992-93	798
	HRC 9000	9 980,00 F	Été 1993	874
	72 DO 90	7 990,00 F	Été 1993	875
	72 DO 91 PIP	9 490,00 F	Été 1993	875
	63 DO 50	5 990,00 F	Été 1993	875
	HRC 1000	6 990,00 F	Été 1993	876
	63 DR 50	5 690,00 F	Été 1993	881

TÉLÉVISEURS	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
	72 DR 50	6 490,00 F	Été 1993	881
	63 MP 40	4 490,00 F	Été 1993	882
	63 MP 45	5 290,00 F	Été 1993	883
	55 MP 45	3 990,00 F	Été 1993	883
	55 ML 10	3 290,00 F	Été 1993	886
	40 ML 10	2 980,00 F	Été 1993	888
	44 ML 10	3 290,00 F	Été 1993	888
	36 ML 41	1 980,00 F	Été 1993	890
	70MXC97	9 990,00 F	1993/94	839
	72DR58	6 690,00 F	1993/94	845
	63DO58	5 990,00 F	1993/94	849
	63MP	4 990,00 F	1993/94	850
	63MP41	4 690,00 F	1993/94	851
	55MP	3 990,00 F	1993/94	853
	55ML15	2 990,00 F	1993/94	853
	40ML40	2 490,00 F	1993/94	856
	81MXC95	9 990,00 F	Été 1994	883
	70MXC97	7 990,00 F	Été 1994	883
	72DO95	7 490,00 F	Été 1994	883
	72DR49	5 690,00 F	Été 1994	883
	63DR58	5 490,00 F	Été 1994	883
	63MP49	4 950,00 F	Été 1994	883
	55BPR58	4 790,00 F	Été 1994	883
	55MP70	3 790,00 F	Été 1994	883
	55ML15	2 990,00 F	Été 1994	883
	40MPR45	2 990,00 F	Été 1994	899
	36ML47	1 790,00 F	Été 1994	899
Brandt	63509 T	5 190,00 F	1988-89	610
	55508 T	5 690,00 F	1988-89	610
	289 SN 020	5 390,00 F	1988-89	610
	40.401 T	3 590,00 F	1988-89	611
	51403 T	2 760,00 F	Été 1989	698
	36201	1 780,00 F	Été 1989	698
	36410 T	1 990,00 F	Été 1989	698
	51433 T	2 960,00 F	Été 1989	698
	36431 T	2 180,00 F	Été 1989	698
	63 583 ST	4 950,00 F	1989-90	714
	55 559 T	3 460,00 F	1989-90	718
	51 403 T	2 760,00 F	1989-90	720
	51 433 T	960,00 F	1989-90	720
	36 210 T	1 880,00 F	1989-90	720
	36 231 T	2 180,00 F	1989-90	720
	KV X21 20 B	5 980,00 F	Été 1990	740
	KV X25 VB	6 950,00 F	Été 1990	740
	63559 T	4 190,00 F	Été 1990	743
	36210 T	1 880,00 F	Été 1990	747
	36231 T	2 180,00 F	Été 1990	747
	42232 T	2 540,00 F	Été 1990	747
	51233 T	2 950,00 F	Été 1990	747

TÉLÉVISEURS	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
	70-284 T	4 980,00 F	1990-91	761
	55281 ST	4 640,00 F	1990-91	768
	55251 T	3 640,00 F	1990-91	768
	63281 ST	5 440,00 F	1990-91	768
	63261 T	4 740,00 F	1990-91	768
	40231 T	2 780,00 F	1990-91	773
	42232 T	2 540,00 F	1990-91	773
	51233 T	2 950,00 F	1990-91	773
	36431 T	2 250,00 F	1990-91	774
	36410	1 940,00 F	1990-91	774
	411	7 50,00 F	1990-91	774
	63-283 ST	4 790,00 F	Été 1991	731
	70-284 ST	4 990,00 F	Été 1991	731
	55 281 ST	4 490,00 F	Été 1991	733
	63 281 ST	5 390,00 F	Été 1991	733
	42232 T	2 590,00 F	Été 1991	738
	51233 T	2 970,00 F	Été 1991	733
	36210 T	1 980,00 F	Été 1991	740
	36231 T	2 280,00 F	Été 1991	740
	55281 ST	4 250,00 F	1991-92	788
	63281 ST	4 950,00 F	1991-92	788
	36210 T	1 950,00 F	1991-92	795
	36231 T	2 250,00 F	1991-92	795
	42232 T	2 590,00 F	1991-92	795
	51233 T	2 970,00 F	1991-92	795
	70 785 ST	4 950,00 F	Été 1992	763
	55 254 T	2 950,00 F	Été 1992	767
	36220 T	1 850,00 F	Été 1992	769
	36241 T	1 950,00 F	Été 1992	769
	42250 T	2 450,00 F	Été 1992	769
	51245 T	2 790,00 F	Été 1992	769
	63777 ST	4 450,00 F	1992-93	793
	70763 ST	4 950,00 F	1992-93	793
	55254 T	2 890,00 F	1992-93	796
	63752 T	3 990,00 F	1992-93	796
	42250 T	2 290,00 F	1992-93	798
	51246 T	2 290,00 F	1992-93	798
	36289	1 570,00 F	1992-93	799
	63777 ST	4 450,00 F	Été 1993	883
	70763 ST	4 890,00 F	Été 1993	883
	55254 T	2 790,00 F	Été 1993	887
	55265 ST	3 480,00 F	Été 1993	887
	63752 T	3 990,00 F	Été 1993	887
	55254 T	4 850,00 F	Été 1993	887
	51246 T	2 490,00 F	Été 1993	888
	36291 T	1 780,00 F	Été 1993	890
	70763ST	4 890,00 F	1993/94	846
	63777ST	4 290,00 F	1993/94	851
	63753T	3 990,00 F	1993/94	851
	55766ST	3 490,00 F	1993/94	853
	55655T	2 750,00 F	1993/94	853

TÉLÉVISEURS	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
	51246T	2 290,00 F	1993/94	856
	36291T	1 690,00 F	1993/94	857
	63777ST	3 990,00 F	Été 1994	883
	63753T	3 590,00 F	Été 1994	883
	55766ST	2 990,00 F	Été 1994	883
	55655T	2 490,00 F	Été 1994	883
	51246T	1 990,00 F	Été 1994	898
	36291T	1 490,00 F	Été 1994	899
Saba	72 PL 887	8 680,00 F	1988-89	607
	63 PL 867	7 670,00 F	1988-89	607
	55 ES 857	6 180,00 F	1988-89	608
	63 M 760	6 190,00 F	1988-89	608
	55 M 740	5 180,00 F	1988-89	608
	72 PL 887	8 480,00 F	Été 1989	688
	63 PL 867	7 470,00 F	Été 1989	688
	55 ES 857	5 950,00 F	Été 1989	691
	63 M 760	5 780,00 F	Été 1989	692
	55 M 740	4 780,00 F	Été 1989	692
	72 PL 987	7 960,00 F	1989-90	713
	72 PL 987 PIP	9 450,00 F	1989-90	713
	63 PL 967	6 880,00 F	1989-90	713
	63 PL 955	5 950,00 F	Été 1990	737
	72 PL 995	6 440,00 F	Été 1990	737
	63 PS 967	6 450,00 F	Été 1990	739
	72 PL 987	7 390,00 F	Été 1990	739
	72 PL 987 PIP	8 780,00 F	Été 1990	739
	55 M 942	3 770,00 F	Été 1990	743
	63 M 964	4 490,00 F	Été 1990	743
	63 T 6372	6 990,00 F	1990-91	765
	63 T 6372 PIP	8 490,00 F	1990-91	765
	63 PL 955	5 950,00 F	1990-91	766
	72 PL 995	6 440,00 F	1990-91	766
	40 M 901	2 950,00 F	1990-91	772
	44 M 920	3 650,00 F	1990-91	772
	Néant	3 750,00 F	Été 1992	767
	M 6328	5 690,00 F	1992-93	791
	M 7224	6 790,00 F	1992-93	791
	M 3710	2 390,00 F	1992-93	799
	M7030	5 650,00 F	1993/94	846
	M6330	4 790,00 F	1993/94	856
	T6307	3 890,00 F	Été 1994	883
Telefunken	9362	5 950,00 F	Été 1990	739
	SP 9461	6 990,00 F	Été 1990	739
	SP 9561	7 680,00 F	Été 1990	739
	SP 9561 PIP	9 200,00 F	Été 1990	739
	8358	4 690,00 F	Été 1990	740
	8338	3 950,00 F	Été 1990	745
	SP 9900	13 470,00 F	1990-91	764
	SP 9900 PIP	14 950,00 F	1990-91	764
	SP 9900 D2 MAC	16 450,00 F	1990-91	764

TÉLÉVISEURS	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
	SM 256	6 260,00 F	1991-92	787
	SM 296	6 670,00 F	1991-92	787
	MP 251	4 960,00 F	1991-92	792
	SM 256	5 990,00 F	Été 1992	761
	SM 296	6 690,00 F	Été 1992	761
	S 255	5 780,00 F	Été 1992	762
	S 295	6 650,00 F	Été 1992	762
	SM 298	6 490,00 F	1992-93	789
	SM 258	5 890,00 F	1992-93	789
	MP 216	3 690,00 F	1992-93	796
	MP 252	4 490,00 F	1992-93	796
	S 298 AI	6 750,00	Été 1993	877
	S 258 AI	5 950,00 F	Été 1993	877
	SM 218	4 690,00 F	Été 1993	885
	SR285	5 490,00 F	1993/94	842
	VR287V	2 990,00 F	1993/94	842
	SR255	4 990,00 F	1993/94	851
	MP204	2 790,00 F	1993/94	856
Akai	CT 2870	8 890,00	1988-89	605
	CT 2570	7 890,00	1988-89	605
	CT 2871	10 150,00	1988-89	605
	CT 2571	9 190,00	1988-89	605
	CT 2870	7 400,00 F	Été 1989	687
	CT 2871	8 900,00 F	Été 1989	687
	CT 2570	6 900,00 F	Été 1989	687
	CT 2571	8 400,00 F	Été 1989	687
	CT 2872 PIP	8 980,00 F	1989-90	713
	TC 2860	6 470,00 F	1989-90	713

MAGNÉTOSCOPE	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
Samsung	VL 970	1 980,00 F	1989-90	729
	VL 978 R	2 190,00 F	1989-90	729
	PL 981 R	1 960,00	Été 1990	755
	PL 988 R	2 180,00	Été 1990	755
	PL 981 R	1 780,00 F	1990-91	785
	PL 988 R	1 880,00 F	1990-91	785
	SL 1240	2 250,00 F	Été 1992	771
	SL 1260	2 490,00 F	Été 1992	771
	SL 2260	2 490,00 F	1992-93	800
	VL 2560	3 490,00 F	1992-93	800
	SF 370	3 660,00 F	Été 1993	899
	VFK350	2 990,00 F	1993/94	861
	VFK300	1 990,00 F	1993/94	861
	VF370S	3 490,00 F	1993/94	862
	VFK350	2 990,00 F	1993/94	865
	VFK300	1 990,00 F	1993/94	866
	VF 370 S	3 490,00 F	Été 1994	871
	VFK 330	2 490,00 F	Été 1994	871
	VFK 300	1 990,00 F	Été 1994	871

MAGNÉSCOPE	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
Thomson	V 5570	5 990,00 F	1988-89	619
	V 4170	3 950,00 F	1988-89	621
	V 4190	4 230,00 F	Été 1989	703
	V 4490	5 040,00 F	Été 1989	703
	V 4290	3 980,00 F	1989-90	726
	V 4490	4 390,00 F	1989-90	726
	V 4290	3 470,00	Été 1990	752
	V 4590	5 950,00	Été 1990	752
	6190	3 590,00 F	1990-91	780
	6290	4 270,00 F	1990-91	780
	6390	4 380,00 F	1990-91	780
	6490	4 980,00 F	1990-91	780
	V 6090	3 190,00 F	Été 1991	748
	V 6290	3 990,00 F	Été 1991	748
	V 6390	3 990,00 F	Été 1991	748
	V 6490	4 790,00 F	Été 1991	748
	V 7190	3 290,00 F	1991-92	799
	V 7290	3 790,00 F	1991-92	799
	V 7390	3 790,00 F	1991-92	799
	V 7490	4 680,00 F	1991-92	799
	V 7190	2 880,00 F	Été 1992	774
	V 7290	3 290,00 F	Été 1992	774
	V 7390	3 290,00 F	Été 1992	774
	V 7490	3 990,00 F	Été 1992	774
	VJ 2150	2 990,00 F	1992-93	804
	VJ 2250	3 290,00 F	1992-93	804
	VJ 3250	3 250,00 F	1992-93	804
	VJ 4250	4 290,00 F	1992-93	804
	VJ 2250	3 250,00 F	Été 1993	894
	VJ 3250	3 790,00 F	Été 1993	894
	VJ 4250	3 990,00 F	Été 1993	894
	VP4280	4 290,00 F	1993/94	861
	VP3280	3 790,00 F	1993/94	861
	VP 3280	3 450,00 F	Été 1994	871
Brandt	VK 458	3 750,00 F	1988-89	
	VK 418	3 640,00 F	Été 1989	700
	VK 428	3 480,00 F	1989-90	724
	VK 428	2 980,00	Été 1990	751
	VK 428	3 150,00 F	1990-91	780
	VK 280	2 790,00 F	Été 1991	749
	VK 285	2 590,00 F	1991-92	797
	VK 290 PS	3 350,00 F	1991-92	797
	VK 285	2 250,00 F	Été 1992	772
	VK 290 PS	2 790,00 F	Été 1992	772
	VK 286	1 950,00 F	1992-93	800
	VK 291 PS	2 490,00 F	1992-93	800
	VK 390 PS	2 990,00 F	1992-93	800
	VK 286	1 750,00 F	Été 1993	898
	VK 291 PS	2 290,00 F	Été 1993	898
	VK 390 PS	2 780,00 F	Été 1993	898
	VK 395	2 490,00 F	Été 1994	871

MAGNÉTOSCOPE	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
Telefunken	V 250 M	3 950,00	Été 1990	752
	VR287V	2 890,00 F	1993/94	861
	VR287	2 890,00 F	1993/94	866
Saba	Néant	2 950,00 F	Été 1992	767
	VKM 4330	2 890,00 F	Été 1994	871
	VKM 4320	2 590,00 F	Été 1994	871
Akaï	VS 512	5 950,00 F	1988-89	619
	VS 249	5 450,00 F	1988-89	619
	VS 21 S	4 290,00 F	1988-89	621
	VS 35 SB	5 400,00 F	1988-89	621
	VS - 20 SB	4 240,00 F	Été 1989	703
	VS - 25 SB	5 240,00 F	Été 1989	703
	VS 20 SB	3 790,00 F	1989-90	726
	VS 24 SB	4 780,00 F	1989-90	726
	VS 36 SEG	5 490,00 F	1989-90	726
	VS 75 SB	5 980,00 F	1989-90	729
	VS 422 SB	3 280,00	Été 1990	753
	VS 765 S	4 950,00	Été 1990	753
	VS 485 SEG	4 490,00	Été 1990	753
	VS 965 S	5 980,00	Été 1990	755
	VSF 10	3 270,00 F	1990-91	780
	VSF 16	4 280,00 F	1990-91	780
	VS-F15	3 950,00 F	1990-91	782
	VS-F18	4 980,00 F	1990-91	782
	VS-F30	4 480,00 F	1990-91	782
	VSF 10	2 890,00 F	Été 1991	746
	VSF 12	3 490,00 F	Été 1991	746
	VSF 30	3 990,00 F	Été 1991	746
	VSF 18	4 790,00 F	Été 1991	746
	VS - F 200 S	2 980,00 F	1991-92	799
	VS - F 220 SEG	3 490,00 F	1991-92	798
	VS - F 300 S	3 480,00 F	1991-92	800
	VS - F 320 SEG	3 990,00 F	1991-92	800
	VS - F 400 S	3 790,00 F	1991-92	800
	VS - F 420 SEG	4 280,00 F	1991-92	800
	VS-F430	4 480,00 F	Été 1992	755
	VS-F 530 SG	4 990,00 F	Été 1992	755
	VSF 200 F	2 490,00 F	Été 1992	772
	VSF 220 SEG	3 290,00 F	Été 1992	772
	VSF 300 S	2 890,00 F	Été 1992	774
	VSF 320 SEG	3 790,00 F	Été 1992	774
	VSF 400 S	2 990,00 F	Été 1992	774
	VSF 420 SEG	3 980,00 F	Été 1992	774
	VSF 497S	4 480,00 F	1992-93	774
	VS 200	2 490,00 F	1992-93	800
	VSF 265	2 990,00 F	1992-93	802
	VSF 340	2 780,00 F	1992-93	802
	VSF 345	3 490,00 F	1992-93	802
	VSF 445	3 990,00 F	1992-93	803
	VFS 530	4 750,00 F	1992-93	804
	VFS 630	5 490,00 F	1992-93	804

MAGNÉTOSCOPE	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
	VSF 1030 SEG	5 690,00 F	Été 1993	894
	VSF 265	2 590,00 F	Été 1993	896
	VSF 340	2 490,00 F	Été 1993	896
	VSF 345	2 990,00 F	Été 1993	896
	VSF 445	3 690,00 F	Été 1993	897
	VSG1135	5 690,00 F	1993/94	859
	VSG1035	5 690,00 F	1993/94	859
	VS-G55	3 990,00 F	1993/94	861
	VSG35	3 490,00 F	1993/94	861
	VSG25	2 990,00 F	1993/94	861
	VSF530MK2	3 990,00 F	1993/94	863
	VSG 1035	5 490,00 F	Été 1994	871
	VSG 55	3 990,00 F	Été 1994	871
	VSG 45	3 490,00 F	Été 1994	671
	VSG 42	2 990,00 F	Été 1994	871
	VSG 35	2 990,00 F	Été 1994	871
	VSG 31	1 990,00 F	Été 1994	871
	VSG 25	2 790,00 F	Été 1994	871
	VSG 22	2 490,00 F	Été 1994	871

CAMESCOPE	Référence	Prix de vente	Catalogue	Page
Samsung	VCE 805 P	5 450,00 F	1991-92	802
	VPE 807	4 890,00 F	Été 1993	867
	VF370S	3 490,00 F	1993/94	861
	VPE808	4 490,00 F	1993/94	875
	VP-E 405	5 340,00 F	Été 1994	861
	VP-E 808	4 590,00 F	Été 1994	857
Thomson	SVM 6000	13 900,00 F	Été 1990	737
	SVM 6000	13 800,00 F	1990-91	788
	VM 510	6 340,00 F	Été 1994	863
Brandt	VM 038 C	6 490,00 F	1990-91	761
	VM-040C	4 940,00 F	1992-93	783
Saba	SVK 2900	7 450,00 F	Été 1990	733
Akaï	PV M2	4 990,00 F	Été 1993	864
	PV M4	6 490,00 F	Été 1993	864
	PVMS8	7 490,00 F	1993/94	875
	PVM S 8	690,00 F	Été 1994	857
	PVM 4	5 790,00	Été 1994	857

65a. Au total, l'ensemble des prix de vente au détail pratiqués recueillis au cours de l'instruction, qui figurent sur des documents saisis ou sur des catalogues de la Camif, ou ont été relevés par la société C.M.I. et joints par les parties saisissantes à leurs observations en réponse à la notification de griefs, ou été relevés par la société I.F.R. et joints par la société Akaï à ses observations en réponse à la notification de griefs, figurent au tableau ci-après. N'y sont pas mentionnés les prix des produits qui n'ont été offerts à la vente qu'à une occasion, qu'il s'agisse de produits en phase de lancement ou, au contraire, en fin de vie (produits «orphelins») ou de produits dont la référence, mais pas les caractéristiques techniques, a été modifiée de propos délibéré (produits «solitaires»). Ces produits et ces prix relevés sont au nombre de 69 pour les magnétoscopes Akaï, de 9 pour les caméscopes

Akaï, et de 101 pour divers autres produits Akaï, principalement de son. N'y figurent pas non plus les cassettes vidéo Akaï (12 relevés) et les produits Samsung autres que le four à micro-onde RE 1200.

Référence	Période	Prix relevés
AKAÏ		
VS 10 / VS 10 S / VSF 10 / VSF 10 TC / VSF 10 SB	01.07.90/01.11.91	474 prix relevés - 336 compris entre 2 750 F et 2 990 F, dont 18 de 2 750 F, 23 de 2 780 F, 95 de 2 790 F, 15 de 2 850 F, 141 de 2 890 F et 37 de 2 990 F - 70, notamment en début de période, supérieurs à 2 990 F, dont 9 de 3 190 F, 41 de 3 290 F et 8 de 3 490 F - 68, en fin de période, inférieurs à 2 750 F, dont 39 de 2 690 F et 13 de 2 590 F.
VSF 11 S / VSF 11 STC	11.07.90/01.11.91	175 prix relevés - 107 compris entre 2 780 F et 2 990 F, dont 1 de 2 780 F, 36 de 2 790 F et 62 de 2 990 F - 61, notamment en début de période, supérieurs à 2 990 F, dont 25 de 3 290 F, 5 de 3 310 F, 1 de 3 308 F, et 14 de 3 690 F - 7, en fin de période, inférieurs, dont 5 de 2 690 F.
VS 02 S / VS 12 S / VSF 12 S / VSF 12 TC	01.07.90/01.10.91	419 prix relevés - 235 compris entre 3 450 F et 3 590 F, dont 14 de 3 450 F, 12 de 3 480 F, 99 de 3 490 F, 5 de 3 550 F et 101 de 3 590 F - 38, notamment en début de période, supérieurs à 3 590 F, dont 23 de 3 690 F - 146, en fin de période, inférieurs, dont 39 de 3 390 F, 45 de 3 290 F et 48 de 2 990 F
VSF 15 S / VSF 15 SB / VSF 15 STC	28.05.90/01.11.91	354 prix relevés - 174 compris entre 3 650 F et 3 895 F, dont 9 de 3 650 F, 61 de 3 690 F, 23 de 3 790 F, et 64 de 3 890 F - 68, notamment en début de période, supérieurs à 3 895 F, dont 71 de 3 990 F - 105, en fin de période, inférieurs, dont 51 de 3 590 F, 21 de 3 490 F, 8 de 3 390 F et 11 de 3 290 F
VS 06 SEG / VSF 16 SEG / VSF 16 TCM	09.90/01.11.91	374 prix relevés - 202 compris entre 3 450 F et 3 690 F, dont 9 de 3 450 F, 137 de 3 490 F, 9 de 3 650 F et 40 de 3 690 F - 126, notamment en début de période, supérieurs à 3 690 F, dont 12 de 3 990 F, 10 de 3 870 F et 92 de 3 890 F - 44, en fin de période, inférieurs, dont 10 de 3 190 F, 13 de 2 990 F et 6 de 2 950 F
VSF 17 SEG / VSF 17 TCM	01.10.90/01.10.91	237 prix relevés - 133 compris entre 3 950 F et 4 290 F, dont 47 de 3 990 F et 81 de 4 290 F - 72, notamment en début de période, supérieurs à 4 290 F, dont 10 de 4 490 F, 17 de 4 590 F et 14 de 4 690 F - 32, en fin de période, inférieurs à 3 950 F, dont 11 de 3 890 F et 13 de 3 790 F.

Référence	Période	Prix relevés
VS 19 / VS 19 SBTC	24.01.89/01.02.91	74 prix relevés - 63 compris entre 2 850 F et 2 990 F (37 de 2 990 F, 13 de 2 890 F et 12 autres) - 5 inférieurs à 2 850 F, dont 4 à 2 790 F - 6 supérieurs à 2 990 F, dont 3 à 3 190 F et 2 à 3 290 F.
VS 20 SB / VS 20 SBTC	Eté 89/11.07.90	59 prix relevés - 37 compris entre 3 210 F et 3 490 F (dont 21 de 3 290 F et 7 de 3 490 F) - 12 inférieurs à 3 210 F (dont 3 à 3 190 F et 6 à 2 990 F) - 10 supérieurs à 3 490 F (dont 3 à 3 795 F)
VS 200 / VSF 200	09.91/09.92	57 prix relevés - 47 compris entre 2 690 F et 2 790 F (15 de 2 790 F et 32 de 2 690 F) - 5, en début de période, supérieurs à 2 790 F, dont 2 de 3 690 F - 4, en fin de période, inférieurs à 2 690 F (2 de 2 590 F et 3 de 2 490 F)
VS 22 SB / VS 22 SBTC	01.06.89/01.02.91	8 prix relevés - 1 de 4 290 F en 1989 - 7 ensuite, dont 2 de 3 890 F, 2 de 3 690 F et 3 de 3 290 F
VSF 220	09.91/12.92	46 prix relevés - 34 de 3 490 F - 1 supérieur (3 690 F) - 11 inférieurs, dont 9 de 3 290 F
VSF 230 (VS 230)	23.09.91/01.10.91	7 prix relevés - 3 de 3 490 F - 3 de 3 590 F - 1 de 3 690 F
VS 25 SB / VS 25 SEGB / VS 25 SEGTCM	06.89/11.07.90	5 prix relevés - 1 en 1989 de 5 240 F - 4 inférieurs en 1990 (dont 2 de 4 490 F)
VSF 30 S / VSF 30 TC	09.90/01.11.91	328 prix relevés - 175 compris entre 3 790 F et 3 990 F, dont 22 de 3 790 F, 17 de 3 890 F, 14 de 3 980 F et 114 de 3 990 F - 63, en début de période, supérieurs à 3 990 F, dont 30 de 4 180 F et 14 de 4 290 F - 90, en fin de période, inférieurs à 3 790 F dont 17 de 3 690 F, 13 de 3 590 F, et 21 de 3 490 F
VSF 300 S / VSF 300 TC	09.91/06.92	17 prix relevés - 12 de 3 290 F - 1, en début de période, de 3 480 F - 4, en fin de période, inférieurs, dont 3 de 2 990 F
VSF 320 SEG / VSF 320 TCM	09.91/06.92	23 prix relevés - 5, en début de période, de 3 990 F - 17 de 3 790 F - 1 de 3 490 F
VSF 330 SEG	23.09.91/01.10.91	14 prix relevés, dont 12 de 3 990 F et 2 de 3 950 F

Référence	Période	Prix relevés
VS 34 SB / VS 34 STC	01.07.90/11.07.90	6 prix relevés, 1 de 4 790 F, 3 de 3 990 F et 2 de 3 490 F
VS 35 SB / VS 35 SBT2	09.88/01.02.91	8 prix relevés
VS 37 SG / VS 37 SEGT2	05.03.90/11.07.90	6 prix relevés
VSF 420 SEG / VSF 420 T2M	09.91/09.92	5 prix relevés
VS 422 S / VS 422 SB / VS 422 SBTC	01.06.89/01.02.91	153 prix relevés - 45 de 3 490 F - 14 de 3 390 F - 24 de 3 290 F - 55 de 2 990 F - 5 inférieurs à 2 990 F - 10 compris entre 3 190 F et 3 410 F
VS 425 SB / VS 425 SBTC	28.06.89/01.10.91	74 prix relevés - 15, en début de période, supérieurs à 3 490 F, dont 10 à 3 790 F - 42 compris entre 3 290 F et 3 490 F (dont 22 de 3 290 F et 16 de 3 490 F) - 17 inférieurs à 3 290 F (dont 5 à 3 210 F et 9 à 2 990 F)
VSF 430 SEG / VSF 430 T2M	01.10.91/09.92	14 prix relevés, 13 de 4 490 F et 1 de 4 480 F
VS 462 SB / VS 462 STC	05.03.90/01.10.91	120 prix relevés - 51 de 3 690 F, 4 de 3 680 F, 1 de 3 650 F, 4 de 3 600 F et 1 de 3 601 F - 29, en début de période, supérieurs (dont 18 de 3 790 F) - 30 inférieurs (dont 8 de 3 490 F, 7 de 3 580 F et 5 de 3 590 F)
VS 465 SB / VS 465 SBTC	28.06.89/25.09.91	202 prix relevés - 75 voisins de 3 990 F (67 de 3 990 F, 1 de 3 980 F, 6 de 3 950 F et 1 de 3 940 F) - 62, en début de période, supérieurs, dont 40 de 4 290 F, et 21 voisins de 4 190 F (13 de 4 190 F, 3 de 4 180 F et 5 de 4 120 F) - 65 inférieurs dont 13 de 3 890 F, 10 de 3 790 F et 10 de 3 690 F
V SX 470 EGN / VSX 470 EGN TCM	01.02.91/01.11.91	34 prix relevés 14, en début de période, de 6 900 F Ensuite, 20 inférieurs, dont 12 de 6 640 F
VS 485 SEGB / VS 485 SEGBTCM	28.06.89/05.11.90	124 prix relevés - 59 étaient voisins de 4 290 F (54 de 4 290 F, 3 de 4 295 F et 2 de 4 250 F) - 37, en début de période, supérieurs, dont 24 de 4 490 F et 1 de 4 480 F - 28 inférieurs dont 13 de 3 990 F et 1 de 3 980 F
VS 495 SEGB / VS 495 SEGBTCM	05.03.90/01.02.91	36 prix relevés - 23 voisins de 4 690 F (22 de 4 690 F, 3 et 1 de 4 620 F) - 3, en début de période, supérieurs, 2 de 4 790 F et 1 de 4 890 F - 10 inférieurs, dont 5 de 4 590 F

Référence	Période	Prix relevés
VS 498 SEG (B) / VS 498 SEGTCM	28.06.89/31.08.91	135 prix relevés - 89 voisins de 4 990 F (84 de 4 990 F, 4 de 4 950 F et 1 de 4 980 F) - 46 inférieurs, dont trente-trois compris entre 4 700 F et 4 890 F
VS 52 SB / VS 52 ST2	01.10.89/11.07.90	19 prix relevés - 12 compris entre 4 280 F et 4 490 F, dont 3 de 4 290 F, 5 de 4 380 F et 3 de 4 490 F - 7 inférieurs à 4 280 F, dont 6 de 3 990 F
VS 53 SB / VS 53 SBT2	13.06.89/11.07.90	11 prix relevés - 3 de 4 490 F, 1 de 4 480 F, 1 de 4 280 F, 5 de 3 990 F et 1 de 3 690 F
VSF 530 SBT2	01.11.90/03.94	42 prix relevés - 17 compris entre 3 650 F et 3 790 F, dont 4 de 3 690 F et 12 de 3 790 F - 14, en début de période, supérieurs à 3 790 F, dont 5 de 5 290 F et 6 de 4 990 F - 11, en fin de période, inférieurs à 3 650 F, dont 5 de 3 490 F et 4 de 2 990 F
VS 55 SB / VS 55 SBT2	01.10.89/11.07.90	40 prix relevés - 17 compris entre 4 350 F et 4 490 F, dont 5 de 4 380 F, 6 de 4 480 F et 4 de 4 490 F - 11, surtout en début de période, supérieurs à 4 490 F, dont 5 de 4 690 F - 12, en fin de période, inférieurs à 4 350 F, dont 7 de 3 990 F
VSF 600 S	01.02.91/30.09.91	9 prix relevés, 5 de 5 290 F et 4 de 4 990 F
VSF 630 SEG	01.02.91/01.10.91	14 prix relevés, 11 de 5 990 F et 3 voisins : 1 de 5 950 F et 2 de 5 890 F
VS 66 SB / VS 66 SBT2	10.01.90/01.02.91	40 prix relevés - 17 étaient de 4 490 F - 15, en début de période, supérieurs, dont 9 de 4 990 F - 8 inférieurs
VS 75 SB / VS 75 SBT2	03.03.89/01.02.91	33 prix relevés - 13 de 4 990 F, 1 de 4 950 F - 11 supérieurs, dont 5 de 5 990 F et 3 de 5 490 F - 8 inférieurs, dont 4 de 4 490 F
VS 765 SB / VS 765 SBT2	01.12.89/24.09.91	192 prix relevés - 97 compris entre 4 250 F et 4 500 F (dont 33 de 4 290 F, 28 de 4 490 F et 14 de 4 480 F) - 26 supérieurs, dont 19 de 4 990 F et 2 de 4 950 F - 79 inférieurs, dont 15 de 4 090 F, 25 de 3 990 F et 14 de 3 890 F
VSA 77 SB / VSA 77 SBT2	05.03.90/01.02.91	21 prix relevés - 13 compris entre 4 690 F et 4 990 F, dont 10 de 4 990 F - 7 supérieurs à 4 990 F, dont 6 de 5 990 F - 1 de 3 990 F, inférieur

Référence	Période	Prix relevés
VS 965 SB / VS 965 SBTCST	28.06.89/01.10.91	255 prix relevés - 105 compris entre 5 290 F et 5 490 F (dont 20 de 5 290 F et 81 de 5 490 F) - 20 supérieurs, dont 14 de 5 990 F et 1 de 5 980 F - 130, en fin de période, inférieurs, dont 16 de 4 990 F, 30 de 4 790 F, 1 de 4 750 F, 10 de 4 490 F, 1 de 4 480 F, 2 de 4 470 F, 23 de 3 990 F et 10 de 3 890 F
PVSC 100 S	10.90/01.10.91	42 prix relevés - 30 égaux à 7 990 F - 12, en fin de période, inférieurs, compris entre 6 750 F et 7 490 F
PVSC 500 EC		8 prix relevés, 2 de 8 990 F, 4 de 7 990 F, 1 de 6 990 F et 1 de 5 990 F
Laser 330	26.03.91/01.10.91	6 prix relevés, 4 de 2 990 F, 1 de 3 290 F et 1 de 2 690 F
Laser 360	05.07.90/01.10.91	8 prix relevés, 3 de 3 990 F, 1 de 3 890 F, 1 de 3 690 F, 1 de 3 590 F, 1 de 3 490 F et 1 de 2 590 F
Laser 400	01.10.90/01.10.91	10 prix relevés, 1 de 4 490 F, 1 de 4 290 F, 5 de 3 990 F, 1 de 3 690 F, 1 de 3 480 F et 1 de 3 290 F
Laser 430	25.09.91/01.10.91	7 prix relevés de 3 990 F
Laser 600	01.12.90/01.10.91	10 prix relevés, 1 de 5 490 F, 1 de 4 990 F, 1 de 4 950 F, 2 de 4 790 F, 2 de 4 490 F et 2 de 3 990 F
Laser 700	01.03.91/01.10.91	8 prix relevés, 1 de 5 990 F, 3 de 5 490 F, 2 de 4 990 F, 1 de 4 490 F et 1 de 3 650 F
Laser 735	30.09.91/01.10.91	6 prix relevés, 4 de 5 490 F, 1 de 5 290 F et 1 de 5 190 F
Laser 800	24.09.91/01.10.91	5 prix relevés, 1 de 6 190 F, 1 de 5 990 F et 3 de 5 790 F
Intégrale 363 CD	01.03.90/01.10.91	7 prix relevés, 2 de 3 990 F, 2 de 3 490 F, 2 de 2 990 F et 1 de 2 790 F
Intégrale 402	11.11.90/01.10.91	5 prix relevés, 2 de 4 490 F, 1 de 4 430 F, 1 de 4 290 F et 1 de 3 790 F
SAMSUNG		
RE 1200	17.09.90/01.10.91	132 prix relevés - 108 étaient de 3 490 F - 2 supérieurs (3 790 F) - 22, en fin de période, inférieurs, dont 5 de 3 350 F et 4 de 3 390 F

65b. - Le tableau ci-après rapproche d'une part les références et les prix de vente au détail des produits ayant fait l'objet de négociations commerciales entre le groupe Darty et la société Akaï France, ainsi que la date de ces négociations commerciales et la cote du document saisi ou communiqué où elles sont mentionnées et, d'autre part, les prix de vente au détail qui ont été constatés dans des magasins à l'enseigne Darty, les dates de leur relevé les plus proches de la date des négociations commerciales correspondantes, et la localisation des magasins en cause.

Prix de vente au détail négociés				Prix de vente au détail pratiques		
Référence	Cote	Prix TTC	Date	Prix TTC	Date	Localité
Laser 600	B,51,6,62	5 690	21/08/90	4 950	09/1/90	Toulouse
Laser 600	B,51,5,23	5 690	31/05/90			
VS 37	B,51,3,386	4 990	29/12/89	4 490	05-11/03/90	Paris
VS 422	B,51,3,386	3 390	29/12/89	3 390	05-11/03/90	Paris
				3 390	01/04/90	Bondy
				3 390	01/04/90	Madeleine
VS 425	B,51,2,6	3 790	15/06/89	3 790	01/11/89	Rouen
				3 790	01/11/89	La Valet Toulon
				3 690	01/11/89	Madeleine Paris
VS 462	B,51,3,386	3 790	29/12/89	3 790	05-11/03/90	Paris
VS 470	B,51,1,73	6 640	05/08/91	6 640	01/09/91	Bondy
				6 640	01/09/91	Madeleine Paris
				6 490	25/09/91	Limn.
				6 640	26/09/91	Bondy
VS 485	B,51,3,386	4 290	29/12/89	4 290	05/03/90	Paris
VS 66	B,51,3,386	4 690	29/12/89	4 690	05-11/03/90	Paris
	B,51,3,386	4 490	29/12/89			
VS 965	B,51,3,386	5 490	29/12/89	5 490	01/02/90	Bondy
				5 490	01/02/90	Madeleine Paris
				5 490	05-11/03/90	Paris
				5 490	01/04/90	Bondy
				5 490	01/04/90	Madeleine Paris
VSF 10	B,51,3,288	2 790	11/03/91	2 790	01/04/90	Bondy
				2 790	01/04/90	Madeleine Paris
VSF 17	B,51,3,288	3 990	11/03/91	4 290	01/04/91	Bondy
				4 290	01/04/91	Madeleine Paris
				4 290	01/06/91	Bourges
				3 790	01/06/91	Bordeaux
				3 890	01/06/91	Lille
				3 990	01/06/91	Lyon
				3 950	01/06/91	Marseille
				3 990	01/06/91	Nancy
				3 790	01/06/91	Rouen
				3 990	01/06/91	Toulouse
				3 990	01/06/91	Nantes
				3 990	01/06/91	Antibes
				3 890	01/06/91	Bondy
VSF 200	B,51,3,288	2 790	11/03/91	3 790	25/09/91	Nancy
				2 790	25/09/91	Limn.
VSF 200	B,51,7,2V°	2 690	22/05/91	2 790	26/09/91	Bondy

Prix de vente au détail négociés				Prix de vente au détail pratiques		
Référence	Cote	Prix TTC	Date	Prix TTC	Date	Localité
VSF 220	B,51,3,288	3 490	11/03/91	3 490	25/09/91	Limn.
VSF 220	B,51,7,2V°	3 490	22/05/91	3 490	30/09/91	Nancy
				3 490	01/10/91	Villeneuve d'Asq
				3 490	01/10/91	Défense Paris
				3 490	01/11/91	Bourges
				3 490	01/11/91	Bordeaux
				3 290	01/11/91	Lille
				3 490	01/11/91	Lyon
				3 490	01/11/91	Marseille
				3 490	01/11/91	Nancy
				3 290	01/11/91	Bondy
				3 490	01/11/91	Rouen
				3 490	01/11/91	Toulouse
				3 490	01/11/91	Nantes
				3 490	01/11/91	La Vallette
				3 290	01/11/91	Madeleine Paris
VSF 30	B,51,1,73	3 590	05/08/91	3 590	01/09/91	Bourges
				3 990	01/09/91	Bordeaux
				3 390	01/09/91	Lille
				3 790	01/09/91	Lyon
				3 790	01/09/91	Rouen
				3 890	01/09/91	Toulouse
				3 990	01/09/91	Nantes
				3 590	01/09/91	Bondy
				3 590	01/09/91	Madeleine Paris
				3 370	26/09/91	Bondy
VSF 330	B,51,3,288	4 290	11/03/91	3 990	25/09/91	Limn.
				3 990	26/09/91	Bondy
				3 990	01/10/91	Nancy
				3 990	01/10/91	Villeneuve d'Asq
				3 990	01/10/91	Défense Paris

65c. - Le tableau ci-après rapproche d'une part les références et les prix de vente au détail des produits ayant fait l'objet de négociations commerciales entre le groupe FNAC et la société Akai France, ainsi que la date de ces négociations commerciales et la cote du document saisi ou communiqué où elles sont mentionnées et, d'autre part, les prix de vente au détail qui ont été constatés dans des magasins à l'enseigne FNAC, les dates de leur relevé les plus proches de la date des négociations commerciales correspondantes, et la localisation des magasins en cause.

Prix de vente au détail négociés				Prix de vente au détail pratiqués		
Référence	Cote	Prix TTC	Date	Prix TTC	Date	Localité
VS 422	B,51,2,19	3 490	21/06/89	3 490	01/12/89	Marseille
	B,51,4,527	2 990	22/03/90	3 490	01/12/89	Metz
	B,51,4,530	2 990	11/04/90	3 490	01/12/89	Rennes
				3 290	01/12/89	Lyon
				3 490	01/12/89	Forum Paris
				3 490	01/05/90	Rennes
				3 290	01/05/90	Bordeaux
				3 290	01/05/90	Lille
				2 990	01/05/90	Lyon
				2 990	01/05/90	Forum Paris
VS 462	B,51,4,527	3 690	22/03/90	3 690	01/05/90	Metz
	B,51,4,530	3 690	11/04/90	3 490	01/05/90	Rennes
				3 690	01/05/90	Forum Paris
VS 485	B,51,2,19	4 990	21/06/89	4 490	01/12/89	Bordeaux
	B,51,4,527	4 290	22/03/90	4 490	01/12/89	Lille
	B,51,4,530	4 290	11/04/90	4 490	01/12/89	Marseille
				4 490	01/12/89	Metz
				4 490	01/12/89	Rennes
				4 490	01/12/89	Lyon
				4 490	01/12/89	Paris1
				4 490	01/04/90	Marseille
				4 290	01/04/90	Metz
				4 290	01/04/90	Rennes
				4 490	01/04/90	Lyon
				4 290	01/04/90	Forum Paris
VS 498	B,51,2,19	4 990	21/06/89	4 990	01/12/89	Bordeaux
				4 990	01/12/89	Lille
				4 990	01/12/89	Metz
				4 990	01/12/89	Forum Paris
VS 965	B,51,4,530	5 490	11/04/90	5 490	01/04/90	Bordeaux
				5 590	01/04/90	Lyon
				5 490	01/04/90	Metz
				5 490	01/04/90	Rennes
				5 490	01/04/90	Forum Paris
				5 490	01/06/90	Bordeaux
				5 290	01/06/90	Lyon
				5 490	01/06/90	Metz
				5 490	01/06/90	Rennes
				5 290	01/06/90	Forum Paris
Laser 730	B,51,9,104 V°	4 990	19/07/91	4 990	01/10/91	Forum Paris

65d. - Le tableau ci-après rapproche d'une part les références et les prix de vente au détail des produits ayant fait l'objet de négociations commerciales entre le groupe Conforama et la société Akaï France, ainsi que la date de ces négociations commerciales et la cote du document saisi ou communiqué où elles sont mentionnées et, d'autre part, les prix de vente au détail qui ont été constatés dans des magasins à l'enseigne Conforama, les dates de leur relevé les plus proches de la date des négociations commerciales correspondantes, et la localisation des magasins en cause.

Prix de vente au détail négociés				Prix de vente au détail pratiques		
Référence	Cote	Prix TTC	Date	Prix TTC	Date	Localité
Chaîne Laser 735	B,51,3,342	5 290	18/04/91	5 490	01/10/91	Engl.
				5 490	01/10/91	Priest
				5 490	01/10/91	Bondy
Chaîne Laser 835	B,51,3,342	6 290	18/04/91	6 490	01/10/91	Engl.
VS 30	B,51,4,512	4 290	20/02/90	4 180	01/12/90	Bourges
VS 30	B,51,3,222	3 490	27/12/90	4 180	01/12/90	Bordeaux
				4 180	01/12/90	Lyon
				4 180	01/12/90	Strasbourg
				4 180	01/12/90	Orléans
				4 180	01/12/90	Nantes
				4 180	01/12/90	Rennes
				4 180	01/12/90	Toulouse
				4 290	01/12/90	Rouen
				4 290	01/12/90	Aubagne
				4 180	01/12/90	Semard Nice
				4 180	01/12/90	Bondy
				4 290	01/12/90	La Vallette
				4 180	01/02/91	Bondy
				3 990	01/02/91	Englos
				3 990	01/02/91	Fegers
				3 990	01/02/91	Priest
				4 180	01/02/91	Marseille
				3 990	01/02/91	Antibes
				3 850	01/02/91	Bordeaux
				3 990	01/02/91	Portet
				3 990	01/02/91	Bordeaux
				3 990	01/02/91	Lyon
				3 990	01/02/91	Strasbourg
				3 990	01/02/91	Orléans
				3 990	01/02/91	Toulouse
				3 790	01/02/91	Rouen
				3 990	01/02/91	Aubagne
				3 990	01/02/91	Semard Nice
				4 180	01/02/91	Bondy
				4 290	01/02/91	La Vallette

Décisions / 02-D-42

485

Prix de vente au détail négociés				Prix de vente au détail pratiqués		
Référence	Cote	Prix TTC	Date	Prix TTC	Date	Localité
VS 422	B,51,2,19	3 490	21/06/89	3 490	01/12/89	Bordeaux
				3 490	01/12/89	Toulouse
				3 490	01/12/89	Strasbourg
				3 490	01/12/89	Nantes
				3 490	01/12/89	Aubagne
				3 490	01/12/89	La Valette
VS 425	B,51,2,19	3 790	21/06/89	3 790	01/11/89	Nantes
VS 425	B,51,2,133	3 790	26/09/89	3 490	01/02/90	Bourges
VS 425	B,51,2,150	3 490	13/10/89	3 790	01/02/90	La Valette
VS 465	B,51,2,19	4 290	21/06/89	4 290	01/12/89	Bordeaux
VS 465	B,51,2,51	4 290	21/06/89	4 290	01/12/89	Lyon
VS 465	B,51,2,133	4 490	26/09/89	4 190	01/12/89	Strasbourg
VS 465	B,51,2,150	3 990	13/10/89	4 290	01/12/89	Nantes
VS 465	B,51,4,391	3 990	05/01/90	4 290	01/12/89	Rennes
				4 290	01/12/89	Rouen
				4 190	01/12/89	Toulouse
				4 290	01/12/89	Aubagne
				4 290	01/12/89	Bondy
				4 290	01/12/89	La Valette
				3 990	01/03/90	Bordeaux
				3 690	01/03/90	Strasbourg
				4 290	01/03/90	Nantes
				3 990	01/03/90	Rennes
				3 990	01/03/90	Rouen
				3 990	01/03/90	Toulouse
				4 290	01/03/90	Orléans
				4 180	01/03/90	Bondy
				3 290	01/03/90	La Valette
				4 180	05-11/03/90	Paris
VS 485	B,51,2,19	4 490	21/06/89	4 490	01/12/89	Strasbourg
				4 490	01/12/89	Rouen
				4 490	01/12/89	Bondy
VS 498	B,51,2,19	4 990	21/06/89	4 990	01/12/89	Lyon
Légende VS 498	B,51,2,51	4 990	21/06/89	4 990	01/12/89	Nantes
VS 498	B,51,4,391	4 990	05/01/90	4 990	01/12/89	Rouen
				4 990	01/12/89	Toulouse
				4 990	01/12/89	Strasbourg
				4 990	01/12/89	Aubagne
				4 990	01/12/89	Bondy
				4 990	01/12/89	La Valette
VS 765	B,51,2,19	4 990	21/06/89	4 490	05-11/03/1990	Paris
VS 765	B,51,2,133	4 990	26/09/89			
VS 765	B,51,2,182	4 690	01/12/89			
VS 765	B,51,4,389	4 490	05/01/90			
VS 765	B,51,4,391	4 490	05/01/90			

Prix de vente au détail négociés				Prix de vente au détail pratiqués		
Référence	Cote	Prix TTC	Date	Prix TTC	Date	Localité
VSF 10	B,51,4,512	3 290	20/02/90	3 290	01/07/90	Les Ulis
VSF 10	B,51,3,336	2 790	18/04/91	3 290	01/07/90	Englos.
VSF 10	B,51,7,3V	2 790	27/05/91	3 290	11/07/90	Rouen
				3 290	11/07/90	Bordeaux
				2 790	01/06/91	Bourges
				2 790	01/06/91	Bordeaux
				2 790	01/06/91	Lyon
				2 790	01/06/91	Rennes
				2 790	01/06/91	Rouen
				2 790	01/06/91	Nantes
				2 790	01/06/91	Aubagne
				2 790	01/06/91	Semard Nice
				2 790	01/06/91	Bondy
				2 790	01/06/91	La Valette
VSF 11	B,51,4,512	3 690	20/02/90	3 690	11/07/90	Paris
VSF 11	B,51,3,336	2 990	18/04/91	3 690	11/07/90	Rouen
				3 690	11/07/90	Bordeaux
				3 690	11/09/90	Paris
				2 990	01/06/91	Bourges
				2 990	01/06/91	Bordeaux
				2 990	01/06/91	Strasbourg
				2 990	01/06/91	Orléans
				2 990	01/06/91	Nantes
				2 990	01/06/91	Rennes
				2 990	01/06/91	Rouen
				2 990	01/06/91	Toulouse
VSF 12	B,51,4,512	3 790	20/02/90	3 490	01/02/91	Bondy
VSF 12	B,51,3,228	3 490	18/01/91	3 590	01/02/91	Fegers
VSF 12	B,51,3,228	3 190	18/01/91	3 490	01/02/91	Priest
VSF 12	B,51,3,336	3 490	18/04/91	3 490	01/02/91	Marseille
VSF 12	B,51,7,3V	2 390	27/05/91	3 590	01/02/91	Bordeaux
VSF 12	B,51,7,3V	3 290	27/05/91	3 490	01/02/91	Orvail
				3 390	01/06/91	Bourges
				3 690	01/06/91	Bordeaux
				3 490	01/06/91	Nantes
				3 490	01/06/91	Rennes
				3 390	01/06/91	Strasbourg
				3 450	01/06/91	Aubagne
				3 390	01/06/91	Bondy
				3 490	01/06/91	Semard Nice
				3 690	01/06/91	La Valette
VSF 15	B,51,4,512	3 990	20/02/90	3 990	01/06/90	Bourges

Décisions / 02-D-42

487

Prix de vente au détail négociés				Prix de vente au détail pratiqués		
Référence	Cote	Prix TTC	Date	Prix TTC	Date	Localité
VSF 15	B,51,3,336	3 590	18/04/91	3 990	01/06/90	Bordeaux
				3 990	01/06/90	Lyon
				3 990	01/06/90	La Valette
				3 990	01/06/90	Strasbourg
				3 990	01/06/90	Orléans
				3 990	01/06/90	Bondy
				3 990	01/06/90	Nantes
				3 990	01/06/90	Rennes
				3 990	01/06/90	Rouen
				3 990	01/06/90	Toulouse
				3 690	06/06/90	Lyon
				3 690	01/06/91	La Valette
				3 490	01/06/91	Rouen
VSF 16	B,51,4,512	4 290	20/02/90	3 490	01/06/91	Bourges
VSF 16	B,51,3,336	3 490	18/04/91	3 490	01/06/91	Lyon
				3 490	01/06/91	Orléans
				3 490	01/06/91	Strasbourg
				3 490	01/06/91	Aubagne
				3 490	01/06/91	Semard Nice
VSF 17	B,51,3,336	3 990	18/04/91	3 490	01/06/91	Bondy
				3 490	01/06/91	Bondy
VSF 30	B,51,3,336	3 990	18/04/91	3 980	16/04/91	Bondy
				3 590	01/05/91	Bourges
				3 990	01/05/91	Bordeaux
				3 990	01/05/91	Lyon
				3 990	01/05/91	Orléans
				3 990	01/05/91	Nantes
				3 990	01/05/91	Toulouse
				3 790	01/05/91	Aubagne
				3 990	01/05/91	Semard Nice
				3 990	01/05/91	La Valette
				3 590	01/06/91	Bourges
				3 990	01/06/91	Bordeaux
				3 690	01/06/91	Lyon
				3 990	01/06/91	Orléans
				3 990	01/06/91	Nantes
				3 990	01/06/91	Rennes
				3 690	01/06/91	Toulouse
				3 790	01/06/91	Aubagne
				3 990	01/06/91	Semard Nice
				3 890	01/06/91	Bondy
				3 990	01/06/91	La Valette
VSF 303	B,51,7,3R	3 390	27/05/91	3 490	01/10/91	Priest
				3 490	01/10/91	Bondy
VSF 430	B,51,7,3R	4 490	27/05/91	4 490	01/11/91	Bourges
				4 490	01/11/91	Bondy

65e. - Le tableau ci-après rapproche d'une part les références et les prix de vente au détail des produits ayant fait l'objet de négociations commerciales entre le groupe Euromarché et la société Akai France, ainsi que la date de ces négociations commerciales et la cote du document saisi ou communiqué où elles sont mentionnées et, d'autre part, les prix de vente au détail qui ont été constatés dans des magasins à l'enseigne Euromarché, les dates de leur relevé les plus proches de la date des négociations commerciales correspondantes, et la localisation des magasins en cause.

Prix de vente au détail négociés				Prix de vente au détail pratiqués		
Référence	Cote	Prix TTC	Date	Prix TTC	Date	Localité
AJW 279	B,51,2,53	1 290	07/07/89	990	29/09/90	Euromarché
VS 422	B,51,2,176	3 290	29/11/89	3 490	01/12/89	Athis Mons
				3 490	01/12/89	La Valette
				3 490	01/12/89	Rosny
				3 490	01/04/90	Athis Mons
				3 490	01/04/90	La Valette
VS 485	B,51,2,176	4 290	29/11/89	4 290	05-11/03/90	Paris
				4 290	01/04/90	La Valette
				4 290	01/04/90	Rosny
				4 290	01/04/90	Toulouse
				4 290	01/05/90	La Valette
				4 290	01/05/90	Rosny
				4 290	01/05/90	Nancy
				4 290	01/05/90	Nantes
VS 66	B,51,2,176	4 990	29/11/89	4 990	05-11/03/1990	Paris
VS 965	B,51,2,176	5 990	29/11/89	5 990	05-11/03/90	Paris
VS 965	B,51,4,513	5 490	n.c.	5 990	01/04/90	Athis Mons
				5 990	01/04/90	Rosny
				5 990	01/04/90	Nantes
				5 490	01/06/90	Athis Mons.
				5 490	01/06/90	La Valette
				5 490	01/06/90	Rosny
				5 490	01/06/90	Nantes
				5 490	01/06/90	Toulouse
VSF 15	B,51,4,513	3 990	n.c.	3 990	28/05-09/06/90	Euromarché
				3 990	01/06/90	Euromarché
				3 990	01/06/90	Athis M.
				3 990	01/06/90	Nantes
				3 990	01/06/90	Toulouse
				3 990	11/07/90	Paris
VSF 200	B,51,3,316	2 790	03/04/91	2 790	30/09/91	Rosny
				2 790	01/11/91	Rosny
				2 790	01/11/91	Nantes
VSF 320	B,51,3,316	3 790	03/04/91	3 790	01/11/91	Rosny
VSF 400	B,51,3,316	3 690	03/04/91	3 690	01/11/91	Euromarché Rosny

65f. - Le tableau ci-après rapproche d'une part les références et les prix de vente au détail des produits ayant fait l'objet de négociations commerciales entre le groupe Connexion et la société Akaï France, ainsi que la date de ces négociations commerciales et la cote du document saisi ou communiqué où elles sont mentionnées et, d'autre part, les prix de vente au détail qui ont été constatés dans des magasins à l'enseigne Connexion, les dates de leur relevé les plus proches de la date des négociations commerciales correspondantes, et la localisation des magasins en cause.

Prix de vente au détail négociés				Prix de vente au détail pratiqués		
Référence	Cote	Prix TTC	Date	Prix TTC	Date	Localité
VS 422	B,51,4,392	3 390	29/12-11/01/90	3 250	01/04/90	Metz
				3 390	01/04/90	Paris2
VS 462	B,51,4,392	3 790	29/12-11/01/90	3 790	01/04/90	Toulouse
VS 462	B,51,4,392	3 690	29/12-11/01/90	3 690	01/05/90	Metz
				3 790	01/05/90	Toulouse
VS 465	B,51,4,392	3 990	29/12-11/01/90	4 490	01/03/90	Bourges
				3 990	01/03/90	Metz
				3 850	01/03/90	Orléans
				3 990	01/03/90	Paris2
VS 485	B,51,4,392	4 290	29/12-11/01/90	4 350	01/04/90	Toulouse
				4 350	01/05/90	Toulouse
VS 498	B,51,4,392	4 990	29/12-11/01/90	4 890	01/03/90	Metz
				4 990	01/03/90	Paris2
				4 990	01/06/90	Bourges
				4 650	01/06/90	Metz
				4 990	01/06/90	Toulouse
VS 965	B,51,4,392	5 490	29/12-11/01/90	5 990	01/02/90	Metz
				5 490	01/02/90	Paris2
				5 990	01/04/90	Bourges
				5 490	01/04/90	Metz
				5 490	01/04/90	Paris2

65g. - Le tableau ci-après rapproche d'une part les références et les prix de vente au détail des produits ayant fait l'objet de négociations commerciales entre le groupe Camif et les sociétés qui ont précédé Thomson Multimédia Sales Europe, ainsi que la date de ces négociations commerciales et la cote du document saisi ou communiqué où elles sont mentionnées et, d'autre part, les prix de vente au détail qui ont été constatés dans les catalogues de la Camif, les dates de ceux-ci, les plus proches de la date des négociations commerciales correspondantes, et la localisation des magasins en cause.

Prix de vente au détail négociés				Prix de vente au détail pratiqués	
Référence	Cote	Prix TTC	Date		
PRODUITS BRANDT					
31 411	R 518	790	20/04/1990	750	1990/91
36 210 T	R 508	1 990	18/08/89	1 980	Été 1991
36 210 T	R 535	1 990	04/09/1990	1 950	1991/92
36 220 T	R 581	1 990	22/07/1991	1 850	Été 1992
36 231 T	R 508	2 290	18/08/89	2 180	1989/90
36 231 T	R 535	2 290	04/09/1990	2 180	Été 1990
				2 280	Été 1991
				2 250	91/92
36 241 T	R 581	2 290	22/07/1991	1 950	Été 1992
36 291 T	R749	1 490	15/09/1993	1 490	Été 1994
36 410 T	R 518	1 990	20/04/1990	1 940	1990/91
36 431 T	R 518	2 290	20/04/1990	2 250	1990/91
40 231 TT	R 518	2 890	20/04/1990	2 780	1990/91
40 231 T	R 535	2790	04/09/1990		
42 232 T	R 508	2 590	18/08/89	2 540	Été 1990
42 232 T	R 535	2 590	04/09/1990	2 540	1990/91
				2 590	Été 1991
				2 590	1991/92
42 250 T	R 581	2 590	22/07/1991	2 450	Été 1992
51 233 T	R 508	2 990	18/08/89	2 950	Été 90
51 233 T	R 518	2 990	20/04/1990	2 950	90/91
51 233 T	R 535	2990	04/09/1990	2 970	Été 91
				2 970	91/92
51 245 T	R 581	2 990	22/07/1991	2 790	Été 1992
51 245 T	R749	1 990	15/09/1993		
55 251 T	R 518	3 690	20/04/1990	3 640	1990/91
55 251 T	R 535	3690	04/09/1990		
55 254 T	R 581	3 290	22/07/1991	2 950	Été 92
				2 890	92/93
				2 790	Été 93
55 281 ST	R 518	4 690	20/04/1990		
55 281 ST	R 535	4 690	04/09/1990	4 640	1990/91
55 655 T	R 749	2 490	15/09/1993	2 490	Été 1994
55 766 ST	R 749	2 990	15/09/1993	2 990	Été 1994
62 283 ST	R 507	4 890	05/09/89	4 790	Été 1991
63 261 T	R 518	4 790	20/04/1990	4 740	1990/91
63 281 ST	R 518	5 490	20/04/1990	5 440	1990/91
63 559 T	R 508	4 490	18/08/89	4 190	Été 1990
63 559 T	R 521	4 490	31/05/1990		
63 559 T	R 535	3 990	04/09/1990		
63 583 ST	R 508	4 890	18/08/89	4 950	1989/90
63 752 T	R 581	3 990	22/07/1991	3 990	1992/93
				3 990	Été 1993
63 777 ST	R749	4 290	15/09/1993	4 290	1993/94
70 785 ST	R 582	4 990	22/07/1991	4 950	Été 1992
VK 280	R 535	2990	04/09/1990	2 790	Été 1991

Décisions / 02-D-42

491

Prix de vente au détail négociés				Prix de vente au détail pratiqués	
Référence	Cote	Prix TTC	Date		
VK 285	R 582	2490 et 2590	22/07/1991	2 590	1991/92
VK 290 PS	R 582	3 290	22/07/1991	3 350	1991/92
VK 395 PS	R 745	2 490	26/07/1993	2 490	Été 1994
VK 395 PS	R749	2 490	15/09/1993		
VM 038 CH	R 518	7 290	20/04/1990		
VM 038 CH	R 519	5 490	19/06/1990		
VM 038 CH	R 535	6490-5990	04/09/1990	6 490	1990/91
PRODUITS SABA					
T 6307	R 750	3 990	15/09/1993	3 890	Été 1994
T 7030	R 699	5 490	13/10/1993	5 650	1993/94
VKM 4320	R 745	2 690	26/07/1993	2 590	Été 1994
VKM 4330	R 745	2 990	26/07/1993	2 890	Été 1994
PRODUITS TELEFUNKEN					
VR 287 V	R 745	2 990	26/07/1993	2 990	1993/94
PRODUITS THOMSON					
36 ML 47	R 751	1 790	10/09/1993	1 790	Été 1994
40 ML 40	R 751	2 490	10/09/1993	2 490	1993/94
55 BPR 58	R 751	4 790	10/09/1993	4 790	Été 1994
55 ML 15	R 751	2 990	10/09/1993	2 990	Été 1994
55 MP 70	R 698	3 790	13/10/1993	3 790	Été 1994
63 DR 58	R 698	5 490	13/10/1993	5 490	Été 1994
63 MP 41	R 751	4 490	10/09/1993	4 690	1993/94
72 DO 91/98	R 752	9 490	10/09/1993	9 490	1992/93
				9 490	Été 1993
72 DO 95	R 699	7 490	13/10/1993	7 490	Été 1994
72 DR 58	R 752	5 990	10/09/1993	6 690	1993/94
72 DR 58	R 698	5 990	13/10/1993		
VM 510	R752	5 990	10/09/1993	6 340	Été 1994
VP 3280	R 744	3 490	26/07/1993	3 790	1993/94
VP 3280	R752	3 490	10/09/1993	3 450	Été 1994
VP 3280	R699	3 490	13/10/1993		
VP 4280	R752	3 990	10/09/1993	4 290	1993/94
VP 4280	R699	3 990	13/10/1993		

7. - La politique commerciale de la société Samsung Electronics France

Entendus par le rapporteur le 3 mai 1996 à 16 heures, MM. Bousquet et Thevenelle, respectivement directeur commercial et directeur financier de la société Samsung Electronics France, ont exposé leur politique commerciale (cotes R 71 à R 73). Le 4 juin 1996 à 15 h, M. Bousquet ajoutait : *«Je suis certain que la société Samsung n'a jamais organisé de système de distribution réservataire et par conséquent qu'elle n'a jamais conclu de contrat de distribution avec ses clients.»*

Les prix pratiqués par la société Samsung Electronics France à l'égard de ses revendeurs sont ceux de son tarif *«de base»* hors taxes, diminués de diverses remises et ristournes déterminées dans ses conditions générales de vente et dans des accords particuliers.

Les prix ainsi établis ont permis à la société Samsung Electronics France de réaliser les marges brutes suivantes (cote R 62), étant précisé que ce tableau *«concerne des marges brutes, c'est-à-dire les rapports entre chiffres d'affaires des familles de produits, et leur prix d'achat, compte tenu des variations de stocks»*, ainsi que l'ont précisé le 3 mai 1996 MM. Bousquet et Thevenelle, respectivement directeur commercial et directeur financier de la société Samsung Electronics France.

Famille de produits	1990	1991	1992	1993	1994	1995
Magnétoscopes	ns	13,4 %	13,4 %	16,2 %	19,6 %	13,0 %
Téléviseurs couleurs	ns	15,4 %	12,0 %	14,9 %	10,2 %	12,4 %
Camescopes	ns	ns	ns	ns	19,9 %	13,6 %
Radio K7	ns	15,3 %	13,9 %	13,7 %	10,8 %	11,6 %
Fours à micro-ondes	ns	15,7 %	13,7 %	16,2 %	17,3 %	15,5 %

M. Bousquet, directeur commercial de la société Samsung Electronics France a déclaré le 4 juin 1996 (cotes R 91 et R 92) : *«À propos des identités de prix de vente au détail qui apparaissent dans les relevés de prix qui peuvent être effectués, en particulier ceux de C.M.I. et d'I.F.R., j'observe tout d'abord qu'elles ne sont pas généralisées. Je les explique par trois raisons essentielles. La première est purement économique : la concurrence féroce qui règne dans le secteur conduit les distributeurs à offrir des produits identiques ou semblables à des prix compris dans des fourchettes de plus en plus serrées. La deuxième résulte de la diffusion des relevés C.M.I. et I.F.R. auprès des distributeurs également : ils peuvent donc se surveiller l'un l'autre, d'autant plus que la plupart se sont engagés auprès des consommateurs à leur rembourser la différence si le même produit leur était offert moins cher par un distributeur voisin et concurrent. La troisième résulte de la diffusion de catalogues ou de publicités nationales, comportant un prix unique pour un même produit, par plusieurs distributeurs, notamment ceux qui comptent de nombreux magasins, sous une enseigne unique, dispersés sur l'ensemble du territoire : ce prix qui figure dans ces publicités devient un prix de vente au détail maximum, l'alignement sur ce prix par la concurrence pouvant se faire dans la journée qui suit. Je ne m'explique pas de telles identités de*

prix pour les produits nouveaux faisant l'objet d'un lancement général. Je tiens toutefois à vous faire observer que des produits nouveaux très spécifiques, comme les téléviseurs couleurs pouvant être alimentés en 12 volts, plus particulièrement destinés à la navigation de plaisance, ne peuvent, par définition, faire l'objet que d'une demande limitée. Dans ces conditions, les prix de vente au détail seront très différents d'un point de vente à l'autre, en fonction de la situation du marché, des rapports entre l'offre et la demande. Par exemple, à mon avis, les prix de vente au détail de ces téléviseurs seront très différents selon qu'ils seront vendus à Quimper ou à Saint-Tropez. Pour les produits de grande diffusion, je tiens également à vous faire observer que chaque distributeur dispose d'un linéaire non extensible pour chaque famille de produits. Par exemple, selon les distributeurs, on constate que de 50 à 110 téléviseurs couleurs sont présents simultanément dans leurs rayons. Dès lors, les «niches» sont rares, et un fournisseur qui veut lancer un nouveau produit doit offrir au consommateur le rapport performances/prix le meilleur possible, et au distributeur la rentabilité économique la meilleure possible, tout en s'insérant dans la gamme des produits existants des marques concurrentes, et alors que l'image de chaque marque peut être sensiblement différente. C'est du reste ainsi qu'a dû procéder la société Samsung, peu à peu, avant d'occuper sa place actuelle sur le marché. De ce point de vue, je vous confirme que la société Samsung ne se désintéresse pas du positionnement en prix de vente au détail de ses produits, notamment des produits qu'elle commercialise pour la première fois. Je vous confirme que la société Samsung n'établit pas, et ne diffuse pas à ses clients, de listes de prix conseillés. Tout au plus utilise-t-on la notion de prix de vente constaté dans les «bibles client» (documents constatant pour chaque client les conditions convenues lors du référencement de la société Samsung par la centrale à laquelle il appartient), dans des bons de commande, etc.»

8. - La politique commerciale de la société Akaï France

81. Les principes de la politique commerciale adoptée

Entendu le 6 mai 1996, M. Alain Lebizay, directeur général adjoint de la société, a déclaré (cote R 2.970) : «*La société Akaï France S.A. commercialise dans toute la France métropolitaine des produits de marque Akaï uniquement, qu'elle achète auprès des usines du groupe Akaï Electric Co., Limited, avec qui elle a conclu les accords quinquennaux de distribution exclusive dont je vous ai remis copie, et auprès de la société irlandaise Saehan Media (cassettes vidéo). Cette dernière société est indépendante du groupe Akaï Electric Co., Limited. La société Akaï France S.A. a également quelques clients directs occasionnels dans les départements et territoires d'outre-mer. Elle n'effectue aucune vente hors de France.*»

Le 17 juin 1996, M. Lebizay a ajouté (cote R. 3.481) : «*Aucun accord de coopération commerciale périodique n'a jamais été convenu avant 1994. Jusqu'à cette date, la société Akaï France facturait l'ensemble de ses revendeurs sur la seule base du tarif et des conditions générales de vente*

en vigueur. Vous constaterez que les contrats conclus avec nos fournisseurs étaient des contrats de référencement, et qu'ils sont devenus des contrats de coopération commerciale. Cette modification est intervenue à la suite d'une demande faite par la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.»

82. La politique des prix

Les tarifs de base de la société Akai France du 5 mai 1993 au 30 avril 1996 sont joints au dossier, ainsi que les tarifs pour 1988 et pour 1990 à 1992, les conditions générales de vente, les barèmes d'écart joints à ces dernières, et copie d'«accords de coopération commerciale» conclus avec Auchan, Boulanger, But, Casino, Conforama, Cora, Darty, Expert, FNAC, Galec (Leclerc), Gitem, Pro & Cie, La Redoute, Camif et Les 3 Suisses et de «participations publicitaires» et autres actions ponctuelles (bien que parfois intitulées «accords de coopération commerciale»).

83. Les marges dégagées

Les marges dégagées par familles de produits, de 1991 à 1995, figurent au tableau suivant :

	1989	1991	1992	1993	1994	1995
Hi-Fi	15,66 %	14,41 %	14,23 %	13,03 %	12,82 %	14,68 %
Vidéo	13,55 %	15,80 %	11,01 %	6,61 %	6,38 %	9,27 %
Musique	32,50 %	34,81 %	26,20 %	27,99 %	23,08 %	27,64 %
K7	16,69 %	16,62 %	24,51 %	26,04 %	18,14 %	15,60 %
Télévis.	10,98 %	11,46 %	9,86 %	10,99 %	8,72 %	11,68 %
Audio	15,98 %	14,43 %	17,23 %	13,94 %	14,97 %	15,32 %

84. Les prix de vente au détail

Entendu le 6 mai 1996, M. Alain Lebizay, directeur général adjoint de la société Akai France, a déclaré (cotes R 2.971 et R 2.972) : «La concurrence entre les différentes marques pour ces familles de produits peut être qualifiée d'exacerbée. Toutefois, la concurrence par les prix entre les différents offreurs s'exerce principalement en amont, au stade de la production industrielle, où des efforts sont faits pour introduire des technologies nouvelles et pour réduire le plus possible les coûts de fabrication, ce qui permet de maintenir les marges d'importation et de distribution à un niveau raisonnable. D'une façon générale, la société Akai France S.A. considère moins important le gain éventuel de parts de marchés qu'un niveau de prix permettant de couvrir les frais. Actuellement, la situation du marché est telle que l'offre excède la demande. La société Akai France S.A., qui a choisi de distribuer ses produits au travers de l'ensemble des différents réseaux de distribution, n'envisage pas de conclure des contrats de distribution sélective ou exclusive, ce qu'elle n'a jamais fait à ma connaissance. Elle conclut par contre des accords de coopération commerciale (...) Aujourd'hui, la société Akai France S.A. n'établit et ne diffuse pas auprès de ses revendeurs de prix de vente au détail imposés ou conseillés. Ses clients revendeurs pratiquent les prix qu'ils désirent. Pour le passé, je ne suis pas en mesure de vous répondre. (...) Je ne peux fournir aucune explication aux iden-

tités de prix de vente au détail qui, selon vous, auraient été constatés dans de nombreux magasins, y compris pour des produits nouveaux ou nouvellement mis en vente. Par contre, je peux préciser qu'à ma connaissance, les distributeurs s'épient les uns les autres, et que l'on constate souvent des écarts de prix de vente au détail entre plusieurs magasins. Pour ce qui concerne la société Akai France S.A., le problème est de vendre le plus possible, donc partout, au plus grand nombre possible de distributeurs, et quels que soient leurs prix de vente au détail, que ceux-ci soient identiques ou très différents entre eux. S'agissant de notre communication, nous nous attachons en effet davantage à la notoriété de notre marque qu'à son «image»»

Le 17 juin 1996, M. Lebizay a ajouté (cote R 3.481) : *«À propos des prix de vente au détail, je tiens à vous confirmer de nouveau que la société Akai France n'a jamais établi, ni diffusé à ses revendeurs, de prix conseillés ou imposés. Je n'ignore pas les prix de vente au détail pratiqués par la distribution, grâce notamment aux relevés I.F.R. Je dois préciser que la politique commerciale de la société Akai France est une politique principalement volumique. Depuis 1975 en tout cas, il s'agit pour nous, et pour notre société-mère, d'écouler sur le marché français les quantités les plus grandes possible des appareils à notre marque. Nous devons donc être présents sur tous les réseaux de distribution et pratiquer les prix les plus compétitifs possible, sans trop insister sur les aspects immatériels de la marque : services, image, etc. Ce choix s'impose d'autant plus à nous actuellement, où le marché est déflationniste. Avant 1975, la société ambitionnait une politique d'image forte, mais elle y a renoncé.»*

9. - Les relations entre les sociétés Akai et Samsung

91. - Selon les déclarations du 6 mai 1996 de M. Alain Lebizay, directeur général adjoint de la société Akai France (cote R 2.970) *«il y a eu dans le passé un importateur commun des produits de marques Akai et Samsung, mais je ne pense pas qu'il y ait jamais eu de liens financiers ou capitalistiques entre les deux sociétés.»*

92. - Le document coté B, 51, 3 est un cahier manuscrit sur lequel le directeur commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 263 contient le double de deux télex, qui y ont été collés, et adressés à la centrale Euromarché. Le premier, du 15 février 1991, émane du directeur commercial de la société Samsung Electronics France, M. Éric Valton, et informe le chef de département Bazar lourd d'Euromarché que *«suite à problèmes du Golfe et fermeture du canal de Suez»* une livraison de *«VL 1560»* ne pourra être effectuée et propose donc *«une solution immédiate de dépannage qui consiste à transformer votre commande en VS 17 d'Akai»*. Le second, du 18 février suivant, émane de la société Akai France et informe de la livraison de 50 % de la commande en cause *«en VS 17»*.

93. - Le document coté B, 51, 8 est un cahier manuscrit sur lequel un employé du service commercial de la société Akai France prenait des notes. La page numérotée 43 V° rend compte d'une *«réunion Samsung Mercure»* du 21 mars 1991, au cours de laquelle ont notamment été rapprochées les références des produits identiques vendus à la Camif, à Darty, à Continent

et à Conforama par les deux fournisseurs Akai France et Samsung Electronics France.

94. - Une «*convention de prestations informatiques*» a été conclue entre les deux sociétés. Pour l'exercice 1992, le coût pour la société Samsung Electronics France s'est élevé à 1.586.100 francs hors taxes (cote R 40).

95. - Comme mentionné au 5. ci-avant, les deux sociétés procèdent à des échanges d'informations, et c'est un même employé de la société Akai France, M. Pascal Huet, qui est chargé des négociations avec les entreprises de vente par correspondance pour le compte des deux sociétés Akai France et Samsung Electronics France : cf. notamment les documents saisis sous cotes B, 51, 1, 97 et B, 51, 7, B, 51, 8 et B, 51, 9, les trois derniers étant des cahiers sur lesquels M. Huet prenait des notes relatives, notamment, à ces négociations.

10. - La politique commerciale du groupe Thomson

La société Thomson Multimedia Marketing France, à qui a succédé la société Thomson Multimedia Sales Europe et qui a elle-même succédé aux sociétés Telefunken Consumer Electronics Marketing France et Thomson Consumer Electronics Marketing France, laquelle avait succédé à la société Cofradel (C^e franco-allemande d'électronique), facture aux revendeurs ses produits à un prix résultant de son tarif de base diminué de remises et ristournes en cascade résultant de ses conditions générales de vente incluses dans les «*accords de commercialisation*» conclus avec chacun de ses distributeurs. Un exemplaire du «*tarif de base HT au 03/04/95 - TVA 18.60*», qui concerne les marques Thomson, Saba, Telefunken et Brandt, est joint au dossier sous cotes R 879 à R 883. La copie des «*accords de commercialisation 1995*» conclu avec le groupe Camif est jointe sous cotes R 884 à R 902. L'article 2.4 de ces accords indique : «*Le Distributeur doit, en toutes circonstances, tenir le plus grand compte des dispositions législatives et réglementaires concernant la concurrence. À cet égard, le Distributeur s'interdit toute pratique ou opération, même occasionnelle, enfreignant les dispositions susvisées (...)*» De même, les «*accords de coopération commerciale*» puis «*accords de commercialisation*» convenus entre le groupe Darty et la société Cofradel puis les sociétés Thomson Consumer Electronics Marketing France et Telefunken Consumer Electronics Marketing France, pour 1991 (cote R 2.498), 1993 (cote R 2.504), 1994 (cotes R 2.558, 2.568 et 2.578) et 1995 (cotes R 2.587, R 2.597, R 2.607) comportent une clause 2.5 ou 2.4 indiquant : «*Le Client (ou Distributeur) doit, en toutes circonstances, tenir le plus grand compte des dispositions législatives et réglementaires concernant la concurrence. À cet égard, le Client s'interdit toute pratique ou opération, même occasionnelle, enfreignant les dispositions susvisées (...)*».

■ C. - Les griefs notifiés

En application de l'article 21 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 463-2 du code de commerce, les griefs suivants ont été notifiés :

- grief n° 1, tiré de la violation des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance susvisée, devenu l'article L. 420-1 du code de commerce, et relatif à la concertation sur les prix de vente au détail des produits vendus par la société Akaï France entre les entreprises ou groupes Akaï France, Atlas - Mobilier Européen, Darty, Auchan, F.N.A.C., Conforama, But, Promodès, Rallye-Casino, Carrefour, Intermarché, Connexion, Leclerc, Gitem, Pro & C^{ie}, Camif, La Redoute, Les 3 Suisses et La Maison de Valérie ;
- grief n° 2, tiré de la violation des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance susvisée, devenu l'article L. 420-1 du code de commerce, et relatif à la concertation sur les prix de vente au détail des produits vendus par la société Samsung Electronics France entre les entreprises ou groupes Samsung Electronics France, Atlas - Mobilier Européen, Darty, Auchan, Conforama, But, Promodès, Rallye-Casino, Carrefour, Grands Magasins B., Connexion, Sesame et La Maison de Valérie ;
- grief n° 3, tiré de la violation des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance susvisée, devenu l'article L. 420-1 du code de commerce, et relatif à la concertation sur les prix de vente au détail des produits vendus par la société Thomson Multimedia Marketing France devenue Thomson Multimedia Sales Europe entre les groupes Thomson et Camif ;
- grief n° 4, tiré de la violation des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance susvisée, devenu l'article L. 420-1 du code de commerce, et relatif à la concertation entre les sociétés Samsung Electronics France et Akaï France.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Sur la prescription prétendue des pratiques dénoncées dans les saisines n°s F 238, F 451 et F 452

Considérant qu'aux termes de l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 462-7 du code de commerce, «*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*» ;

Considérant que, dans la notification de griefs, le rapporteur avait proposé, s'appuyant sur les règles relatives à la prescription dégagées par l'arrêt n° 95/3245 du 1^{er} décembre 1995 de la cour d'appel de Paris, un non-lieu à poursuivre la procédure pour les dossiers n°s F 232, F 233, F 240, F 248, F 448 et F 507 et avait, en revanche, formulé des griefs dans les dossiers n°s F 238, F 451 et F 452 dans lesquels il considérait que les faits n'étaient pas prescrits ; que, dans le rapport, l'intervention de l'arrêt du 9 mars 1999 de la cour d'appel de Paris, retenant la suspension de la prescription, l'avait conduit à proposer que les dossiers n°s F 232, F 233, F 240, F 248, F 448 et F 507 fussent disjoints afin que soit poursuivie leur instruction ; que dans

le rapport complémentaire n° 2, enfin, le rapporteur avait repris ses propositions de la notification de griefs en raison de l'intervention de l'arrêt n° 1508 FP-P du 17 juillet 2001 de la Cour de cassation (chambre commerciale, économique et financière), qui a adopté une solution inverse de celle retenue en 1999 par la cour d'appel de Paris ;

Considérant que, dans leurs écritures successives, les parties saisissantes ont combattu ces analyses, en soutenant qu'aucun des dossiers concernés n'était couvert par la prescription, alors que la thèse inverse était, au contraire, défendue par les parties mises en cause ;

Considérant qu'au cours de la séance du 8 janvier 2002, le rapporteur général, rajoutant aux moyens avancés par le rapporteur, a contesté l'acquisition de la prescription en se fondant sur l'effet interruptif de prescription qui s'attacherait aux pourvois formés contre des ordonnances d'autorisation de visite et de saisie rendues dans le cours de l'enquête ainsi qu'aux arrêts rendus par la chambre commerciale de la Cour de cassation statuant sur ces pourvois ;

Considérant que la société Continent Hypermarchés a invoqué la violation du principe du contradictoire et des droits de la défense qui résulterait de cette intervention orale ; qu'elle soutient que s'il n'est pas d'usage que le rapporteur général fasse connaître ses observations par écrit et, à plus forte raison, antérieurement à la séance, il est, en revanche, exclu qu'il soulève ou développe de nouveaux arguments n'ayant pas été débattus contradictoirement par écrit ;

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article L. 462-7, 3^{ème} alinéa, du code de commerce que le rapporteur général peut, lors des séances du Conseil, présenter des observations, l'exercice de cette faculté, qui n'est assortie par le texte d'aucune restriction, devant, néanmoins, ne pas avoir pour effet de compromettre les droits de la défense ;

Considérant, en l'espèce, qu'à l'issue des débats, les parties ont été invitées par le président de séance à fournir en cours de délibéré les explications qu'elles estimeraient nécessaires sur l'interruption de la prescription et, notamment, sur la position exprimée par le rapporteur général ; que ce dernier, à la demande du président de séance, a adressé aux parties les arrêts de la Cour de cassation dont il proposait au Conseil de s'inspirer pour trancher la question, nouvelle, qui se posait à lui ; que les parties ont disposé d'un délai suffisant à l'issue duquel elles ont produit, sous la forme de notes en délibéré, des observations détaillées au soutien de leur position ; qu'ainsi, il n'a été porté aucune atteinte aux droits de la défense ;

Considérant que, dans leur note en délibéré, les parties saisissantes ont discuté le moyen tiré de l'interruption de la prescription, mais également d'autres questions ; qu'il y a lieu, afin de respecter le principe du contradictoire, d'écarter du dossier toutes les considérations étrangères au moyen relatif à la prescription ; que, de même, dans sa note en délibéré, le commissaire du Gouvernement a invoqué à l'appui de ses observations un arrêt récent et non encore publié qu'il a ajouté aux arrêts transmis par le rapporteur général ; qu'il y a lieu de ne pas tenir compte de cette décision dont les parties peuvent ne pas avoir eu connaissance ;

Considérant que le Conseil de la concurrence a été saisi des dossiers n^{os} F 238, F 451 et F 452, qui concernent les mêmes pratiques alléguées, respectivement les 3 avril 1989 et 21 novembre 1991 ; que les faits susceptibles d'être examinés sont ceux postérieurs au 3 avril 1986 ; qu'une enquête complémentaire a été demandée à l'administration le 20 juillet 1990 ; qu'elle s'est déroulée en 1990 et 1991 ; que les résultats en ont été consignés dans six rapports administratifs des 19 mars, 29 avril, 3 août et 18 décembre 1992, et 12 mars et 19 mai 1993 successivement envoyés au Conseil de la concurrence ; que la saisine n^o F 451 a été examinée le 16 juin 1993 par le Conseil de la concurrence qui ne l'a pas déclarée irrecevable ; que des pourvois ont été formés contre l'ordonnance du 1^{er} octobre 1991 du Président du tribunal de grande instance de Bobigny, l'ordonnance du 10 octobre 1991 du Président du tribunal de grande instance de Versailles, les ordonnances des 2 et 15 octobre 1991 du Président du tribunal de grande instance de Paris et les deux ordonnances du 17 octobre 1991 du Président du tribunal de grande instance de Nanterre, ordonnances en vertu desquelles avaient été autorisées les visites et saisies ; que ces pourvois ont donné lieu aux arrêts des 6 avril et 12 juillet 1993 de la Cour de cassation ; que divers actes d'instruction du rapporteur sont intervenus d'avril à juillet 1996, qui ont, notamment, donné lieu à la rédaction de procès-verbaux de communication de documents et de déclaration ; que le Président du Conseil de la concurrence a pris le 2 juillet 1998 deux décisions (n^{os} 98-DSA-13 et 98-DSA-14) relatives au secret des affaires ; que des griefs ont été notifiés le 28 septembre 1998, un complément de notification ayant été effectué les 20 novembre et 4 décembre 1998 ; que les pourvois n^{os} 99-30.220/T formés le 20 novembre 1998 contre l'ordonnance du 30 septembre 1991 du Président du tribunal de grande instance de Pontoise, ont donné lieu aux arrêts du 14 juin 2000 de la Cour de cassation ; que le rapport a été notifié le 26 juillet 2000 ; qu'au terme de sa séance du 19 décembre 2000, le Conseil de la concurrence a décidé de surseoir à statuer en vue d'un complément d'instruction (décision du 5 février 2001) ; qu'un premier rapport complémentaire a été notifié le 25 juillet 2001 et un second le 4 septembre 2001 ;

Considérant que les entreprises mises en cause dévient, à titre principal, tout effet interruptif de prescription aux pourvois formés contre les ordonnances de visite et de saisie ainsi qu'aux arrêts de la Cour de cassation qui ont prononcé l'annulation desdites ordonnances ; qu'elles font valoir, en premier lieu, que les règles applicables à la prescription des pratiques anticoncurrentielles sont fixées de façon autonome par l'article L.462-7 du code de commerce, qui définit de manière expresse et exclusive de l'application de toute autre disposition, notamment de l'article 7 du code de procédure pénale, les actes susceptibles d'interrompre la prescription, sans y inclure l'exercice des voies de recours et les décisions qui leur font suite, de sorte que la jurisprudence établie par la chambre criminelle de la Cour de cassation sur l'interruption de la prescription pénale n'est pas transposable en matière de concurrence ; qu'à l'appui de leur thèse, elles invoquent l'arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 17 juillet 2001, censurant un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 9 mars 1999 qui avait admis le principe de la suspension de la prescription à l'égard de l'entreprise saisissante mise dans l'impossibilité d'agir dans la procédure en cours devant le Conseil, au motif

qu'en ajoutant à l'article L. 462-7 du code de commerce un cas de suspension qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel a violé ce texte ; qu'elles rappellent les termes d'un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 27 septembre 1990 selon lequel les pratiques anticoncurrentielles ne sont pas soumises aux règles de prescription de l'action publique et ceux d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 8 juillet 1997 qui aurait implicitement admis l'absence d'effet interruptif du pourvoi en cassation formé par l'une des entreprises poursuivies à l'encontre d'une ordonnance d'autorisation de visite et de saisie ; que les entreprises mises en cause prétendent, en second lieu, que les arrêts de la chambre criminelle de la Cour de cassation invoqués au soutien de l'interruption de la prescription n'ont pas la portée qui leur est attribuée ; que ces arrêts énoncent, d'ailleurs, que *«l'acte d'appel en ce qu'il émane du prévenu ne peut être considéré comme un acte de poursuite»* et qu'en outre, ils ne reconnaissent pas d'effet interruptif aux arrêts de la Cour de cassation en tant que tels mais uniquement à leur signification ; que la solution adoptée par la chambre criminelle de la Cour de cassation peut s'expliquer par l'effet suspensif d'exécution des voies de recours en matière pénale, y compris du pourvoi en cassation, alors qu'en matière de concurrence, l'article L.450-4, alinéa 5, du code de commerce dispose que le pourvoi formé contre l'ordonnance d'autorisation de visite et de saisie n'est pas suspensif, ce qui permet à l'instruction de se poursuivre et empêche la prescription de s'accomplir ; que l'instance de cassation initiée à l'encontre d'une ordonnance d'autorisation de visite et de saisie ne peut être regardée comme une procédure incidente à celle suivie devant le Conseil puisque la contestation ainsi élevée est liée à une procédure d'enquête menée par la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes à un moment où le Conseil n'est pas encore saisi, ce qui conduit à écarter l'application de la jurisprudence pénale relative à l'interruption de la prescription du fait d'actes accomplis dans le cadre d'une procédure pénale incidente ; qu'en tout état de cause, un arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 3 avril 1997 a rompu avec la jurisprudence antérieure de la même chambre sur l'interruption de la prescription ;

Considérant qu'il est encore soutenu, à titre subsidiaire, par certaines entreprises que, si le Conseil devait faire sienne la solution adoptée par la jurisprudence de la chambre criminelle, il conviendrait alors de décider, par analogie avec la solution d'un arrêt de la même chambre en date du 19 mars 1956, relatif à l'effet suspensif de prescription du pourvoi en cassation, que la prescription des faits susceptibles d'être qualifiés de pratiques anticoncurrentielles n'a pas été interrompue à l'égard des entreprises qui n'avaient pas formé de pourvoi contre les ordonnances de visite et de saisie ou encore que l'effet interruptif de prescription susceptible d'être attaché aux pourvois en cassation et aux arrêts qui statuent sur ces recours ne s'étend pas à d'autres faits illicites distincts de ceux visés par l'acte interruptif, quand bien même tous ces faits feraient l'objet d'une procédure unique ;

Mais considérant, en premier lieu, sur le moyen de défense relatif à l'absence d'effet interruptif de prescription des pourvois en cassation formés contre les ordonnances de visites et saisies et les arrêts de la Cour de cassation rendus sur ces pourvois, qu'en vertu de l'article L. 462-7 du code de commerce, la prescription peut être interrompue par tout acte tendant à la *«recherche, (la)*

constatation ou (la) sanction» des faits dont le Conseil est saisi ; qu'il entre dans la mission du Conseil de dire, sous le contrôle de la cour d'appel de Paris et de la Cour de cassation, quels sont les actes qui répondent à cette définition ; que, dès lors que les opérations de visite et de saisie sont des actes de recherche et de constatation des faits susceptibles de constituer des pratiques anticoncurrentielles prohibées par les articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5 du code de commerce, les décisions rendues sur les contestations élevées incidemment à l'encontre de ces actes, antérieurs ou non à la saisine du Conseil, qui peuvent conduire à leur annulation et retirer ainsi à la poursuite les éléments matériels de preuve sur lesquels elle s'appuie, constituent également des actes interruptifs de prescription ; que tel est le cas des arrêts rendus par la Cour de cassation sur les pourvois formés contre les ordonnances par lesquelles le président du tribunal de grande instance autorise les enquêteurs à procéder aux visites en tous lieux ainsi qu'à la saisie de documents, en application de l'article L. 452-4 du code de commerce ;

Considérant qu'à maintes reprises et de façon constante, notamment dans un arrêt du 25 janvier 1993 (Bull. crim. n° 39), la chambre criminelle de la Cour de cassation a énoncé que *«(...) les actes de poursuite ou de procédure, y compris les voies de recours, interrompent, par eux-mêmes, la prescription de l'action publique»* ; que, dans un arrêt du 23 novembre 1972 (Gaz.Pal.1973, 1^{er} sem.), la même chambre avait précisé que *«(...) si l'acte d'appel, en ce qu'il émane du prévenu, ne peut être considéré comme un acte de poursuite, ledit acte n'en produit pas moins, en matière correctionnelle, un effet interruptif de prescription ; il est, par sa nature même, indépendant du jugement contre lequel il est dirigé et dont la nullité ne saurait influencer sur sa propre validité ni l'empêcher de produire les effets qui lui sont propres (...)»* ; qu'ainsi, les actes, par lesquels une personne mise en cause dans une procédure pénale conteste la validité de cette procédure ou d'une décision intervenue dans ce cadre, interrompent la prescription en ce qu'ils participent au déroulement de la procédure ;

Considérant que la procédure suivie en matière de concurrence vise à protéger l'ordre public économique et revêt à l'égard des entreprises en cause un caractère punitif ; que si les pratiques anticoncurrentielles ne sont soumises par aucune disposition aux règles de prescription de l'action publique, la détermination des actes de recherche et de constatation susceptibles d'interrompre la prescription établie par l'article L. 462-7 du code de commerce peut, en raison de la similitude de cette notion avec celle d'actes d'instruction ou de poursuite figurant à l'article 7 du code de procédure pénale, c'est-à-dire, selon la jurisprudence de la chambre criminelle, d'actes *«ayant pour objet de constater des infractions et d'en découvrir les auteurs»*, s'effectuer par voie de rapprochement avec cette jurisprudence et s'inspirer des principes dégagés par elle ; qu'il s'ensuit que, dans le cas d'espèce, la prescription des pratiques soumises au Conseil s'est trouvée interrompue non seulement par les ordonnances d'autorisation de visite et de saisie en date des 30 septembre et 1^{er}, 2, 10, 15 et 17 octobre 1991 du Président de chacun des tribunaux de grande instance de Pontoise, Bobigny, Paris, Versailles, Paris et Nanterre, et par les arrêts de la Cour de cassation en date des 6 avril et 12 juillet 1993, mais aussi par les pourvois, respectivement des 20 novembre 1998, et 14, 8, 18, 31 et 30 octobre 1991 qui ont donné lieu à ces arrêts ;

Considérant, en second lieu, qu'il est prétendu à tort que la chambre criminelle de la Cour de cassation aurait, par un arrêt du 3 avril 1997 (Bull. crim. n° 134), rompu avec sa jurisprudence antérieure en refusant de tenir pour interruptif de prescription l'arrêt d'une chambre d'accusation qui avait annulé, pour incompétence de la juridiction saisie, la procédure suivie sur une plainte avec constitution de partie civile du chef d'abus de confiance déposée devant le juge d'instruction de Châlons-sur-Marne ; qu'en effet, dans cette affaire, une nouvelle constitution de partie civile avait été effectuée auprès du juge d'instruction de Reims et que c'est dans ces conditions que la prescription a été considérée par la Cour de cassation comme acquise, *«aucun acte de poursuite valable [n'ayant] été accompli entre les deux plaintes»*, dès lors qu'il ne pouvait être tenu compte, dans la seconde procédure, de la décision de la chambre d'accusation intervenue dans le cadre de la procédure, distincte, initiée par la première constitution de partie civile et qui avait été mise à néant par cette décision ; que la solution de l'arrêt ne peut donc être regardée comme l'abandon de la jurisprudence sur l'interruption de la prescription mais correspond aux particularités procédurales de l'espèce ;

Considérant que c'est également à tort qu'il est soutenu qu'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 8 juillet 1997 (Bull. civ. n° 220) aurait implicitement admis l'absence d'effet interruptif des décisions rendues par la Cour de cassation, en ce que cet arrêt aurait constaté l'acquisition de la prescription de pratiques anticoncurrentielles, sans tenir compte d'un arrêt antérieur de la Haute Juridiction statuant sur un pourvoi formé à l'encontre d'une ordonnance d'autorisation de visite et de saisie ; qu'en effet, au cas d'espèce invoqué, les moyens de cassation présentés par le ministre de l'économie au soutien de son pourvoi ne faisaient pas mention de l'existence d'une décision antérieure susceptible d'avoir interrompu le cours de la prescription ; que, si l'acquisition de la prescription constitue une exception péremptoire et d'ordre public qui doit être relevée d'office, il appartient, en revanche, à la partie poursuivante de soulever le moyen relatif à l'interruption de la prescription ; que, dès lors, l'absence, dans l'arrêt invoqué, de référence à l'effet interruptif de prescription de l'arrêt de la Cour de cassation validant une ordonnance d'autorisation de visite et de saisie, ne peut être regardée comme la négation de cet effet interruptif ;

Considérant, de même, qu'il ne peut être déduit des arrêts rendus les 6 mai 1986 (Bull. crim. n° 153) et 24 octobre 1989 (Bull. crim. n° 378), par la chambre criminelle de la Cour de cassation, qui était invitée par le premier moyen à se prononcer spécifiquement sur l'effet interruptif ou non de prescription, de la signification des arrêts de ladite Cour cassant les décisions déferées par le pourvoi et renvoyant la cause devant une autre juridiction, la négation par la Cour de cassation de l'effet interruptif des arrêts eux-mêmes ;

Considérant, encore, sur l'argument tiré de ce que, contrairement à la règle pénale, le pourvoi formé contre les ordonnances d'autorisation de visite et de saisie n'est pas suspensif d'exécution ce qui condamnerait l'application, à la matière de la concurrence, de la jurisprudence pénale sur l'effet interruptif de prescription, que l'article 569 du code de procédure pénale prévoit que *«pendant les délais du recours en cassation et, s'il y a eu recours, jusqu'au*

prononcé de l'arrêt de la Cour de cassation, il est sursis à l'exécution de l'arrêt de la cour d'appel sauf en ce qui concerne les condamnations civiles» ; que la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation (Crim. 28 février 1946, Bull. crim. n°75 ; 19 mars 1956, Bull. crim. n° 274 ; 6 mai 1986, Bull. crim. n° 153) considère, en conséquence, que la prescription, dont le pourvoi a interrompu le cours, est, en outre, suspendue pendant la durée de l'instance devant la Cour de cassation, *«cette instance mettant un obstacle de droit à l'exercice de l'action devant le juge de la répression»* ; qu'ainsi, l'interdiction d'exécuter la décision frappée de pourvoi entraîne corrélativement la suspension de la prescription, qui n'est pas en cause dans le présent litige ; qu'en revanche, l'interruption de la prescription est sans relation avec la possibilité ou l'impossibilité de ramener à exécution la décision déferée à la Cour de cassation et résulte de l'exercice même du recours ;

Considérant, sur le moyen de défense subsidiaire de certaines entreprises, relatif au caractère limité de l'effet interruptif des pourvois formés contre les ordonnances d'autorisation de visite et de saisie, qu'il est prévu à l'article 7 du code de procédure pénale que l'effet interruptif d'un acte d'instruction ou de poursuite se produit *«même à l'égard des personnes qui ne seraient pas impliquées dans cet acte»* ; que la jurisprudence pénale fait de ce texte une large application en décidant que l'effet interruptif de prescription d'un acte d'instruction ou de poursuite se produit à l'égard de tous les auteurs, coauteurs ou complices de l'infraction (Crim. 11 juillet 1972, Bull. crim. n° 235 ; 20 février 1985, Bull. crim. n° 83 ; 5 juillet 1993, Bull. crim. n° 239), que lorsque deux infractions sont connexes, un acte interruptif de prescription concernant l'une produit effet à l'égard de l'autre (Crim. 29 novembre 1983, Bull. crim. n° 323 ; 15 janvier 1990, Bull. crim. n° 22 ; 28 octobre 1992, Bull. crim. n° 234), et encore, qu'une plainte avec constitution de partie civile faisant état d'une opération complexe interrompt la prescription à l'égard de toutes les infractions, même non expressément qualifiées dans cette plainte, qui ont été commises à l'occasion de cette opération (Crim. 20 octobre 1993, Bull. crim. n° 303) ; qu'en matière de concurrence, la cour d'appel de Paris retient les mêmes solutions en décidant qu'un *«procès-verbal, établi dans le délai de prescription de trois ans, constitue un acte de constatation interrompant la prescription à l'égard de toutes les parties, qu'elles aient ou non été entendues à cette occasion puisque le Conseil est saisi in rem»* (23 janvier 1998, Sarl Traditions et perspectives, BOCCRF du 17 février 1998), ou aussi, que *«le Conseil étant saisi des pratiques d'entente dans leur ensemble et non marché par marché, 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»* (2 mars 1999, SA SECO Desquenue et Giral Construction, BOCCRF du 18 février 2000), et encore, *«que la saisine du Conseil s'opérant in rem, celui-ci s'est déclaré valablement saisi de l'ensemble des faits commis depuis le 10 janvier 1988 et a, à juste titre, rejeté l'exception de prescription soulevée»* (28 janvier 1997, Société HADES, BOCCRF du 31 décembre 1997) ;

Considérant que cette jurisprudence, homogène et constante, exclut que la solution adoptée par l'arrêt de la chambre criminelle de la Cour de cassation en date du 19 mars 1956 (Bull. crim. n° 274), en ce qui concerne la limitation à l'auteur du pourvoi de la suspension de la prescription de l'action publique pendant la durée de l'instance de cassation, puisse être transposée, en matière de concurrence, à l'effet interruptif du pourvoi formé à l'encontre des ordonnances d'autorisation de visite et de saisie ; que, d'ailleurs, l'arrêt du 19 mars 1956 justifie la limitation retenue par l'absence d'un empêchement de droit ou de fait à l'exercice des poursuites visant les autres inculpés, l'auteur du recours étant seul concerné par l'obstacle résultant de l'obligation de surseoir à l'exécution de l'arrêt de la cour d'appel frappé de pourvoi, alors que l'existence d'un obstacle à la poursuite de l'instruction qui résulterait du pourvoi formé à l'encontre de l'ordonnance d'autorisation de visite et de saisie est expressément écartée par les dispositions de l'article L. 450-4 du code de commerce ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les pourvois en cassation formés à l'encontre des ordonnances d'autorisation de visite et de saisie et les arrêts de la Cour de cassation rendus sur ces pourvois ont interrompu la prescription à l'égard de toutes les entreprises en cause, y compris de celles qui n'avaient pas formé de recours, et pour tous les faits compris dans la poursuite, y compris ceux qui n'étaient pas concernés par les actes interruptifs ; que, dès lors, il ne s'est pas écoulé plus de trois ans entre deux actes tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des faits concernés et que le Conseil de la concurrence peut examiner les faits visés par les saisines enregistrées sous les n°s F 238, F 451 et F 452 ;

Sur la prescription des dossiers enregistrés sous les n°s F 232, F 233, F 240, F 248, F 448 et F 507

Considérant que le Conseil de la concurrence a été saisi des dossiers n°s F 232, F 233, F 240, F 248 et F 448, respectivement, les 13 mars, 19 avril et 31 mai 1989 et le 14 novembre 1991 ; que les faits susceptibles d'être examinés sont ceux postérieurs au 13 mars 1986 ; que divers actes d'instruction du rapporteur sont intervenus de janvier à avril 1992, et que des griefs ont été notifiés le 18 juin 1992 à la société JVC Vidéo France ; que ces actes d'instruction et cette notification de griefs tendaient à la recherche, la constatation et la sanction de faits éventuellement anti-concurrentiels non prescrits ; que depuis la notification de griefs du 18 juin 1992, c'est-à-dire depuis plus de trois ans, aucun acte qui aurait tendu à la recherche, la constatation ou la sanction des faits visés dans ces saisines, et qui aurait donc interrompu la prescription, n'est intervenu ; qu'en effet, contrairement à ce que soutiennent les parties saisissantes, ni le jugement du 6 décembre 1993 du tribunal de commerce de Paris (1^{ère} chambre B), ni la transmission, le 29 décembre 1994, par le Conseil de la concurrence de la notification de griefs du 18 juin 1992 à la cour d'appel de Paris, sur la demande de cette dernière, ne tendaient à la recherche, la constatation ou la sanction des faits dont était saisi le Conseil, et ne sont donc interruptifs de la prescription ;

Considérant que le Conseil de la concurrence a été saisi du dossier n° F 507 le 18 mai 1992 ; que les faits susceptibles d'être examinés sont ceux postérieurs au 18 mai 1989 ; que depuis cette saisine, c'est-à-dire depuis plus de trois ans, aucun acte interruptif de prescription n'est intervenu ;

Considérant que la société Semaven soutient, dans ses observations, que des actes interruptifs de prescription propres à ces saisines n°s F 232, F 233, F 240, F 248, F 448 et F 507 seraient intervenus postérieurement aux dates susmentionnées ; que, toutefois, l'existence de la séance du 16 juin 1993 du Conseil au cours de laquelle a été discutée la recevabilité de certaines saisines, n'a pu constituer un acte tendant à la recherche, à la découverte ou à la sanction des faits, seul de nature à interrompre la prescription, cette séance n'ayant abouti à aucune décision ; que, par ailleurs, le fait que le Président du Conseil ait fait savoir, par lettre, à une société mise en cause, qu'une notification de griefs complémentaires allait intervenir ne signifie pas que des actes d'instruction, qui auraient été ultérieurement occultés, avaient été réalisés ; qu'en effet, compte tenu de la jonction de nombreuses saisines, le rapporteur avait informé le Président de son intention de rédiger une telle notification de griefs sans qu'il puisse s'en déduire que des actes tendant à l'établissement des faits invoqués dans les saisines susmentionnées avaient été accomplis ;

Considérant, par ailleurs, que le Conseil étant saisi *in rem*, les actes intervenus dans le cadre de l'instruction d'une saisine visant un certain type de pratiques ou un certain marché interrompent la prescription pour l'ensemble des entreprises auteurs de telles pratiques éventuellement mises en cause ; qu'en revanche, de tels actes ne sauraient interrompre la prescription à l'égard d'entreprises auteurs de pratiques qui ne faisaient pas l'objet de ces actes d'instruction ; que les pratiques dénoncées dans les saisines enregistrées sous les n°s F 232, F 233, F 240, F 248, F 448 et F 507, consistaient en des traitements discriminatoires dont les sociétés saisissantes auraient été l'objet ; que de telles pratiques ne sauraient se confondre avec les pratiques d'entente sur les prix pour lesquelles la prescription a été interrompue, comme il vient d'être exposé, dans les saisines n°s F 238, F 451 et F 452 ; qu'ainsi, les actes interruptifs de prescription intervenus dans le cadre de l'instruction de ces dernières saisines n'ont pas interrompu la prescription des pratiques dénoncées dans les saisines n°s F 232, F 233, F 240, F 248, F 448 et F 507 ;

Considérant, au surplus, qu'à la date à laquelle le second rapporteur de l'affaire a été désigné pour rapporter ces dernières saisines, celles-ci étaient déjà prescrites ; que la jonction, par ce second rapporteur, de ces saisines à des saisines ayant fait l'objet d'actes interruptifs de prescription ne saurait avoir eu pour effet de remettre en cause rétroactivement la prescription ainsi acquise ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, la prescription étant acquise, il convient, en application de l'article L. 464-6 du code de commerce, de déclarer qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure dans les dossiers n°s F 232, F 233, F 240, F 248, F 448 et F 507 ;

Sur la procédure

En ce qui concerne l'étendue des saisines

Considérant que plusieurs des parties intéressées, parmi lesquelles les sociétés Établissements Darty & Fils et Conforama avancent que les saisines n^{os} F 238, F 451 et F 452 portaient sur les produits audiovisuels et les appareils photographiques et non sur les produits blancs ; que l'enquête complémentaire demandée le 20 juillet 1990 concernait *«le secteur de la production et de la distribution d'appareils électroménagers et de diffusion et de reproduction de l'image et du son»* et que la désignation du second rapporteur le 21 novembre 1990, concernait *«les pratiques de divers intervenants photographiques»* ; que, faute d'une saisine d'office, et malgré le fait que le Conseil de la concurrence est saisi *in rem*, ce dernier ne pouvait demander que soit réalisée une enquête relative à d'autres produits que ceux cités dans les saisines ; qu'il devrait s'interdire d'examiner les faits constatés dans la distribution de ces produits et *«écarter le rapport administratif et les pièces saisies chez la société Samsung»* ;

Mais considérant, que si les saisines faisaient principalement référence aux *«produits bruns»*, elles visaient aussi le *«secteur des appareils électroménagers»* puisqu'elles se référaient explicitement à des saisines antérieures enregistrées sous les n^{os} F 181 et F 192 qui visaient le secteur de *«l'électroménager»* ; qu'ainsi, à la suite des saisines examinées par la présente décision, des griefs relatifs aux *«produits blancs»* ont valablement pu être notifiés ;

Considérant qu'à l'inverse, les parties saisissantes ainsi que les sociétés Carrefour France et Euromarché estiment que les saisines n^{os} F 181 et F 192 des 12 septembre et 17 octobre 1988 et le rapport administratif d'enquête du 11 août 1989, qui *«ne font pas l'objet de la présente notification de griefs et ont donné lieu à la décision n^o 92-D-38 du Conseil en date du 9 juin 1992»*, auraient dû être communiqués dans le cadre de la présente procédure, dont elles sont à l'origine, et non pas seulement une partie de ce rapport, les pages 87 à 95, communiquées le 20 novembre 1998 ; que serait irrégulier le fait que le rapport du 11 août 1989 consigne *«des faits se rapportant à la saisine du 3 avril 1989 (F 238) sans avoir reçu de demande en ce sens du Président du Conseil de la concurrence»* et que, suite à la demande d'enquête du 20 juillet 1990, la note de l'administration au chef de la Direction nationale des enquêtes de concurrence ne viserait que *«le secteur de l'électronique grand public»*, un objet *«plus étroit»* que *«celui défini par le courrier du Président»* du Conseil de la concurrence ;

Mais considérant que le rapport administratif du 11 août 1989 consigne les résultats d'une enquête demandée le 20 décembre 1988 dans le cadre d'une autre procédure et antérieurement à la saisine n^o F 238 du 3 avril 1989 ; que les pratiques visées dans cette dernière étaient identiques à certaines de celles visées dans les saisines n^{os} F 181 et F 192, lesquelles avaient déjà fait l'objet d'investigations sommaires consignées aux pages 87 à 95 du rapport administratif d'enquête du 11 août 1989, qui ont ensuite été versées dans la présente procédure et communiquées aux parties ;

Considérant que les saisines n^{os} F 451 et F 452 qui font partie de la présente procédure portaient, respectivement, sur les relations commerciales entre la Camif et les fournisseurs de produits bruns et sur les «*conditions de vente de la totalité des marques significatives du marché des produits bruns*» ; que le premier paragraphe de la saisine n^o F 238 du 3 avril 1989 visait «*des ententes généralisées qui affectent le marché des produits audiovisuels*», tandis que sa teneur visait la distribution des produits blancs comme des produits bruns ; qu'ainsi, elle faisait référence à l'«*affaire Darty*» de 1979, qui a fait l'objet de l'avis de la Commission de la concurrence du 27 septembre 1979 et de la décision ministérielle n^o 80-01/DC du 7 février 1980 correspondante ; que cette affaire concernait des «*pratiques concertées entre fournisseurs et distributeurs dans le secteur des appareils électroménagers et électro-acoustiques*» ; que, de même, la saisine F 238 faisait référence à «*la non répercussion de la baisse de la TVA*», où il était question des «*grands distributeurs*» ou au syndicat professionnel (SOCOTEM) ; que cette saisine n^o F 238 du 3 avril 1989 se présentait explicitement comme faisant suite à des saisines («*une quinzaine*») antérieures ; que parmi ces dernières, les saisines des 12 septembre et 17 octobre 1988 enregistrées sous les n^{os} F 181 et F 192 portaient sur des pratiques mises en œuvre par un G.I.E. et ses adhérents et par «*la plupart des fabricants et importateurs et par les principaux distributeurs de matériels électroménagers et d'électronique grand public*» ; que le Conseil de la concurrence s'est prononcé sur ces saisines dans sa décision n^o 92-D-38 du 9 juin 1992 et que, s'il n'a pu se prononcer sur les pratiques généralisées entre fournisseurs et distributeurs sur les marchés des produits blancs et bruns alléguées, c'est uniquement en raison des lacunes de l'enquête administrative, demandée le 20 décembre 1988 à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, par le Président du Conseil de la concurrence ; qu'en effet, le rapport d'enquête administrative du 11 août 1989 résumait les quelques constatations effectuées quant à ces ententes généralisées alléguées dans ses seules pages 87 à 95 ; que l'enquête administrative relatée dans ce rapport n'ayant pas recueilli l'ensemble des éléments demandés, la saisine n^o F 238 n'a pu être jointe à ces saisines n^{os} F 181 et F 192 afin que les trois fassent l'objet d'une même instruction et qu'il soit statué sur elles dans une même décision ; qu'en raison de la continuité existant entre les pratiques dénoncées dans les saisines n^{os} F 181 et F 192 et celles dénoncées dans la saisine n^o F 238, continuité mentionnée dans le rapport (p. 7) et la notification de griefs relative à diverses saisines dont la saisine n^o F 238 (p. 9), l'enquête demandée à l'administration par le rapporteur dans le cadre de son instruction se présentait comme une enquête «*complémentaire*» ; que les pages 87 à 95 du rapport administratif d'enquête du 11 août 1989 ont été notifiées le 20 novembre 1998 à l'ensemble des parties intéressées et au commissaire du Gouvernement ; que les saisines n^{os} F 181 et F 192 et le rapport d'enquête administrative du 11 août 1989 ne concernant que pour partie les ententes généralisées alléguées, ils n'avaient pas à être versés intégralement au dossier ; qu'il n'est pas contesté que les parties saisissantes et les entreprises mises en cause avaient consulté l'ensemble des dossiers n^{os} F 181 et F 192 à la suite de la notification de griefs établie au cours de leur instruction ;

Considérant, en conséquence, que, malgré l'affirmation des parties saisissantes dans leurs dernières écritures, selon lesquelles elles n'ont *«pas voulu saisir sur les produits blancs»*, des griefs pouvaient être notifiés concernant des marchés de produits blancs ; qu'il n'y a pas lieu d'écarter du dossier les pièces et constatations y afférentes ; qu'au surplus, comme il sera démontré ultérieurement, les griefs notifiés ne sont pas retenus par le Conseil en tant qu'ils concernent les produits blancs ;

En ce qui concerne la date des faits retenus à griefs, l'instruction conjointe et le prétendu «détournement de procédure»

Considérant que les sociétés Samsung Electronics France et Akai France avancent que la compétence du Conseil de la concurrence ne s'exercerait *«qu'à l'égard des pratiques anticoncurrentielles antérieures à l'acte de saisine»* ; que les faits pour lesquels leur ont été notifiés des griefs, sont postérieurs, respectivement, aux 15 février 1991 et 15 mai 1989, alors que la saisine F 238 est datée du 3 avril 1989, que les rapports administratifs d'enquête qui ont mis ces faits en évidence sont datés des 7 avril et 15 mai 1992 et que les saisines n°s F 451 et F 452 des 19 et 20 novembre 1991, pour lesquelles le rapporteur n'a été désigné que le 17 juillet 1992, n'auraient fait l'objet d'aucun acte d'instruction distinct ; que la jonction de ces dernières à la saisine n° F 238 ne pourrait être opérée que sur une enquête administrative régulière, ce qui ne serait pas le cas en l'espèce, et que si les faits visés par chaque saisine portaient sur la même période ou des périodes consécutives ; que, dès lors, cette jonction aurait été faite *«trop opportunément (...) afin de régulariser, de toute évidence, l'instruction de cette dernière, en étendant artificiellement le champ à des faits postérieurs au 3 avril 1989»* et ne serait qu'un *«prétexte»* ; que la société Les 3 Suisses avance le même moyen et ajoute que les documents saisis qui la concernent sont relatifs au premier semestre 1991, postérieurement à la saisine n° F 238 ;

Mais considérant que si le Conseil de la concurrence, qui est saisi *in rem*, ne peut examiner que des faits circonscrits par la saisine, notamment dans le temps (cour d'appel de Paris, 17 juin 1992), les griefs finalement retenus sont des infractions continues ; qu'en effet, les accords de volontés qui se sont noués, à une date indéterminée mais antérieure aux saisines, se sont poursuivis dans les mêmes conditions après elles ; que les éléments de preuve recueillis au cours de l'instruction, qui portent des dates postérieures aux saisines, ne concernent pas des pratiques nouvelles qui auraient été mises en œuvre après elles, mais ces mêmes accords de volontés dénoncés par les saisines, et qui ont perduré ; que, dès lors, il y avait lieu de procéder à la jonction des dossiers n°s F 238, F 451 et F 452, qui concernent des pratiques identiques, mises en œuvre sur les mêmes marchés, par les mêmes entreprises, et de façon continue (cour d'appel de Paris, 1^{er} décembre 1992), afin qu'ils fassent l'objet d'une seule instruction, puis d'une seule et même décision ; qu'au surplus, les documents relatifs au premier semestre 1991 sont antérieurs à la saisine n° F 452, du 21 novembre 1991 ;

En ce qui concerne les enquêtes administratives

Considérant que les sociétés Carrefour France et Euromarché avancent que les rapports administratifs d'enquête des 19 mars et 29 avril 1992 devraient être écartés ; que selon elles, en effet, les services de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes auraient procédé aux mesures d'enquête consignées dans le rapport administratif du 11 août 1989, *«sans avoir reçu d'instruction du Président du Conseil de la concurrence»* alors que la demande d'enquête complémentaire du 20 juillet 1990 aurait été fondée sur celles-ci ; que, par ailleurs, la procédure de l'article 48 ayant été mise en œuvre par le Ministre de l'économie alors que, seul, le Conseil de la concurrence aurait pu *«déclencher une enquête postérieurement à sa saisine»* (arrêt de la Cour de cassation du 10 décembre 1996), elle en serait *«entachée»*, de même que *«les actes subséquents»* ;

Considérant, par ailleurs, que ces deux sociétés ont formé un pourvoi en cassation contre les deux ordonnances du 30 septembre 1991 du Président du tribunal de grande instance de Pontoise autorisant visites et saisies auprès des sociétés Akai France et Samsung Electronics France ; que ces pourvois ont été déclarés irrecevables par les arrêts n^{os} 1312 FS-D et 1313 FS-D du 14 juin 2000 de la Cour de cassation (chambre commerciale, financière et économique) qui ont jugé que les sociétés demanderessees *«pourront discuter l'exécution [des deux ordonnances du 30 septembre 1991 sus-visées] devant les autorités de décision appelées à statuer sur les poursuites éventuellement engagées contre elles sur le fondement des documents ainsi appréhendés»* ; que ces sociétés invoquent le moyen exposé ci-dessus et le fait que *«le Président du Tribunal de grande instance de Pontoise ne pouvait se borner, dans ces deux ordonnances (...) à faire une simple référence aux pièces soumises à son appréciation sans les décrire (arrêts du 12 juillet 1993 : MOULINEX et autres)»* ;

Considérant que les sociétés Auchan et Auchan France estiment que le Conseil de la concurrence *«ne saurait prendre en compte»* les propos des responsables de l'hypermarché Auchan de Bordeaux, rapportés au **215.**, qui *«ne résultent d'aucun procès-verbal figurant au dossier et dont on puisse apprécier la régularité»* ; que, de même, la société Cora estime que *«doit être écartée des débats»* la déclaration de M. Dubois, chef de département du magasin Cora à Creil-Saint-Maximin, rapportées au **282.**, aux motifs qu'elle *«n'a pas été annexée à la notification de griefs dans son intégralité, privant ainsi le Conseil de la possibilité de vérifier que le procès-verbal d'audition (...) porte le visa de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, que l'objet de l'enquête a été clairement porté à la connaissance (...) et qu'il a été fait mention de cet objet dans le procès-verbal»* et, plus généralement, en raison du *«non respect des formalités impératives (...) des articles 31 et 32 du décret n^o 86-1309 du 29 décembre 1986»* ; que, de plus, ce document ne pourrait *«constituer la preuve d'une éventuelle concertation entre les sociétés Cora et Samsung dans la mesure où il est annexé au dossier «Akai» et non au dossier «Samsung»»* ;

Considérant que la société I.T.M. Entreprises soulève également l'irrégularité de trois documents *«dont l'origine n'apparaît pas licite»* ; que la déclaration de MM. Lacoste et Laveudiau du 9 janvier 1991 rapportée au **291.**, ne figurerait pas au dossier ; qu'elle n'aurait pu en prendre connaissance et que *«rien n' [étant] dit de son origine, il n'est (...) pas exclu que ce document doive en réalité être considéré comme annulé par voie de conséquence à l'annulation d'autres ordonnances ayant autorisé des perquisitions, ou de précédents rapports administratifs»* ; qu'il aurait appartenu *«au rapporteur de justifier de l'existence et de la régularité de ce document»* ;

Considérant que la société Thomson Multimedia Marketing France, devenue Thomson Multimedia Sales Europe, estime que le dossier ne contiendrait aucune *«étude de grande envergure (tant au plan géographique qu'au plan de la période couverte par l'étude) menée sur les niveaux de prix pratiqués chez les différents distributeurs de produits des marques Thomson Multimedia Marketing France»* qui viendrait *«étayer les griefs adressés à cette dernière»* ;

Mais considérant que les pratiques visées dans la saisine n° F 238 étaient identiques à certaines de celles visées dans les saisines n°s F 181 et F 192, lesquelles avaient déjà fait l'objet d'investigations sommaires, effectuées à la demande du Président du Conseil de la concurrence, en date du 20 décembre 1988, et selon les orientations définies par le rapporteur, et consignées aux pages 87 à 95 du rapport administratif d'enquête du 11 août 1989 ; que les investigations effectuées dans le cadre de la saisine n° F 238 l'ont été comme suite à la nouvelle demande du 20 juillet 1990 du Président du Conseil de la concurrence selon les orientations définies par le rapporteur ; que les arrêts du 14 juin 2000 de la Cour de cassation distinguent entre la discussion de l'exécution des deux ordonnances du 30 septembre 1991 du Président du Tribunal de grande instance de Pontoise, dont les sociétés Carrefour France et Euromarché ne contestent pas la régularité, et la critique de ces deux ordonnances, pour laquelle le Conseil de la concurrence n'a pas compétence ; que le moyen sera écarté ;

Considérant que les déclarations de responsables des hypermarchés Auchan à Bordeaux et Cora à Creil-Saint-Maximin et de la centrale Intermarché-Logimarché, aux **215.**, **282.** et **291.**, reproduites dans l'ordonnance du Président du Tribunal de grande instance, ont été recueillies par procès-verbaux, qui font foi jusqu'à preuve contraire, et qui y étaient joints, respectivement, en annexes 59, 60 et 61 ;

Considérant qu'une enquête *«de grande envergure»* a bien été menée au cours de l'instruction sur les prix effectivement pratiqués par les distributeurs ; que, comme le mentionne le **652.**, à la suite des demandes d'enquête définies par le rapporteur, une telle enquête a été réalisée par la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ; que c'est sur la base de cette enquête qu'a été demandée, et obtenue, l'autorisation judiciaire ayant permis les opérations de visite et saisies effectuées dans le cadre de l'article 48 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu article L. 450-4 du code de commerce, même si, malgré les demandes du rapporteur, les résultats de cette enquête n'ont pas été versés au dossier du Conseil de la concurrence par l'administration, de sorte qu'une partie seulement d'entre eux, reproduits dans les ordonnances des Présidents de

Tribunaux de grande instance jointes au dossier, ont été utilisés, les autres ne l'ayant été, ni à charge ni à décharge, dans le cadre des griefs retenus ;

En ce qui concerne le caractère contradictoire de l'instruction et de la procédure

Considérant que la société Thomson Multimedia Marketing France, devenue Thomson Multimedia Sales Europe, avance que des griefs lui ont été notifiés plus de dix ans après les saisines, *«pour des faits dont elle ignorait qu'ils eussent donné lieu à une procédure»*, laquelle lui *«est donc demeurée secrète [...] pendant près d'une décennie»*, de sorte que, n'ayant jamais *«été entendue dans le cadre de ce dossier»* et *«qu'aucune visite ou saisie n'ait été effectuée à titre probatoire»* auprès d'elle, elle *«n'a pas été en mesure (jusqu'à cette notification de griefs) de formuler quelque observation [...] et mieux, d'assurer sa défense afin d'éviter précisément la notification d'un grief à son encontre»* ; que n'aurait pas été respecté le *«principe fondamental du contradictoire»* et que le Conseil de la concurrence devrait *«rejeter purement et simplement les griefs»* qui lui ont été notifiés *«pour nullité de la procédure»* et *«décider d'un non-lieu»*, en application de l'article 18 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, de l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 10 mars 1998, de l'article 6 de la convention européenne des droits de l'homme et du code de procédure pénale ;

Mais considérant qu'en application de l'article 20 du décret du 29 décembre 1986, le rapporteur peut, s'il l'estime opportun, procéder à des auditions ; qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires lui imposant, ou aux enquêteurs, de le faire ou d'entendre toutes les parties ou personnes concernées ou, *a fortiori*, de procéder, avec l'autorisation du Président de Tribunal de grande instance compétent, à des visites et saisies, les moyens invoqués sont sans influence sur la régularité de la procédure ; qu'il n'y a donc lieu ni d'écarter les griefs retenus, ni d'annuler l'ensemble de la procédure ni de prononcer un non-lieu, dans une procédure dont il est de jurisprudence constante que la phase contradictoire ne débute qu'à compter de la notification de griefs ;

Considérant que la société Établissements Darty & Fils soutient que les pièces relatives aux prix de vente au détail pratiqués ou annoncés par des distributeurs à l'époque des faits considérés, versées au dossier par les parties saisissantes, pourraient avoir été extraites des dossiers n^{os} F 181 et F 192 ouverts sur saisine des mêmes parties saisissantes et qui ont donné lieu à la décision n^o 92-D-38 du 9 juin 1992 du Conseil de la concurrence, ou qu'elles pourraient avoir été détenues illégitimement ; que, si tel était le cas, ces pièces devraient être écartées du dossier et les dispositions de l'article L. 463-6 du code de commerce, anciennement article 24 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devraient être mises en œuvre ;

Mais considérant que les documents versés au dossier par les parties saisissantes à l'appui de leurs observations en réponse à la notification de griefs sont des documents publics ; que les uns, des prospectus publicitaires, étaient largement distribués dans le public et que les autres, des relevés de prix des sociétés I.F.R. et C.M.I., étaient commercialisés auprès de quiconque en faisait la demande ; qu'il n'y a donc pas lieu de les écarter du dossier ni de mettre en œuvre les dispositions de l'article L. 463-6 du code de commerce ;

En ce qui concerne le secret des affaires

Considérant que la société Établissements Darty & Fils conteste le rejet, dans la décision n° 98-DSA-14 du 2 juillet 1998 susvisée, de sa demande de retrait de pièces et informations du dossier ;

Mais considérant qu'en raison de la finalité même de la protection du secret des affaires assurée par la procédure instituée par l'article L. 463-4 du code de commerce, anciennement article 23 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, cette procédure n'est pas contradictoire (Cour de cassation, 14 janvier 1992) ; que le recours contre la décision n° 98-DSA-14 ne peut intervenir, conformément aux dispositions de l'article 19 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987, qu'avec la décision du Conseil sur le fond (cour d'appel de Paris, 27 mai 1992) ;

En ce qui concerne les principes du procès équitable et de l'impartialité

Considérant que la société Thomson Multimedia Marketing France, devenue Thomson Multimedia Sales Europe, estime que l'instruction aurait été conduite *«dans le total mépris du principe fondamental du procès équitable posé par l'article 6 § 1 de la convention européenne des droits de l'homme»* ; que, selon elle, elle se trouverait *«concernée faute pour le Conseil de la concurrence d'avoir pu attirer les autres fournisseurs d'électronique grand public concurrents»* qui auraient été *«initialement principalement intéressés [...] alors qu'aucune enquête simple ou sous contrôle judiciaire n'a été menée la concernant»* ; que le rapporteur aurait violé le principe d'impartialité, son instruction ayant été fondée sur *«des préjugés ou des partis pris à l'encontre des fournisseurs d'électronique grand public, dont Thomson Multimedia Marketing France»* ; que le rapporteur aurait *«pens[é] dans son for intérieur que Thomson Multimedia Marketing France s'est livrée aux pratiques qui lui sont reprochées»* (arrêts Piersak du 10 octobre 1982 et Hauschildt du 24 mai 1989 de la Cour européenne des droits de l'homme) ;

Mais considérant que l'instruction a été conduite par le rapporteur désigné, en toute indépendance et sous sa seule responsabilité, dans le cadre des dispositions de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenue le livre IV du code de commerce, et de ses décrets d'application, sur l'ensemble des faits dont était saisi le Conseil, à savoir, entre autres, sur *«des ententes généralisées qui affectent le marché des produits audiovisuels»* ; qu'il n'est pas établi qu'il n'aurait pas mené son instruction de manière objective ; qu'il appartient à la société Thomson Multimédia Sales Europe, si elle estime être fondée à le faire, de discuter les arguments du rapporteur ;

En ce qui concerne la durée de la procédure

Considérant que la société Thomson Multimedia Marketing France, devenue Thomson Multimedia Sales Europe, estime que la durée de l'instruction, d'une *«dizaine d'années»*, ne serait pas *«raisonnable»* au sens de l'article 6 § 1 de la Convention européenne des droits de l'homme, rappelé récemment dans l'arrêt du 24 septembre 1997 de la Cour européenne des droits de l'homme ; que les sociétés Carrefour France et Euromarché estiment

«manifestement excessive» la durée de la procédure, que rien ne justifierait ; que les sociétés Samsung Electronics France et Akai France se réservent l'une et l'autre «d'établir que cette violation du principe de la durée raisonnable de la procédure a effectivement porté atteinte à l'exercice des droits de la défense» ; que la société Établissements Darty & Fils formule «les plus expresses réserves» sur cette durée qui l'aurait mise dans une «extrême difficulté (...) pour rechercher des preuves pour des prix pratiqués, il y a sept à neuf ans» ; que la société F.N.A.C. avance également qu'elle n'a pu retrouver les prix de vente au détail de certains produits pratiqués à l'époque des faits «compte tenu de [leur] information tardive de cette procédure» ; que la société Conforama estime que la complexité du dossier ne justifierait pas la durée de la procédure ;

Mais considérant que la durée de la procédure s'explique par le caractère exceptionnellement complexe de l'affaire qui concerne neuf saisines, pour lesquelles l'instruction a dû recueillir un volume très important de données, notamment chiffrées, pour un très grand nombre de références commercialisées par vingt-trois groupes de distribution ; qu'elle résulte, enfin, du fait que l'instruction de ces saisines, dont l'enregistrement s'étale de mars 1989 à mai 1992, a été suspendue dans l'attente des résultats de l'enquête administrative demandée dont le dernier rapport est daté de mai 1993, et des arrêts de la Cour de cassation sur les pourvois formés contre les ordonnances ayant autorisé les visites et les saisies qui sont intervenus en juillet 1993 ;

Considérant, en outre, que certaines entreprises ont, dans leur défense, présenté des prix de vente effectivement pratiqués à l'époque des faits, qu'elles ont donc pu retrouver ; que le dossier lui-même contient des documents qui établissent quels étaient les prix de vente pratiqués pour un certain nombre de produits ; que, dès lors, en l'absence de démonstration établissant que la durée de l'instruction a irrémédiablement compromis l'exercice des droits de la défense, la procédure ne saurait être déclarée irrégulière du seul fait de sa durée ; qu'enfin 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» ;

En ce qui concerne les destinataires de la notification de griefs et du rapport

Considérant que plusieurs des parties intéressées ont contesté le choix des sociétés à qui des griefs ont été notifiés ;

Considérant ainsi que les sociétés Carrefour France et Euromarché font observer que des griefs ont été notifiés à elles-mêmes ainsi qu'à la société Georges Montlaur Holding, alors que seuls les actifs de cette dernière, mise en redressement judiciaire en mars 1991, auraient été cédés par jugement du Tribunal de commerce de Montpellier le 23 mars 1991 à la société Carrefour France ; que celle-ci ne saurait être concernée par les griefs notifiés à la société Georges Montlaur Holding ; que, malgré la fusion absorption du groupe Promodès par le groupe Carrefour, effective au 31 mars 2000, et la mise en

location-gérance de ses fonds de commerce d'hypermarchés à compter du 1^{er} juin 2000, la société Continent Hypermarchés continue d'exister ;

Considérant que la société F.N.A.C. met en avant «*l'indépendance de gestion qui caractérise chaque magasin F.N.A.C.*» et en déduit qu'un grief «*ne pourrait prospérer qu'à l'égard de chaque magasin à l'encontre duquel un comportement incriminé aurait été relevé par le Conseil*» ;

Considérant que la société Groupe Camif «*fait toute réserve sur la régularité de [la] notification*» de griefs qui lui a été faite, alors que ces griefs concerneraient «*sa filiale, la société Camif Catalogues*» ;

Mais considérant, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'ensemble et sur le détail des moyens soulevés, qu'il ressort du titre II du livre IV du code de commerce, anciennement titre III de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, que les sujets du droit de la concurrence ne sont pas les personnes, physiques ou morales, mais les «*entreprises*», les «*groupes d'entreprises*» et les «*organismes*» ; que la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes en matière de responsabilité au sein d'un groupe de sociétés (arrêts des 14 juillet 1972 (*ICI / Commission*) et 12 juillet 1979 (*BMW Belgium e.a. / Commission*)) ainsi que l'arrêt *Hydrotherm* du 12 juillet 1984 de la cour d'appel de Paris ont précisé qu'il fallait entendre par «*entreprise*» «*une unité économique même si elle est constituée de plusieurs personnes, physiques ou morales (...), de sociétés qui ont un intérêt identique*» ;

Considérant que, dès lors, les «*entreprises*» concernées sont, d'une part, les fournisseurs en cause et, d'autre part, les groupes qui assurent la distribution de leurs produits ; qu'en effet, les négociations commerciales avec ces fournisseurs ont été effectuées, pour les groupes de distribution, par l'intermédiaire de leur service ou centrale d'achat et/ou de référencement spécialisé (service ou centrale...), et les concertations en matière de prix de vente au détail constatées, nouées à l'occasion de ces négociations, concernaient l'ensemble des points de vente dépendant de ces groupes de distribution, dont il est établi que certains d'entre eux ont appliqué effectivement les prix de vente au détail convenus ;

Considérant que la société Conforama Holding vient aux droits de la société Conforama SA qui exploitait les magasins de vente au détail du groupe à l'époque des faits ; qu'en effet, cette dernière a été absorbée en 1993 par la holding Grand magasin de la nouvelle France devenue Conforama Holding ; que bien que cette dernière ait fait apport en 1998 de la totalité de son activité à la société Eve, devenue Conforama France, elle continue d'avoir une existence juridique ;

Considérant que, lorsque ces points de vente dépendent directement de la «*tête de réseau*», c'est la responsabilité de celle-ci qui doit être recherchée ;

Considérant que lorsqu'ils concernent de grands groupes de distribution dont dépendent des sociétés juridiquement distinctes mais ayant entre elles des liens capitalistiques et suivant une stratégie commerciale, industrielle et financière unifiée, les griefs retenus doivent être notifiés aux sociétés «*mères*» pour le compte des sociétés qu'elles représentent ; que toutefois, lorsque ces grands groupes ont des activités diversifiées, les griefs doivent

être notifiés aux sociétés (filiales) spécialisées dans le secteur concerné, à savoir la distribution de produits *«blancs»* et *«bruns»*, en tant qu'elles constituent les *«têtes de réseaux»* de l'*«entreprise»* de distribution de ces produits formées par les sociétés du groupe ;

Considérant que lorsque sont concernés des distributeurs indépendants, mais liés entre eux par une enseigne commune et/ou une politique de référencement, d'achat et de vente commune, le fait qu'ils aient renoncé à leur liberté commerciale pour pratiquer des prix de vente au détail uniformes, prix qui avaient été convenus entre les fournisseurs et la *«tête de réseau»*, s'analyse comme une entente de prix dont le Conseil de la concurrence a estimé, dans sa décision *«Gitem»* n° 92-D-38 du 9 juin 1992, confirmée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 3 juin 1993, qu'elle était anti-concurrentielle ; que la présente affaire n'a pas permis d'établir de concertations directes et explicites au sein des groupements de distributeurs indépendants ; que dans leurs relations avec les fournisseurs, dont ils sont les interlocuteurs uniques, ces groupements doivent être considérés comme des *«entreprises»*, au sens du droit de la concurrence, et que les griefs retenus devaient donc être notifiés aux sociétés *«têtes de réseau»* (centrale d'achat ou de référencement, etc.) en tant qu'elles ont servi de support à la concertation avec les fournisseurs, pour le compte des entreprises qu'elles représentent ;

Considérant, ainsi, que c'est à bon droit que les griefs notifiés l'ont été aux sociétés Akai France et Thomson Multimedia Marketing France (devenue Thomson Multimedia Sales Europe), qui ne représentent qu'elles-mêmes en tant qu'entreprise ;

Considérant que c'est encore à bon droit que les griefs notifiés l'ont été aux sociétés Conforama Holding, Connexion, Établissements Darty & Fils et F.N.A.C, en tant qu'ils concernaient, respectivement, les *«entreprises»* Conforama, Connexion, Darty et F.N.A.C ;

Considérant que les griefs notifiés l'ont également été à bon droit aux sociétés Groupe Camif et Camif Catalogues en tant qu'elles représentent l'*«entreprise Camif»*, la première parce qu'elle existait à l'époque de la commission des faits, la seconde parce que, immatriculée au registre du commerce et des sociétés le 14 novembre 1995, elle est un démembrement de la première dont l'actif lui a été partiellement apporté et de laquelle elle assure une partie des missions antérieurement exercées ;

Considérant que les griefs notifiés l'ont été également à bon droit aux sociétés Carrefour France et Euromarché en tant qu'elles représentent l'*«entreprise Carrefour»* et que ces sociétés ont commis les pratiques constatées, qu'elles n'ont pas fait l'objet d'une intégration industrielle et commerciale plus poussée depuis leur union et qu'elles continuent d'exister, indépendamment des modifications intervenues dans la détention de leur capital ;

Sur les marchés concernés

Considérant que les sociétés Auchan, Auchan France et Boulanger estiment que l'instruction n'aurait donné qu' *«une définition particulièrement succincte des marchés concernés»* en se bornant à conclure *«qu'il existe*

autant de marchés que de catégories de produits» ; que «cette carence» priverait toutes «conclusions, sur l'objet ou l'effet de la concertation alléguée, de toute pertinence faute de pouvoir être appréciée par le Conseil» et priverait les sociétés Auchan et Boulanger «de la plus élémentaire des garanties qui consiste à connaître et pouvoir éventuellement contester les éléments pris en compte dans l'appréciation du marché pertinent» ; que la société F.N.A.C. insiste sur le fait que les marchés s'entendent par zones de chalandise : sur chacun d'eux, «autonome», chaque magasin F.N.A.C. «n'est en concurrence qu'avec les autres distributeurs de sa zone de chalandise» ;

Mais considérant que sont concernés en l'espèce tous les produits fournis par les entreprises Akai France, Samsung Electronics France et Thomson Multimédia Marketing France à ceux de leurs distributeurs mis en cause pour être revendus aux consommateurs ; que sont concernés tous les marchés de ces produits blancs et bruns, pour les zones de chalandise sur lesquelles ces distributeurs sont présents ; qu'au demeurant, pour définir l'infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, la définition précise et détaillée des marchés n'est pas nécessaire ;

Sur les pratiques constatées

Considérant qu'il résulte des constatations relatives au I-B-6 ci-avant, et plus particulièrement au I-B-65, en premier lieu, que tous les distributeurs auprès de qui ont été constatés des prix de vente au détail pratiquaient des prix identiques ou très proches, à quelques rares exceptions près, pour chaque référence concernée de chaque marque concernée au cours d'une même période ; en deuxième lieu, que ce prix allait décroissant dans le temps, au rythme de l'obsolescence technique ou commerciale qui frappait le produit concerné, et que chaque diminution de prix, quasi simultanée pour l'ensemble des distributeurs, conduisait ceux-ci à adopter un nouveau prix de vente au détail identique ; en troisième lieu, que sont parfois constatées de faibles disparités du prix de vente au détail d'une même référence d'une même marque d'une région à une autre, ou, plus rarement, dans une même région ; en dernier lieu, que des «*produits solitaires*», c'est-à-dire différents d'autres produits ou n'en différant que par la seule référence qui y était apposée, étaient réservés à certains distributeurs afin de leur permettre d'effectuer des opérations «*promotionnelles*» qui ne pouvaient être concurrencées par d'autres distributeurs, et sur lesquelles les consommateurs ne pouvaient pas effectuer de comparaisons de prix ;

Considérant que de telles observations peuvent, logiquement, être expliquées de trois façons : par une entente horizontale directe sur les prix entre distributeurs, ou encore par une série d'ententes verticales entre chaque fournisseur et chacun de ses distributeurs autour d'un prix de revente déterminé par ce fournisseur ou, enfin, par un parallélisme de comportement qui viendrait d'une réaction identique des distributeurs à la diffusion de «*prix conseillés*» ou de «*martingales*» par le fournisseur, parallélisme de comportement uniquement guidé par la concurrence qui règnerait dans ce secteur et qui ferait converger les prix vers des montants identiques ;

Considérant que le dossier ne comporte aucun élément permettant de penser qu'une entente horizontale directe entre distributeurs aurait existé ;

Considérant que, pour vérifier si les faits constatés, c'est-à-dire la présence observée d'un nombre élevé de prix similaires pratiqués, pour les mêmes produits, par plusieurs distributeurs, résultent d'un parallélisme de comportements seulement guidés par la concurrence ou d'une série d'ententes verticales, il convient de rechercher si les faits recueillis au cours de l'instruction comportent des indices de concertation et d'accord de volonté entre producteurs et distributeurs ; que peuvent constituer de tels indices, d'une part, des éléments permettant de penser que des prix de vente au détail ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre ces fournisseurs et ces distributeurs, d'autre part, le fait que ces prix ainsi déterminés auraient été effectivement pratiqués par ces distributeurs, ce qui traduirait l'existence d'un accord de volonté, et donc d'une entente ; que pourraient constituer également des indices pertinents des éléments montrant qu'un système de contrôle des prix aurait été mis en place, un tel système étant en général nécessaire au fonctionnement durable d'une entente sur les prix ;

En ce qui concerne le grief n° 1 (entente entre la société Akai et certains de ses distributeurs)

Intermarché-Logimarché

Considérant que les constatations relatives aux I-B-29 ci-avant ne permettent pas d'établir l'existence de pratiques anticoncurrentielles à l'encontre du groupe Intermarché-Logimarché ; que les constatations relatives au **291.** et au **292.** établissent le contrôle, par les fournisseurs, des prix de vente au détail, mais nullement l'accord de volonté du groupe Intermarché - Logimarché de pratiquer ces derniers ; qu'il n'est pas établi que les négociations commerciales relatives par la société Akai France au **293.** aient eu lieu avec le groupe Intermarché ; que des concertations anticoncurrentielles entre le groupe Akai France et le groupe Intermarché-Logimarché ne sont donc pas établies ;

Pro & Cie

Considérant que les constatations relatives aux I-B-33 ci-avant ne permettent pas d'établir l'existence de pratiques anticoncurrentielles à l'encontre du groupe Pro & Cie ; que les **331.** et **332.** établissent des négociations commerciales, au cours desquelles ont été évoqués des prix de vente au détail, entre la société Akai France et des adhérents du groupement Pro & Cie, mais nullement l'accord de volonté du groupement lui-même pour pratiquer ces prix ; que des concertations anticoncurrentielles entre le groupe Akai France, d'une part, et le groupe Pro & Cie, d'autre part, ne sont donc pas établies ;

Mobilier Européen, Auchan, But International, Continent Hypermarchés, Casino Guichard Perrachon, Carrefour, Monlaur, Gitem, Camif, La Redoute, Les Trois Suisses, La Maison de Valérie

Considérant qu'il est établi que les sociétés Mobilier Européen (**111.** à **113.**), Auchan (**131.** et **211.** à **217.**), But International (**161.** et **162.**),

Continent Hypermarchés (221. à 229 et 22d.), Casino Guichard Perrachon (231. à 23b.), Carrefour (241. à 24a.), Montlaur (251.), Gitem (321. à 329.), Camif (5219., 521b., 521c., 521e. et 521f.), La Redoute (531. à 535.), Les 3 Suisses (541.) et La Maison de Valérie (552. à 555.) ont, au cours de négociations commerciales avec la société Akaï France, évoqués les prix de vente au détail de produits de référence Akaï ; que ces prix de vente au détail correspondent bien à ceux qui ont été généralement pratiqués au cours des périodes considérées comme indiqué ci-avant (I-B-6 et, plus particulièrement, I-B-65) ; qu'il existe des indices d'une surveillance de ces prix par les agents de la société Akaï (247. et 248.) ; que, toutefois, les relevés de prix, dans les points de vente de chacune de ces entreprises qui figurent au dossier, sont soit inexistantes soit trop peu nombreux pour établir que les prix évoqués lors des négociations commerciales ont été effectivement appliqués ; qu'ainsi, l'accord de volontés sur une entente de prix de vente au détail n'étant pas prouvée, il n'est pas davantage établi que les sociétés Mobilier Européen, Auchan, But International, Continent Hypermarchés, Casino Guichard Perrachon, Carrefour, Montlaur, Gitem, Camif, La Redoute, Les 3 Suisses et La Maison de Valérie aient enfreint conjointement avec le groupe Akaï les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, pour ce qui concerne le grief n° 1 ;

Darty

Considérant qu'il résulte des constatations relatées au I-B-12 ci-avant que, lors de négociations commerciales entre le groupe Darty et la société Akaï France, ont été évoqués des prix de vente aux consommateurs, au moins du 13 juin 1989 (121.) au mois de mai 1991 (12g.), et tant pour la région parisienne que pour la province (121.) ; que ces prix se présentent sous la forme caractéristique x y90F, alors que les prix d'achat consentis par la société Akaï France (prix sur facture ou «SF» : 123. à 126., ou encore «nets nets» : 127.) sont tous mentionnés au centime près : 121. à 127., 12f. et 12g. ; que la marge de distribution ou coefficient multiplicateur, qui est le quotient des premiers par les seconds, est parfois également mentionnée (122.) ; que les prix pratiqués par les établissements Darty ont fait l'objet de contrôles par les agents commerciaux de la Société Akaï (128. à 12e., 12h. et 611.) ;

Considérant que, dans un premier temps, la société Établissements Darty & Fils a indiqué qu'elle n'était concernée par «aucun relevé de prix» à son sujet, fût-ce dans la région parisienne où elle «est pourtant bien présente», si ce n'est dans ceux joints à la notification de griefs complémentaire, mais qui, pour ce qui concerne les points de vente Darty (de Dijon et de la région parisienne), ne visent pas des produits de la marque Akaï ; qu'elle «n'a pas pratiqué les prix relevés par l'administration chez ses concurrents», comme par exemple le magnétoscope Akaï VS 06 SEG (et VS 16 SEG) qui était «prétendument vendu par l'ensemble de la distribution à 3 890 F au mois de décembre 1990» alors qu'elle-même l'a vendu «au cours de ce même mois à 3 690 F et à 3 650 F, ainsi qu'en attestent les bons de commande (pièce n° 17)» ; que les relevés de prix effectué dans ses magasins de Nancy et Villeneuve d'Asq pour des produits Akaï «sont des documents

*internes de Akaï» qui «établiraient non pas l'uniformité des prix de vente mais, bien au contraire, leur forte disparité», comme pour les neuf références Akaï CT 1521 F, CT 2135 F, VSF 10 S, VSF 12 S, VSF 16 SEG, VSF 17 SEG, VSF 30 S, VSF 200 S et VSF 220 SEG, où le nombre des relevés va de 2 à 6, et l'écart entre le prix le plus haut et le prix le plus bas va de 0 F à 940 F ; qu'à propos des constatations des 121. à 127., 12f. et 12g. elle avance, en premier lieu, que certains des prix y figurant auraient été pratiqués avant la réunion correspondante : VS 19 in 122. (3 380 F le 15 juin 1989 et déjà le 14 juin 1989), W 580 in 123. (750 F le 5 juillet 1989 et déjà le 1^{er} juillet 1989) ; en deuxième lieu, que, pour certains produits, il n'existerait dans le dossier aucun relevé de prix établissant qu'ils étaient pratiqués peu après cette réunion, la société Établissements Darty & Fils produisant des bons de commande, attestations et états de caisse qui établiraient que les prix effectivement pratiqués étaient différents : CTF 253 in 121. et 124. (4.790 F le 13 juin 1989 et entre le 7 et le 11 juillet 1989 contre 4 990 F le 10 juillet 1989), CTF 153 in 121. et 124. (2 990 F le 13 juin 1989 et entre le 7 et le 11 juillet 1989 contre 3 030 F le 12 juillet 1989 et 2 900 F le 21 août 1989), VS 19 in 122. (2 990 F et 3 380 F le 15 juin 1989 contre 3 190 F le 2 septembre 1989), VS 425 in 122. (3 790 F le 15 juin 1989 contre 3 690 F les 2 et 9 novembre 1989), W 2000 CD in 127. (1.790 F le 21 août 1990 contre 1 490 F en février-mars 1991), VSF 330 in 12f. (4 290 F le 11 mars 1991 contre 3 990 F le 3 septembre 1991) et VSF 300 in 12g. (3 290 F le 22 mai 1991 contre 2 990 F le 5 décembre 1991) ; en dernier lieu, que certains autres produits n'auraient jamais été commercialisés par la société Établissements Darty & Fils, comme l'attesterait le directeur des produits de la société : W 280 in 123., des CD 25, CD 55, AM 25, AM 55, AM 35 et AT 25 in 125., des LASER 800 et LASER 360 in 126., du LASER 700 in 127., des VSF 11 et VSF 210 in 12f. ; que les relevés de prix joints par les parties saisissantes à leurs observations en réponse à la notification de griefs ne confirmeraient *«absolument pas une identité de prix de DARTY avec ses concurrents»* ; que le chapitre premier du rapport complémentaire n° 1 aurait été établi sur des bases statistiques erronées à divers points de vue, ce qui permettrait d'*«affirmer que l'ensemble de la distribution vend l'ensemble des produits, qu'il s'agisse de lessives, de café ou d'alcool, au même prix»* ; que sur 74 références Akaï et Samsung figurant sur des documents saisis, 10 seulement aurait été offertes à la vente dans des magasins Darty, postérieurement à la date du document saisi, à un prix identique à celui qu'il mentionne (VS 425, VS 470, VS 485, VS 965, VSF 10, VSF 17, VSF 200, VSF 220 et VSF 230 pour Akaï et RET 1200 / RET 200 pour Samsung) et deux auraient été offertes à la vente dans des magasins Darty antérieurement à la date du document saisi à un prix identique à celui qu'il mentionne (Samsung 578/6136 et RET 1200 / RET 200) ;*

Mais considérant que, contrairement à ce qu'a avancé, tout d'abord, la société Établissements Darty & Fils, celle-ci est concernée par des relevés de prix du dossier relatifs à des produits de la société Akaï France : qu'il s'agit des prix cités aux pages 87 à 95 du rapport administratif d'enquête du 11 août 1989 notifiées le 20 novembre 1998, relevés ou recueillis au cours de l'instruction ou versés au dossier par la société Akaï et les parties

saissantes ; qu'au total, 213 prix de vente au détail effectivement pratiqués de références qui avaient fait l'objet de négociations commerciales avec la société Akaï ont été relevés à des dates voisines de ces négociations commerciales ; que, sur ces 213 prix relevés, comme il ressort du **65b**. ci-avant, 71 l'ont été dans des magasins à l'enseigne Darty ; que sur ces 71 prix, trois ont été relevés à une date antérieure à celle de la négociation commerciale correspondante ; que, sur les 68 prix relevés à une date postérieure à celle de la négociation commerciale correspondante, 11 prix étaient supérieurs à ceux qui avaient été évoqués lors des négociations commerciales [de 100 F (2), 200 F (2), 300 F (4), 400 F (2) et 1 100 F (1)], que 19 prix étaient inférieurs [de 40 F (1), 100 F (4), 150 F (1), 200 F (6), 220 F (1) ? 300 F (5) et 500 F (1)] et que 38 prix étaient rigoureusement identiques ; que cette concentration anormale caractérise l'application effective des prix déterminés lors des négociations commerciales ;

Considérant, en conséquence, que les prix de vente au détail déterminés lors des négociations commerciales avec la société Akaï France ont été, le plus souvent, effectivement pratiqués dans les magasins du groupe Darty et contrôlés par la société Akaï ; que cette constatation établit l'accord de volontés des deux parties sur une entente de prix de vente au détail, ce qui constitue une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Groupe FNAC

Considérant qu'il résulte des constatations relatées au I-B-14 ci-avant que, lors de négociations commerciales entre le groupe F.N.A.C. et la société Akaï France, ont également été évoqués des prix de vente aux consommateurs depuis au moins juin 1989 (**141.**) jusqu'au 19 juillet 1991 (**149.**) ; que ces prix se présentent sous la forme caractéristique x y90F et sont parfois désignés comme «*MKT*» (**141.**), alors que les prix d'achat consentis par la société Akaï France (prix sur facture ou «*SF*» : **143.** et **144.**) sont tous mentionnés au centime près (**141.** à **144.** et **147.** à **149.**) ; que la marge de distribution, ou coefficient multiplicateur, est parfois également mentionnée (**141.**, **142.** et **144.**) ; que les prix pratiqués par le groupe FNAC ont fait l'objet d'un contrôle par les agents commerciaux de la société Akaï (**145.** et **146.**) ;

Considérant que la société F.N.A.C. estime, d'une part, que les notes prises par M. Bousquet, responsable de la société Akaï (**142.** à **144.** et **147.**) ont pu être prises «*pour préparer une réunion avec les représentants de la société F.N.A.C.*» et qu'elles ne rapporteraient pas la preuve de rencontres ou de conversations téléphoniques et, d'autre part, que les interlocuteurs de M. Bousquet n'étaient pas des «*dirigeants*» de la F.N.A.C., mais un «*chef de produit son*» (M. Dupreul : **142.**), un «*chef de produit TV/Vidéo*» (M. Michel Spieth : **143.**) et un «*directeur de produit disque*» (M. J. Hocquel : **141.**) ;

Mais considérant que, sur les cahiers concernés saisis, figurent des notes prises à l'occasion de communications téléphoniques, qui constituent bien des conversations commerciales en temps réel ; que tel est le cas de la note citée au **144.**, relatant une communication téléphonique qui a eu lieu entre le

22 mars et le 11 avril 1990, donc postérieurement aux discussions du 22 mars 1990 (143.) ; que les conversations commerciales et cette communication téléphonique portaient sur les mêmes références (magnétoscopes VS 422, VS 462 et VS 485) et concernaient les mêmes prix de vente (respectivement 2 990 F, 3 690 F et 4 290 F) ;

Considérant que la société F.N.A.C. expose, par ailleurs, que sa Direction Produits Techniques décide de référencer un nouveau produit après qu'il a «franchi à l'entrée une barrière de tests (...) particulièrement sélectifs» dans les laboratoires de l'entreprise, puis qu'elle propose à chaque magasin «de distribuer ce produit ainsi qu'un prix indicatif de référencement, lequel est calculé en fonction des performances du produit, son positionnement marché, son rapport qualité/prix et son prix d'achat» ; que le directeur de magasin qui décide de mettre le produit en rayon «adapte par suite le prix de référencement en fonction de la demande de son marché et des prix pratiqués par la concurrence» ; qu'ainsi, les relevés de prix 61., 62. et 64. établiraient «des différences de prix très significatives» entre les magasins F.N.A.C. de Metz, Lille, Lyon et Paris pour quatre références de magnétoscopes, et les rapports de visite de la force de vente de la société Akaï aux 145. et 146. feraient état de «problèmes», ce qui prouverait «la liberté dont jouit chaque magasin de fixer les prix au seuil qu'il veut en fonction du particularisme local (...) et par conséquent l'absence de toute concertation entre les représentants nationaux de la société F.N.A.C. et la direction commerciale de la Société Akaï France» ; que les relevés de prix démontreraient aussi que «des différences très substantielles existent sur les marchés locaux» des régions Est (pour deux téléviseurs), Sud-Est (pour deux chaînes Hi-Fi) et parisienne (pour deux caméscopes) ; que, sur les 48 références Akaï qui figurent sur des documents saisis ou communiqués, 6 ont fait l'objet de relevés de prix dans ses magasins ; que sur ces 6, trois seulement ont été offerts à la vente dans tous les magasins concernés au prix figurant sur les documents saisis ;

Mais considérant qu'au total, 138 prix de vente au détail observés correspondent à ceux qui avaient été évoqués lors de négociations commerciales avec la société Akaï et ont été relevés à des dates voisines de ces mêmes négociations ; que, comme il ressort du 65c., sur ces 138 prix relevés, 40 l'ont été dans des magasins à l'enseigne F.N.A.C. ; que sur ces 40 prix, cinq ont été relevés à une date antérieure à celle de la négociation commerciale correspondante ; que sur les 35 prix relevés à une date postérieure à celle de la négociation commerciale correspondante, 11 étaient inférieurs à ceux qui avaient été convenus lors de ces négociations commerciales [de 200 F (4) et de 500 F (7)], que 5 prix étaient supérieurs [de 200 F (2), 300 F (2) et 500 F (1)] et que 19 prix étaient rigoureusement identiques ; que cette concentration anormale caractérise l'application effective des prix déterminés lors des négociations commerciales ;

Considérant, en conséquence, que les prix de vente au détail déterminés lors de négociations commerciales avec la société Akaï France ont été, le plus souvent, effectivement pratiqués dans les magasins du groupe FNAC et contrôlés par la société Akaï ; que cette constatation établit l'accord de volonté des deux parties sur une entente de prix de vente au détail, ce qui constitue une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Conforama

Considérant qu'il résulte des constatations relatées au I-B-15 ci-avant que, lors de négociations commerciales entre le groupe Conforama et la société Akaï France, ont également été évoqués des prix de vente aux consommateurs, au moins entre juin 1989 (151.) et le 27 mai 1991 (15f.) ; que ces prix se présentent sous la forme caractéristique x y90 F, et sont parfois désignés comme «PV» (157.) alors que les prix d'achat consentis par la société Akaï France (prix sur facture ou «SF» : 151., 154. et 15e., ou «net net» : 154. ou «prix net H.T. sur facture» : 157. ou «net magasin» : 15e.) sont tous mentionnés au centime près (151. à 15a. et 15d. à 15f.) ; que la marge de distribution, ou coefficient multiplicateur, est parfois également mentionnée (157., 159., 15a. et 15d.) ; que l'application des prix a fait l'objet de visites opérées par la société Akaï (15c. et 611.) ;

Considérant que, dans un premier temps, la société Conforama a fait observer que les relevés de prix cités aux paragraphes 612. à 614., 625., 629., 629. 641. et 642., qui concernent les quatre régions de Nancy-Metz, Lille, Lyon et Paris et la dernière semaine de septembre 1991, ne pourraient être mis en relation avec les pièces saisies la concernant «*ni du point de vue des dates, ni du point de vue des produits concernés*» ; que dans la région Metz-Nancy, sur les 31 références Akaï qui y figurent, 15 ne comportent le prix que d'un seul distributeur et 4 seulement sont vendues au même prix par tous les distributeurs ; que dans la région Nord, sur les 31 références Akaï qui y figurent, 18 ne comportent le prix que d'un seul distributeur et 6 seulement sont vendues au même prix par tous les distributeurs ; que dans la région lyonnaise, sur les 39 références Akaï qui y figurent, 20 ne comportent le prix que d'un seul distributeur et 7 seulement sont vendues au même prix par tous les distributeurs ; que, dans la région parisienne, sur les 60 références Akaï qui y figurent, 27 ne comportent le prix que d'un seul distributeur et 10 seulement sont vendues au même prix par tous les distributeurs ; qu'il y aurait «*très souvent (...) presque autant de prix différents que de distributeurs (...) que les prix sont bien plus souvent différents qu'identiques*» ; que, par ailleurs, les magasins à l enseigne Conforama, qu'ils soient «*succursales ou franchisés sont libres de pratiquer des prix inférieurs à ceux qui figurent dans les dépliants publicitaires*», la centrale Conforama n'étant «*qu'une centrale de référencement, les magasins restant libres de fixer aussi bien l'étendue de la gamme qu'ils vendent que de négocier des conditions supplémentaires avec les fournisseurs*», de sorte que les quatre magasins Conforama où ont été relevés des prix par la société Akaï (sur les «*150 environ qui existent sur le territoire français*» dont «*une quinzaine (...) en région parisienne, une quinzaine dans la région Nord, une quinzaine dans la région Est et une dizaine dans la région Rhône-Alpes*») ne pratiquaient des prix identiques que pour le modèle CT 1521 F, mais des prix différents pour le modèle CT 2135 F (3 590 F à Lille, 3 790 F à Lyon et 3 750 F à Paris), le modèle VSF 11 S (2 990 F à Lille et à Paris, mais 2 790 F à Lyon), le modèle VSF 12 (3 290 F à Lyon, mais 2 990 F à Paris et à Lille), le modèle VSF 16 (3 290 F à Lyon et 3 190 F à Paris) et le modèle VSF 30 (3 190 F à Lille, 3 490 F à Lyon et 3 350 F à Paris) ; qu'en réponse aux rapports complémentaires, la société Conforama a exposé que, sur 18 références où les prix figurant sur les documents saisis et les prix relevés sont comparés, 9 seulement sont identiques, les autres étant

toujours différents (Chaîne Laser 735, Chaîne Laser 835, VSF 17 et VSF 303) ou parfois différents (VS 30, VS 465, VSF 12, VSF 15 et VSF 30) ;

Mais considérant qu'au total, 443 prix relevés concernent des références qui avaient fait l'objet de négociations commerciales avec la société Akaï, à des dates voisines de ces négociations commerciales ; que, sur ces 443 prix relevés, comme il ressort du **65d.** ci-avant, 167 l'ont été dans des magasins à l'enseigne Conforama ; que sur ces 167 prix, quatre ont été relevés à une date antérieure à celle de la négociation commerciale correspondante et deux correspondent en fait à un seul prix pratiqué («*doublon*») ; que sur les 163 prix relevés à une date postérieure à celle de la négociation commerciale correspondante, 44 étaient inférieurs à ceux qui avaient été convenus lors des négociations commerciales [de 50 F (1), 90 F (1), 100 F (7), 110 F (12), 200 F (3), 300 F (15), 400 F (2), 440 F (1) 500 F (1) et 700 F (1)], que 16 prix étaient supérieurs [de 100 F (5), compris entre 100 et 200 F (8), 300 F (2), et 790 F (1)] et que 103 prix étaient rigoureusement identiques ; que cette concentration anormale caractérise l'application effective des prix déterminés lors de ces négociations commerciales ;

Considérant, en conséquence, que les prix de vente au détail déterminés lors de négociations commerciales avec la société Akaï France ont été, le plus souvent, effectivement pratiqués dans les magasins du groupe Conforama et surveillés par la société Akaï ; que cette constatation établit l'accord de volontés des deux parties sur une entente de prix de vente au détail, ce qui constitue une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

524

Euromarché

Considérant qu'il résulte des constatations relatées au I-B-26 ci-avant que, lors de négociations commerciales entre le groupe Euromarché et la société Akaï France, ont également été évoqués des prix de vente aux consommateurs, au moins du 7 juillet 1989 (**261.**) au 3 avril 1991 (**267.**) ; que ces prix se présentent sous la forme caractéristique x y90F alors que les prix d'achat consentis par la société Akaï France (prix sur facture ou «*SF*» : **261.**, ou «*net SF*» : **262.**) sont tous mentionnés au centime près : **261.** à **263.** et **267.** ;

Considérant que les sociétés Carrefour France et Euromarché avancent que la société Akaï pouvait licitement faire effectuer des relevés de prix dans les magasins de vente au détail ; que personne ne serait par la suite «*intervenue après des magasins Carrefour France et Euromarché dans le but de faire modifier les prix publics pratiqués*» ; que d'ailleurs, les prix pratiqués par le magasin Euromarché de Nancy seraient «*différents de ceux pratiqués par les concurrents*», comme la référence VSF 16 SEG (3 890 F, contre 3 490 F dans le magasin Mammoth «*situé dans la même zone de chalandise*») ; qu'il en irait de même de ceux pratiqués par le magasin Carrefour de Vénissieux ou celui d'Aulnay (référence VS 96 59B à 3 890 F contre 4 490 F dans le magasin Auchan «*situé dans la même zone*») ; qu'enfin, «*le prétendu alignement national*» des prix de vente au détail ne concernerait «*en fait [qu'] une minorité de marques et de références*» et que «*la faible quantité de relevés*

de prix réellement effectués» ne permettrait pas «de conclure (...) à l'existence d'un alignement généralisé» ; que sur 69 références Akaï figurant sur des documents saisis concernant Carrefour, 9 seulement ont fait l'objet de relevés ; que sur 31 références Akaï figurant sur des documents saisis concernant Euromarché, 9 seulement ont fait l'objet de relevés ; que, pour la référence VSF 10, sur les 103 prix relevés, 36 l'ont été dans des magasins Carrefour, dont un seul de juillet 1990 à janvier 1991, et 2 de février à avril 1991, étaient égaux aux prix figurant sur un document saisi ; que, pour la référence VSF 17, sur les 21 prix relevés, 9 l'ont été dans des magasins Carrefour le 1^{er} février 1991, dont aucun égal aux prix figurant sur un document saisi ;

Mais considérant qu'au total 136 prix ont été relevés correspondant à des références qui avaient fait l'objet de négociations commerciales avec la société Akaï, à des dates voisines de ces négociations commerciales ; que, sur ces 136 prix relevés, comme il ressort du **65e**. ci-avant, 35 l'ont été dans des magasins à l'enseigne Euromarché ; que sur ces 35 prix, six ont été relevés à une date qui peut être antérieure à celle de la négociation commerciale correspondante dont la date exacte n'est pas connue ; que sur les 29 prix relevés à une date certainement postérieure à celle de la négociation commerciale correspondante, l'un était inférieur de 300 F à celui qui avait été convenu lors de la négociation commerciale, que cinq étaient supérieurs de 200 F et que 23 prix étaient rigoureusement identiques ; que cette concentration anormale caractérise l'application effective des prix déterminés lors de ces négociations commerciales ;

Considérant, en conséquence, que les prix de vente au détail déterminés lors de négociations commerciales avec la société Akaï France ont été, le plus souvent, effectivement pratiqués dans les magasins du groupe Conforama ; que cette constatation établit l'accord de volontés des deux parties sur une entente de prix de vente au détail, ce qui constitue une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Groupe Connexion

Considérant qu'il résulte des constatations relatées au I-B-31 ci-avant que, lors de négociations commerciales entre le groupe Connexion et la société Akaï France, ont été évoqués des prix de vente aux consommateurs au moins du 15 mai 1989 (**311.**) à juin 1990 (**313.**) ; que ces prix se présentent sous la forme caractéristique x y90F alors que les prix d'achat consentis par la société Akaï France (prix sur facture ou «SF» : **311.** et **313.**) sont tous mentionnés au centime près (**311.** à **313.**) ; que la marge de distribution ou coefficient multiplicateur est également mentionnée (**311.** à **313.**) ; que l'application des prix a fait l'objet de visites opérées par la société Akaï (**611.**) ;

Considérant qu'au total 87 prix de vente ont été relevés concernant des références qui avaient fait l'objet de négociations commerciales avec la société Akaï, à des dates voisines de ces négociations commerciales ; que, comme il ressort du **65f**. ci-avant, sur ces 87 prix relevés, 21 l'ont été dans des magasins à l'enseigne Connexion ; que sur ces 21 prix, relevés à une date postérieure à celle de la négociation commerciale correspondante,

4 étaient inférieurs à ceux qui avaient été convenus lors des négociations commerciales [de 100 F (1), 140 F (2) et 340 F (1)], que sept prix étaient supérieurs [de 60 F (2), 100 F (2) et 500 F (3)] et que 10 prix étaient rigoureusement identiques ; que cette concentration anormale caractérise l'application effective des prix déterminés lors de ces négociations commerciales ;

Considérant, en conséquence, que les prix de vente au détail qui ont été déterminés lors de négociations commerciales avec la société Akaï France ont été, le plus souvent, effectivement pratiqués dans les magasins du groupe Connexion et surveillés par la société Akaï ; que cette constatation établit l'accord de volontés des deux parties sur une entente de prix de vente au détail, ce qui constitue une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Akaï

Considérant que la société Akaï a produit des relevés de prix de vente au détail de la société IFR de différents magnétoscopes, téléviseurs et chaînes HiFi de sa marque, qui démontreraient, selon elle, en premier lieu que *«les prix publics n'étaient pas des prix «négociés» ou imposés»* puisque deux magnétoscopes (VSF 10 et VSF 12), deux téléviseurs (CT 1521 et CT 2569) et une chaîne HiFi (Laser 400) étaient parfois proposés à la vente à des prix inférieurs *«au prix soi-disant imposé»*, respectivement de 2 890 F, 3 590 F, 2 790 F, 5 490 F et 3 990 F ; en deuxième lieu que *«les prix n'étaient ni uniformes ni identiques»* puisque à Bordeaux, le magnétoscope VSF 10 était vendu en novembre-décembre 1990 par neuf magasins à des prix allant de 2 890 F (Casino et Mobis) à 3 290 F (Carrefour) en passant par 3 210 F (Conforama, Connexion et Fnac), et qu'à Toulouse, le magnétoscope VSF 12 était vendu en mars 1991 par cinq magasins à des prix allant de 2 990 F (Carrefour, Conforama et Connexion) à 3 490 F (Euromarché) en passant par 3 290 F (Casino) ; en dernier lieu que, dès lors, ce serait *«encore à tort que la notification de griefs évoque des prix surveillés»* ; qu'elle estime, en conclusion, qu'il est démontré *«1) que les consommateurs avaient toute latitude pour exercer leur choix et 2) que Akaï et ses distributeurs ne se sont pas concertés»* ;

Mais considérant que, comme indiqué ci-avant, il est établi que la société Akaï s'est concertée avec les groupes Darty, F.N.A.C., Conforama, Euromarché et Connexion ; que, de façon plus générale, la circonstance que des produits qui ont fait l'objet de négociations commerciales entre fournisseurs et distributeurs n'ont finalement pas été offerts à la vente par ces derniers, ne contredit pas l'accord de volonté sur les prix de vente au détail uniformes intervenu lors de ces négociations commerciales ; qu'il en va de même de la circonstance où des prix qui figurent sur des documents saisis ou communiqués avaient déjà été pratiqués antérieurement ; qu'il en va enfin de même de la circonstance où ces prix qui figurent sur les documents saisis ou communiqués étaient différents de ceux, uniformes, pratiqués par des enseignes concurrentes ; que ce prix de vente au détail peut correspondre, pour les produits déjà commercialisés aux prix déjà pratiqués,

qui se reflètent donc dans les documents saisis ou communiqués ; que si, au moment de la mise en vente des produits concernés, après le laps de temps qui recouvre la prise de commande effective, la livraison et la mise en place en rayon, ces prix ont été revus à la baisse ou, plus rarement, à la hausse en fonction de l'évolution technologique, et de l'obsolescence qui l'accompagne, ou de toute autre raison, ces prix seront différents de ceux convenus lors de la négociation commerciale, et donc antérieurement pratiqués ; qu'il en va de même si un distributeur renonce finalement à proposer à la vente un ou plusieurs des produits qui avaient fait l'objet de la négociation, sans que la volonté initiale de pratiquer des prix communs ne disparaisse pour autant ;

Considérant que la circonstance que l'uniformité des prix de vente au détail des produits concernés qui a été constatée n'est pas absolue et que, dans certains cas, un ou quelques distributeurs aient pratiqué des prix différents de ceux de leurs concurrents, laisse penser que les prix de vente au détail en cause n'ont pas été «imposés» par le fournisseur à ses distributeurs ; mais qu'il est, au contraire, établi que ces prix étaient concertés entre l'un et les autres, d'un commun accord de volontés, le fournisseur s'assurant seulement, par l'intermédiaire notamment de sa force de vente, du respect de cet accord, dans son intérêt mais aussi dans celui de ceux de ses distributeurs qui respectaient l'accord ; que l'uniformité des prix pratiqués ne peut s'expliquer par un prétendu alignement, en raison des nombreux documents qui établissent que les prix de vente au détail étaient convenus dès le stade des négociations commerciales entre le fournisseur et ses distributeurs, mais également en raison du cas des produits nouvellement commercialisés pour lesquels l'alignement ne peut s'expliquer par la connaissance mutuelle des prix pratiqués par les distributeurs puisque ces prix n'étaient pas encore observables sur le marché ; que, dès lors, les exemples ponctuels de prix différents pratiqués pour un même produit invoqués par les parties intéressées ne constituent que des exceptions ;

Considérant, en effet, que la société Akai France a chargé sa force de vente, à l'occasion de ses déplacements, de relever les prix effectivement pratiqués par les magasins Boulanger de Portet le 5 octobre 1990 (132.), Darty de Toulouse le 9 novembre 1990 (128.), FNAC de Bordeaux le 4 décembre 1990 (146.), Carrefour de Portet le 7 décembre 1990 (247.), Darty de Creil du 11 au 15 février 1991 (12d.), Carrefour de Bordeaux du 18 au 22 février 1991 (248.) et Darty de Fingueure et Beauvais en août 1991 (12h.) ; que la mission de cette force de vente consistait également à recueillir et/ou à régler les éventuels problèmes dans certaines zones de chalandise quant à l'application des prix de vente au détail, par des revendeurs qui pratiquaient des prix inférieurs à ceux-ci : magasins Darty de Toulouse les 22 novembre et 7 décembre 1990 et le 10 janvier 1991 (129., 12b. et 12c.) ; Boulanger de Portet le 7 décembre 1990 (133.), Conforama de Portet le 7 décembre 1990 (15c.), Seeb de Graulhet le 2 janvier 1991 (41.), Darty du Mans du 25 février au 1^{er} mars 1991 (12e.), 21 magasins du sud-est de la France du 25 février au 1^{er} mars 1991 (622.) ; que cette mission consistait également, enfin, à s'assurer que ces prix de vente au détail étaient effectivement pratiqués : magasins FNAC de Bordeaux le 30 novembre 1990 (145.), Darty de Bordeaux le 4 décembre

1990 (12a.), ADG de Bordeaux le 4 décembre 1990 (42.), Boulanger de Portet le 9 janvier 1991 (134.), Logimarché de Soissons en fin janvier 1991 (292.), 25 magasins dans le sud-est de la France du 28 janvier au 1^{er} février 1991 (621.), 23 autres magasins de cette même région du 25 février au 1^{er} mars 1991 (623.), 24 autres magasins de cette même région du 11 au 15 mars 1991 (624.), 19 autres magasins de cette même région du 25 au 29 mars 1991 (626.), 18 autres magasins de cette même région du 27 au 31 mai 1991 (627.), 21 autres magasins de cette même région du 5 au 9 août 1991 (628.), 12 magasins du sud-ouest de la France du 13 au 17 mai 1991 (631.) et 14 magasins dans le nord-est de la France en septembre 1991 (611.) ;

Considérant que les sociétés Auchan et Auchan France ont fait observer que les propos des responsables de l'hypermarché Auchan de Bordeaux, rapportés au 215., *«ne révéleraient que des faits d'une extrême banalité, tant en ce qui concerne la pratique des prix conseillés (qui n'est pas propre au marché considéré) qu'en ce qui concerne la prise de renseignements par un fournisseur sur les prix pratiqués pour ses produits et ceux de la concurrence»* ; que les sociétés La Redoute, La Maison de Valérie et Conforama estiment qu'il n'y aurait rien *«d'anormal»* à ce que la société Akaï dresse la liste de toutes les références Akaï offertes à la vente dans les catalogues des véricistes et que la société Akaï n'aurait pu constater que ces références étaient offertes à la vente à un prix identique, puisque *«les références figurant sur le document cité [512.] ne correspondent pas aux références figurant dans la liste des prix établis par Akaï à partir des catalogues des différentes sociétés de vente par correspondance» [511.]* ; que la société Conforama estime que *«la seule référence»*, dans des rapports hebdomadaires d'un représentant de la société Akaï, de *«problème prix»* et *«prix OK»* ne dénoterait pas *«la moindre concertation»*, mais *«démontrerait tout au plus que les prix pratiqués par les distributeurs ne sont pas tous les mêmes, ainsi que cela est d'ailleurs également illustré amplement par le tableau produit aux pages 124 et suivantes de la notification de griefs»* ; que la société Continent Hypermarchés confirme les déclarations d'un chef de rayon de l'hypermarché Continent de Chambourcy (22d.) selon laquelle *«les fournisseurs (...) communiquent souvent des relevés de prix concurrence»* et *«nous rencontrons les représentants des fournisseurs environ une fois par mois»*, mais y voit la preuve d'*«une grande concurrence sur ce secteur d'activité»* et de ce que *«s'il y avait véritablement entente sur les prix»*, les fournisseurs n'auraient *«pas besoin d'être aussi vigilants en visitant les points de vente une fois par mois»* ;

Mais considérant que si rien au dossier ne permet d'établir que les distributeurs auraient pris une part active à la surveillance générale des prix convenus avec un fournisseur, il est établi que ce dernier a pratiqué cette surveillance ; que si les rapports hebdomadaires de la force de vente de la société Akaï ne peuvent prouver à eux seuls la concertation de la société avec ses distributeurs, ils n'en constituent pas moins des indices qui s'ajoutent à ceux qui ont permis d'établir que les prix de vente au détail ont été concertés entre les distributeurs et leur fournisseur ; qu'en effet, la stabilité d'une entente anticoncurrentielle sur les prix dépend de l'existence d'un système de surveillance qui garantit à chacun des acteurs que ses concurrents

respecteront la «*règle*» définie en commun ; qu'ainsi, le fait qu'un représentant de la société Akaï note dans des rapports hebdomadaires que les prix des produits de la marque qu'il représente sont offerts à la vente à des prix qui sont «OK» ou «OK IFR»(132. : «*Boulangers*») ou «à revoir» (134. : «*Boulangers*») ou qui posent «*problème*» (133. : «*Boulangers*» et 15c. : «*Conforama*») établit, d'une part, qu'il existe une «*norme*» en matière de prix de vente au détail, qui est celle convenue entre le fournisseur et ses distributeurs et, d'autre part, qu'il existe une politique de «*contrôle des prix*» de la part du fournisseur, visant à s'assurer que ladite «*norme*» est respectée par tous ; que c'est pour s'assurer que cette «*norme*» est respectée que, par exemple, la société Akaï annotait les relevés de prix des produits de sa marque, surlignant ceux qui s'éloignent de cette «*norme*» comme sur le document 641. ;

Considérant, de même, que le document 511., s'il n'a rien «*d'anormal*», établit l'identité des prix de produits de marque Akaï vendus par les quatre entreprises de VPC dans leur catalogue Printemps-Été 1991, même si les quatre distributeurs n'offraient pas tous à la vente les mêmes références Akaï ; que les prix qui figurent sur ce document 511. ne peuvent pas être identiques à ceux portés sur le document 512., document qui concerne d'autres références ;

Considérant, enfin, que si les propos des responsables de l'hypermarché Auchan de Bordeaux rapportés au 215. ne révèlent «*que des faits d'une extrême banalité*», il n'en résulte pas que les pratiques en cause soient légales ;

Considérant que la direction commerciale de la société Akaï France réalise elle-même des études sur l'évolution des prix de vente au détail pratiqués par certains de ses distributeurs, comme par exemple Conforama (15a.), qui ne peuvent avoir été réalisées qu'à partir des relevés de prix de sa force de vente, des relevés C.M.I. ou I.F.R. ou des indications fournies par ses distributeurs eux-mêmes ou, s'agissant de ceux qui pratiquent la vente par correspondance, en examinant leurs catalogues ; que, par exemple, elle a dressé la liste de toutes les références Akaï des catalogues des entreprises La Redoute, Les 3 Suisses, la Camif et La Maison de Valérie pour la saison Printemps-Été 1991, et les prix pratiqués par ces dernières (511.), constatant ainsi que les références offertes à la vente dans les catalogues de plusieurs entreprises le sont bien à un prix identique (512.) ;

Considérant que, pour ses autres distributeurs, la société Akaï France réalise des études plus générales, comme le montre la liste des prix pratiqués par les distributeurs des villes de Nancy et Metz et des agglomérations lilloise, lyonnaise et parisienne pour la période 25 septembre / 1^{er} octobre 1991 (612., 629. 641.), où elle a surligné tous les cas où le prix de vente était inférieur au prix convenu lors des négociations commerciales, et où elle n'a surligné que ces cas, qui sont rares, en ajoutant le prix convenu qui n'avait ainsi pas été respecté ; que deux listes semblables, qui ne concernent que les magnétoscopes Akaï vendus dans les agglomérations lilloise et parisienne du 16 au 22 avril 1991, ne comportent pas de ligne surlignée (613. et 642.) ; qu'une note comparant les prix pratiqués par trois distributeurs de Lille pour un modèle de magnétoscope constate «*rien de ≠*» (rien de différent :

614.) ; qu'une autre note compare les prix pratiqués par quatre distributeurs de Toulon, Nice et Marseille pour le même modèle de magnétoscope VSF 10 (625.) ;

Considérant que, dans certains cas, des produits portant une référence nouvelle sont des produits anciens dont la référence a été changée pour les besoins d'une campagne promotionnelle d'un revendeur ; qu'il en est ainsi des magnétoscopes *Akaï* VS F 410 et VSF 203 qui, en mai 1991, n'étaient respectivement qu'un «pseudo pour 403» (12g.) et un «210 de rire» (15f.) pour les besoins de promotions du groupe Darty et de la société Conforama ; qu'un chef de rayon à l'hypermarché Continent de Chambourcy a déclaré : «Les marques japonaises changent leurs références de manière très fréquente, pour des produits identiques, ce qui leur permet de modifier aussi fréquemment leurs prix» ; que les prix de vente au détail de produits réellement nouveaux font l'objet de concertation entre le fabricant ou importateur et les revendeurs avant même que ces produits ne soient lancés sur le marché ;

Considérant, à l'inverse, que les représentants du groupe Camif ont déclaré (521m.) que «pour le lancement de produits non encore mis sur le marché, nos fournisseurs de produits blancs et bruns nous communiquent des prix de vente au détail conseillés, qu'ils souhaitent voir pratiqués dans tous les circuits de distribution (...) la Camif prend connaissance de ces prix de vente au détail conseillés, mais (...) détermine elle-même ses propres prix de vente en fonction des prix de vente au détail des produits similaires des fournisseurs concurrents, de la valeur d'usage réelle de la fonction technique ainsi introduite sur le marché, etc. (...) L'identité des prix de vente au détail des produits nouveaux s'explique, selon nous, par la diffusion des prix conseillés au cours des premières semaines de leur lancement ainsi que par le fait que les prix d'achat de chaque revendeur doit être à peu près égal ainsi que leurs charges» ; qu'un chef de département du magasin Cora de Creil-Saint-Maximin a déclaré : «En ce qui concerne les similitudes de prix sur les catalogues, elles s'expliquent par le fait que les prix sont établis en collaboration avec les fournisseurs, notamment pour les produits nouveaux (exemple *Akaï*).» (282.) ; que le brouillon manuscrit des tarifs des nouveaux produits de la société *Akaï* France (651.) montre que c'est bien à partir des prix de vente au détail posés *a priori*, divisés par les coefficients multiplicateurs par types d'appareils et gammes de prix eux aussi fixés, qu'on obtient les prix de cession hors taxes ; qu'en effet si l'on divise les prix de détail de forme caractéristique x y90 F par les taux de marges affichés à des valeurs «rondes», à deux exceptions près, sur 28 référence et 30 prix, s'étageant de 5 % en 5 % pour les marges allant de 55 % à 70 % puis de 10 % en 10 % pour les marges allant de 70 à 90 %, on obtient exactement, au centime près, les prix de cession du producteur au distributeur ; que les deux exception (VS19 et VS20) concernent une baisse de prix au détail qui, à une date comprise entre le 28 juin et le 4 juillet, était déjà programmée par le producteur pour le 1^{er} septembre, ces baisses écartant le taux de marge de sa valeur «ronde» ; que deux modifications de marges des distributeurs étaient prévues, toujours par le producteur, pour le 1^{er} octobre ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les prix de vente au détail qui ont été déterminés lors de négociations commerciales entre la société Akai France et cinq de ses distributeurs ont été, le plus souvent, effectivement pratiqués dans les magasins de ces derniers ; qu'est ainsi établi l'accord de volontés sur une entente de prix de vente au détail, ce qui constitue une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Groupe Leclerc

Considérant que le groupement SC Galec a fait observer que le grief notifié au groupe Leclerc visait des pratiques mises en œuvre avec la société Akai France alors que les éléments du dossier ne permettaient pas de faire la preuve de telles pratiques ; que la notification de griefs (page 182, au 3^{ème} §) visait, à la suite d'une erreur matérielle, «le groupe Leclerc et la société Akai France», alors qu'il fallait lire «le groupe Leclerc et la société Samsung Electronics France», et faisait figurer, à sa page 214, le groupe Leclerc au grief n° 2, et non pas au grief n° 1 et, à sa page 215 (ligne n° 15), «Grief n° 2» et non pas «Grief n° 1» ; qu'en raison de cette erreur matérielle a été notifié au groupe Leclerc le grief n° 1 (concertation sur les prix de vente au détail avec Akai) alors qu'aurait du lui être notifié le grief n° 2 (concertation sur les prix de vente au détail avec Samsung Electronics France) ; que le rapporteur a suspendu son instruction quant au grief formulé à l'encontre du groupe Galec (page 93 du rapport) ; que le grief n° 1 ne saurait être retenu à l'encontre du groupe Leclerc, et qu'à supposer même que le grief n° 2 ait été régulièrement notifié, de sorte que soient respectés les droits de la défense et le plein exercice du contradictoire, les éléments qui figurent au dossier ne permettraient pas d'établir que les prix évoqués lors de négociations commerciales ont été effectivement appliqués ; qu'ainsi, sans qu'il soit besoin de surseoir à statuer afin qu'il soit procédé à un complément d'instruction, et notamment à l'établissement d'une notification de griefs complémentaire rectifiant cette erreur matérielle, il convient de dire qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure à l'encontre du groupe Leclerc ;

En ce qui concerne le grief n° 2 (entente entre Samsung et certains de ses distributeurs)

Considérant que, au contraire de ce qu'ont prétendu les représentants de la société Samsung Electronics France (71. et 74.), il est établi que les sociétés Mobilier Européen (114. et 115.), Auchan (135.), Darty (12i.), Conforama (15b., 15g., et 15i.), But International (163. à 16a.), Continent Hypermarchés (226., 227. et 22a. à 22c.), Casino Guichard Perrachon (234. et 236.), Cora (281. et 282.), Euromarché (264. à 266 et 268. à 26a.), Connexion (314. et 315.), Sesame (43.) et La Maison de Valérie (551.) sont convenues des prix de vente au détail des produits de référence Samsung avec la société Samsung Electronics France, au cours des négociations commerciales intervenues pour la période qui concerne chacune d'entre elles ; que, toutefois, les relevés de prix dans les points de vente de chacune de ces entreprises, qui figurent au dossier, sont soit inexistantes soit trop peu nombreux pour établir que ces prix, ainsi déterminés, ont été effectivement appliqués ; qu'ainsi, l'accord de volontés sur une

entente de prix de vente au détail n'étant pas établie, il n'est pas davantage établi que les sociétés Samsung Electronics France, Mobilier Européen, Auchan, Darty, Conforama, But International, Continent Hypermarchés, Casino Guichard Perrachon, Cora, Euromarché, Connexion, Sesame et La Maison de Valérie aient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, pour ce qui concerne le grief n° 2 ;

En ce qui concerne le grief n° 3 (entente entre groupe Thomson et Camif)

Considérant qu'il résulte des constatations relatées au I-B-51 ci-avant que, nonobstant la clause figurant à l'article 2.4 ou 2.5 des conditions générales de vente de l'entreprise et des *«accords de commercialisation»* ou *«accords de coopération commerciale»* qu'elle a conclus avec ses distributeurs (10.), la société Cofradel - Brandt Électronique (puis la société Thomson Consumer Electronics Marketing France), au cours de ses négociations commerciales avec le groupe Camif, s'est concertée avec ce dernier sur les prix de vente aux consommateurs au moins du 18 août 1989 (5211.) au 7 février 1994 (521l.) ; que ces prix se présentent sous la forme caractéristique x y90F, et sont parfois désignés comme *«prix public généralement constaté»* (5211. à 5215., 5217., 5218., 521h. et 521l.) ou *«P.V.G.C.»* (521d.) ou *«prix de vente constatés»* (521g.) ou *«prix marché»* (5216.) ou *«P.P.I.»* (521i.) ou encore *«prix de vente généralement constaté et conseillé»* (521a.) ou enfin *«Prix vente conseillé»* (521i.) ; que les prix de cession (*«prix sur facture»*) consentis par la société Cofradel - Brandt Électronique (puis la société Thomson Consumer Electronics Marketing France) sont tous mentionnés au franc ou au centime près : 5211. à 5218., 521a., 521d. et 521g. à 521l. ; que le coefficient multiplicateur, qui est le quotient des premiers par les seconds, est parfois également mentionnée (521j et 521k.) ; que les prix de vente au détail mentionnés sur ces documents ne peuvent être des *«prix publics généralement constatés»* puisque, d'une part, certains de ces documents désignent ces prix comme des *«prix de vente généralement constatés et conseillés»* ou même comme des *«Prix vente conseillé»* et que, d'autre part, ces prix de vente au détail figurent sur des documents largement antérieurs à la publication des catalogues de la Camif correspondants, y compris pour des produits non encore lancés sur le marché (5218., 521d., 521j., 521k. et 521l.) ; que le montant des *«PVGC»* a été dans certains cas rajouté par un cadre de la Camif, qui l'a fait suivre du coefficient multiplicateur résultant (521j. et 521k.) ou de la mention *«OK»* ou *«Vu»* (521i.) ou qui a suggéré que ces *«PGVC»* indiqués par la société Thomson Consumer Electronics Marketing France soient modifiés, à la hausse (521l.) ;

Considérant que la société Thomson Consumers Electronics Marketing France, devenue Thomson Multimedia Sales Europe, souligne que la part de marché de la vente par correspondance ne s'élevait qu'à 3 % à la fin de l'année 1988, que la clientèle de la seule Camif serait *«constituée de la catégorie professionnelle des fonctionnaires»*, que le caractère semestriel des catalogues de cette dernière expliquerait qu'elle doive *«avant plusieurs semaines précédant [leur] diffusion (...) connaître les prix de marché des*

produits qu'elle va commercialiser (...) à un prix résultant de la concurrence et que si elle pouvait communiquer ces prix à la Camif, celle-ci *«pouvait aussi se [les] procurer par de multiples autres moyens tout aussi réguliers (... afin) de ne pas être totalement déconnectée du prix de marché»* ; qu'elle ajoute qu'il serait *«normal»*, pour les produits non encore commercialisés, *«que la Camif n'ait d'autre solution que celle de reporter sur ses futurs catalogues les prix que lui conseillait Thomson Multimedia Marketing France, à une époque où le marché ne fournit pas à la Camif d'information sur le niveau du prix de ces produits»* ; que la société Groupe Camif rappelle que le caractère semestriel de ses catalogues entraîne, *«sur des marchés en surcapacité et déflationnistes»*, et malgré le service *«baisse en direct»*, une rigidité et des délais que n'ont pas les autres distributeurs ; qu'il permet par ailleurs *«une étude préalable et attentive du marché destinée à «positionner» son catalogue par rapport aux offres concurrentes (...) sans concertation (...) en recourant aux services de la société IFR»* ; que si elle reconnaît que des *«informations (...) lui ont été quelquefois données par les fabricants»*, elle affirme qu'ils *«ne lui apprenaient rien»* ; que, contrainte d'adopter une *«stratégie commerciale (...) en matière de prix (...) «suiviste»»*, son *«argument de concurrence essentiel (...) repose en effet sur la sélection des références, et sur des services autres que ceux offerts par les grandes surfaces ou par les distributeurs spécialisés»* et, notamment, le service *«d'éviter tout déplacement au client»* ;

Mais considérant qu'une spécificité de la vente par correspondance réside, notamment, dans ce que le caractère semestriel des catalogues, en raison des délais de leur conception, de leur réalisation et de leur distribution, conduit les entreprises à déterminer par avance les prix de vente au détail qu'elles doivent y mentionner ; que, pour ce faire, sans pour autant *«être totalement déconnectée[s] d[es] prix de marché»*, elles doivent se renseigner sur ceux-ci ; que si elles peuvent se les *«procurer par de multiples (...) moyens (...) réguliers»*, ils ne peuvent en tout état de cause avoir que trois origines : soit leurs fournisseurs, soit leurs concurrents, soit des relevés de prix auprès de ces derniers effectués par des entreprises spécialisées (I.F.R., C.M.I., etc.) ; que rien au dossier ne permet d'établir ni une concertation directe et explicite entre distributeurs, ni que des prix de vente au détail auraient été imposés par une entreprise à ses distributeurs, ce que d'ailleurs nul ne revendique ; que le groupe Camif a affirmé effectuer lui-même ses propres relevés de prix, ou les faire effectuer par des entreprises spécialisées comme I.F.R. ; que les relevés de prix des entreprises spécialisées ne peuvent être, de par leur nature même, que rétrospectifs et relatifs à des produits déjà commercialisés ; que la connaissance de prix pratiqués dans le passé est sans intérêt lorsqu'il s'agit de prévoir des prix de détail qui n'entreront en vigueur que lorsque le catalogue aura été distribué auprès des consommateurs, c'est-à-dire plusieurs mois après qu'aura été signé le *«bon à tirer»* pour l'imprimeur, dans un secteur où l'évolution technologique est rapide et où les marchés sont *«déflationnistes»*, et qu'elle est complètement inopérante pour ce qui concerne les produits qui n'étaient pas encore commercialisés ; qu'en conséquence, la société Groupe Camif, pour prévoir à un horizon de plusieurs mois ses prix de vente au détail sans *«être totalement déconnectée d[es] prix de marché»* a, comme l'a établi

l'instruction et dans le contexte concurrentiel du secteur, négocié ceux-ci, en même temps que les conditions commerciales, avec le groupe Thomson, pour les produits déjà commercialisés comme pour ceux qui ne l'étaient pas encore au moment de l'impression des catalogues ;

Considérant que la société Thomson Multimedia Marketing France, devenue Thomson Multimedia Sales Europe, a avancé que les mentions figurant sur certains documents ne démontreraient pas une concertation sur les prix de vente au détail ; qu'ainsi, à propos du document 5213., la mention *«rectification d'un prix public généralement constaté»* pourrait s'expliquer par *«une communication antérieure erronée, une variation ultérieure (...) une demande de précision de la Camif (...) etc.»* et que sa demande à la Camif *«en ce qui concerne les prix de vente publics généralement constatés (...) de bien vouloir [la] contacter dès qu'elle] aur[a] arrêté [ses] catalogues définitivement»*, ne serait pas anticoncurrentielle, la Camif demeurant *«libre»* ; que, de même, les mentions manuscrites figurant aux 521i., 521j. et 521l., comme *«Vu»*, *«OK»* *«A voir»* ou *«Vu OK sur état IFR»*, dont l'auteur ne serait pas déterminé, *«ne peuvent signifier qu'il y a entente»*, la mention *«PVC»* pourrait *«aussi bien signifier prix de vente conseillé que prix de vente constaté»* et que la mention *«prix de vente généralement constaté»* pourrait n'être qu'un *«abus de langage commercial»* ; qu'en particulier, dans le document 521l., les *«prix de vente généralement constatés»* auraient été indiqués par Thomson Multimedia Marketing France pour des *«produits non encore commercialisés au jour de la rédaction de la lettre dont il s'agit»* par erreur, son rédacteur n'ayant *«pas pris le soin de rédiger deux tableaux bien distincts dont l'un contiendrait (... le) «prix de vente généralement constaté» ou «prix de vente conseillé» s'agissant des produits déjà commercialisés et dont l'autre contiendrait (...le) «prix de vente indicatif» ou «prix de vente conseillé» s'agissant des produits non encore commercialisés»* ; qu'en outre, les prix de vente au détail *«conseillés»* auraient été mentionnés sous la forme d'une fourchette, ou auraient été revus à la baisse, comme dans les documents 5216. à 5218., 521a. et 521d. ;

Mais considérant, à supposer même que le choix du vocabulaire employé par les rédacteurs des documents cités résulte d'*«abus de langage»*, que les négociations commerciales des deux partenaires portaient régulièrement à la fois sur le prix de cession et le prix de vente au détail des articles concernés, que ce dernier soit présenté comme un *«prix public généralement constaté»* (5211. à 5215., 5217., 5218. et 521a.), un *«PVGC»* (521d.), un *«prix de vente GT constaté»* (521g., 521h. et 521l.), un *«prix marché»* (5216.), un *«PPI»* ou un *«PVC»* (521i), un *«prix de vente conseillé»* (521j.), ou qu'il ne soit pas qualifié (521b. et 521k.) ; qu'au demeurant ne peuvent constituer des *«abus de langage»* des expressions et des prix qui sont répétés, qui émanent de professionnels du négoce, qui concernent des produits dont il est parfois explicitement précisé qu'ils ne sont pas encore commercialisés, et ne peuvent donc avoir été *«constatés»* (cas des documents 5212., 5218., 521b., 521d., 521j., 521k. et 521l.), alors que plusieurs documents font état de l'accord de volontés des deux parties sur les prix de vente au détail (5213., 5217., 521i., 521j. et 521k.,

ainsi que 5214., 5216., 5218. et 5211.) ; que l'indication de fourchettes de prix de vente au détail pour un produit sur un (5216.), six produits sur 19 (5218.), deux produits sur 17 (521d.), est exceptionnelle ; que les négociations commerciales et l'accord des deux parties sur ces indications de prix de vente au détail, ont lieu bien avant que le catalogue correspondant ne soit imprimé et diffusé et que les produits en cause ne soient offerts à la vente, c'est-à-dire bien avant que le prix de vente au détail qui y sera mentionné ne soit déterminé ;

Considérant que la société Thomson Multimedia Marketing France, devenue Thomson Multimedia Sales Europe, estime qu'«à défaut de prise en compte quasi-systématique par la Camif des prix communiqués par Thomson Multimedia Marketing France», il ne pourrait «pas même être soutenu que ce type de pratique de prix conseillés aurait eu un objet anticoncurrentiel, tant il aurait été illusoire pour Thomson Multimedia Marketing France de penser que son distributeur Camif allait appliquer à la lettre les prix qui lui étaient conseillés» ; que le rapport complémentaire n° 1 aurait significativement restreint la période analysée et aurait modifié, par rapport à la notification de griefs, l'échantillon des produits examinés ; que pour les produits de marque Brandt, onze références seulement sur 105 examinées auraient «un prix de vente en catalogue égal au prix indicatif de Thomson Multimedia Sales Europe» ; que pour les produits de marques Thomson et Telefunken, respectivement, 9 références sur 45 examinées et une sur quatre seraient dans ce cas ; que pour les produits de marque Saba, aucune référence sur 9 examinées n'y serait ; que «sur la multitude des produits des marques commercialisés par Thomson Multimedia Marketing France ayant fait l'objet d'une communication à la Camif en matière de prix de vente au détail, seulement 58 ont été sélectionnés pour figurer aux catalogues» et que «sur les 58 produits des marques commercialisés par Thomson Multimedia Marketing France entre 1990 et 1994 et figurant dans les catalogues de la Camif et pour lesquels un certain nombre de correspondances ont été adressées (...) un nombre très limité de produits ont été proposés à la vente par la Camif au prix communiqué par Thomson Multimedia Marketing France (...) 7 produits seulement sont parus en catalogue à un prix identique (...) 12 produits si l'on considère comme identique la reprise du prix le moins élevé d'une fourchette de prix conseillés par Thomson Multimedia Marketing France» ;

Considérant de même que la société Groupe Camif indique que, pour les téléviseurs et les produits de vidéo du groupe Thomson, sur les 276 références visées par les documents cités, 104 seulement figurent sur ses catalogues de 1990 à 1994, parmi lesquels 31 seulement étaient offerts à la vente «au prix prétendument concerté», les écarts de prix documents-catalogues des autres étant «très souvent importants, fréquemment au-delà de 200 F environ» ; qu'elle «n'avait à son catalogue qu'un très petit nombre des références choisies par le rapporteur pour établir l'identité des prix et que lorsque ces références existaient elles n'étaient pas proposées au prix prétendument fixé» et qu'elle a établi des tableaux comparatifs entre les prix figurant sur les documents en cause et ceux, correspondants, figurant sur ses catalogues, étant noté que «le prix public est (...) triple : il y a un prix sans service particulier, un prix avec mise en service par un agent

agréé, et un prix avec livraison express» ; que, s'agissant des produits du groupe Thomson, et notamment des téléviseurs et des produits de vidéo, les douze tableaux relatifs respectivement aux catalogues Printemps-Été 1990, Automne-Hiver 1990-1991, Printemps-Été 1991, Automne-Hiver 1991-1992, Été 1992, Automne-Hiver 1992-1993, Été 1993, Automne-Hiver 1993-1994, Été 1994 et Hiver 1994 établiraient que sur les 276 ou 152 références visées par les documents cités, 104 ou 63 figurent sur les catalogues, parmi lesquels 31 ou 18 seulement étaient offerts à la vente «au prix prétendument concerté», les écarts de prix documents-catalogues des autres étant «très souvent importants, fréquemment au-delà de 200 F environ» ;

Mais considérant que les éléments analysés dans le rapport complémentaire n° 1 figurent tous sur des documents faisant partie du dossier qui a pu être consulté par l'ensemble des parties et qui étaient analysés, en tout ou partie, ou cités dans la notification de griefs ou le rapport ; que cette analyse porte donc sur la période couverte par ces documents (pp. 142 à 157 et 281 à 288) ; que des prix figurant sur des documents datés ne peuvent être comparés qu'à ceux figurant sur des catalogues de dates voisines ; qu'au total, 46 prix de vente au détail figurant sur des catalogues de la Camif pour des références qui avaient fait l'objet de négociations commerciales avec le groupe Thomson ont été relevés, en limitant ces relevés à ceux correspondant à des négociations commerciales antérieures de plus de cinq mois à la date du catalogue correspondant, ce délai étant nécessaire à l'édition du catalogue selon les indications rappelées lors de la séance ; que, comme il ressort du **65g**. ci-avant, sur ces 46 prix relevés, 32 étaient inférieurs à ceux qui avaient été convenus lors des négociations commerciales [entre 10 F et 50 F (18), de 100 F (4) d'un montant compris entre 110 F et 200 F (5), de 300 F (1), d'un montant compris entre 340 F et 400 F (3) et de 500 F (1)], et que un était supérieur [de 350 F] et que 13 étaient rigoureusement identiques ; que cette concentration anormale caractérise l'application effective de ces prix déterminés lors des négociations commerciales ;

Considérant, en conséquence, que les prix de vente au détail qui ont été déterminés lors de négociations commerciales avec le groupe Thomson ont été, le plus souvent, effectivement pratiqués par le groupe Camif ; que cette constatation établit l'accord de volontés des deux parties sur une entente de prix de vente au détail, ce qui constitue une infraction aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

En ce qui concerne le grief n° 4 (entente entre Akai et Samsung)

Considérant que la société Akai France et la société Samsung Electronics France, partageaient un importateur commun, un actionnaire commun et des locaux communs, et avaient conclu une convention de prestations informatiques entre elles, de sorte qu'elles utilisaient un système informatique commun ; qu'un employé de la société Akai France, M. Pascal Huet, était chargé des négociations commerciales avec les entreprises françaises de vente par correspondance pour le compte des deux sociétés, (91., 94.

et 95.) ; qu'une commande de magnétoscopes Samsung VL 1560 de la centrale Euromarché, qui ne pouvait être honorée, a été remplacée par la livraison de magnétoscopes Akaï VS 17, qui étaient donc substituables (92.), alors que ces deux entreprises, qui se présentaient comme indépendantes, étaient concurrentes, au moins pour ce qui concernait les magnétoscopes, et que les fabricants des produits concernés, coréen et japonais, étaient opposés par une grande rivalité ; que la réunion du 21 mars 1991 (93.) avait pour objet de rapprocher les deux politiques commerciales ;

Considérant, toutefois, que ladite réunion a porté sur des produits différents ; qu'il n'est pas établi que les concertations ainsi résumées aient eu un objet anticoncurrentiel de la part d'entreprises françaises commercialisant des produits fabriqués par deux sociétés non européennes cherchant à se développer sur le marché national ; que, compte tenu de leurs parts de marchés et de leur gamme de produits respective, aucun effet anticoncurrentiel n'a été démontré ; qu'ainsi, il n'est pas établi que les sociétés Samsung Electronics France et Akaï France aient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, pour ce qui concerne le grief n° 4 ;

Sur les griefs non notifiés

Considérant que les parties saisissantes avancent que l'instruction n'aurait pas porté sur l'«*aspect conditions discriminatoires*», s'agissant des «*conditions de vente de la totalité des marques significatives du marché des produits bruns*» ; qu'«*un grief spécifique aurait dû être notifié de ce chef*» ; qu'en outre, il leur aurait été opposé «*de nombreuses discriminations*», des «*refus de vente*» et une «*infraction à l'article 33 de l'ordonnance du 1/12/86 sur la communication des conditions de vente*» ;

Mais considérant, en premier lieu, que le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour ce qui concerne l'application des dispositions du titre IV du livre IV du code de commerce, anciennement titre IV de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; en deuxième lieu, que rien dans le dossier, y compris les pièces produites par les parties saisissantes, ne permet de retenir des griefs quant à «*l'aspect conditions discriminatoires*» envisagé sous l'angle des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, anciennement articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ; qu'en effet, rien ne permet d'établir que les conditions de vente des fournisseurs qui figurent au dossier, entre autres celles accordées à la Camif, ne seraient pas justifiées par des contreparties contractuelles ou seraient accordées de façon discriminatoire et, plus particulièrement, auraient été refusées sans motif aux parties saisissantes ; que, comme l'a énoncé la Cour de cassation dans son 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*» ; que, de même, rien ne permet d'établir que les distributeurs visés (la Camif, Darty) auraient passé avec les fournisseurs cités (Thomson, Brandt, Philips et Akaï) des conventions révélant un accord de volonté

auquel, comme il est énoncé par la Cour de cassation dans un arrêt du 7 avril 1998, *«les parties (...) avaient librement consenti en vue de limiter l'accès au marché ou la libre concurrence»* ; en troisième lieu, et plus particulièrement, que rien dans le dossier ni dans les pièces produites par les parties saisissantes ne permet d'établir que les relations commerciales entre les sociétés Akaï et Semavem aient, indépendamment des infractions alléguées au titre IV du livre IV du code de commerce, anciennement titre IV de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, manifesté un abus de position dominante ou un abus de dépendance économique anticoncurrentiel ; en dernier lieu, que rien ne permet de supposer que les pratiques dénoncées par les parties saisissantes ont eu ou aient pu avoir pour effet de limiter la concurrence sur les marchés concernés ;

Sur l'application de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

Considérant que l'article L. 420-1 du code de commerce prévoit : *«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.»*

Considérant que les pratiques mises en œuvre par les sociétés Akaï France et Cofradel - Brandt Électronique (puis la société Thomson Consumer Electronics Marketing France, puis la société Thomson Multumédia Marketing France, puis la société Thomson Multumédia Sales Europe) et certains de leurs distributeurs avaient pour objet, et ont eu pour effet, de conférer un caractère uniforme aux prix de vente au détail ; que les deux fournisseurs et leurs distributeurs concernés ont exprimé leur accord de volontés pour ce faire, tant lors des référencements et des commandes courantes, que lors de campagnes promotionnelles occasionnelles ou périodiques ; qu'il est constant que les prix affichés en magasin et sur les catalogues de vente par correspondance, comme l'impose la réglementation, ainsi que les prix mentionnés lors d'opérations publicitaires, par voie de dépliants, affiches, etc. étaient généralement identiques, d'un distributeur à l'autre, pour un même produit à une même époque ; que si chacun de ces fournisseurs n'avait comme interlocuteurs que les représentants des centrales d'achat ou de référencement ou de la structure intégrée qui en tient lieu, chacun des points de vente au détail dépendant de ces centrales ou structures appliquait la politique de prix de vente au détail définie, en

concertation avec les fournisseurs, pour l'ensemble des groupes ; que cette identité de prix convenue était contrôlée tant par les fournisseurs que par les distributeurs ; qu'au total, sur une zone de chalandise, le consommateur désirant acheter telle référence de tel fournisseur soit ne la trouvait que dans un seul magasin de la zone de chalandise (produit «solitaire»), soit la trouvait dans plusieurs magasins supposés concurrents, mais au même prix ; que la clause de remboursement aux consommateurs de la différence de prix si un même produit leur était offert moins cher par un distributeur voisin permet, en effet, de faire repérer, par les consommateurs eux-mêmes, ceux des distributeurs qui, ne respectant pas la concertation, pratiquent des prix inférieurs aux prix convenus ; que la diffusion par des distributeurs supposés concurrents de catalogues ou de publicités nationales ou locales comportant tous le même prix de vente au détail pour un même produit, interdit aux consommateurs toute possibilité de faire jouer la concurrence par les prix entre distributeurs, mais conduit également ceux-ci à s'assurer du respect généralisé à l'ensemble du territoire national des prix convenus ;

Considérant que l'uniformité des prix de vente au détail pratiqués, en concertation entre les fournisseurs et les distributeurs, a des effets sur les marges dégagées par les uns et les autres ; que le niveau des prix de vente au détail est déterminé de telle sorte que ces marges atteignent un niveau jugé comme suffisamment rémunérateur pour les deux parties ;

Considérant que pour les distributeurs, dont les recettes par appareil sont identiques puisque égales au prix unique convenu, les marges ne peuvent différer qu'autant que diffèrent leurs prix d'achat, c'est-à-dire en fin de compte, puisque le tarif de base et les conditions générales de vente de chaque fournisseur sont identiques, qu'autant qu'ils obtiendront de ces derniers des conditions particulières de remises et ristournes exceptionnelles ; qu'ainsi, pour les produits *bruns*, le groupe Darty dégageait en 1995 une marge moyenne de 29,1 %, constante depuis au moins 1992 ; que pour les téléviseurs et la vidéo, elle n'était que légèrement supérieure à 26,6 %, alors qu'elle atteignait plus de 34 % pour les produits de son (121..) ; que, de même, la marge brute de la société F.N.A.C. pour les magnétoscopes Akaï s'élevait au début de 1990 à 35 % environ (144.) ; que, pour l'ensemble des produits *bruns*, le groupe Camif dégageait pour sa part, en 1994, une marge brute moyenne corrigée de 22,6 %, constante depuis au moins 1989 (522.) ; que les fournisseurs, qui connaissent, d'une part, les conditions qu'ils accordent à chacun de leurs clients et, d'autre part, les prix de vente au détail convenus avec eux, sont à même de connaître les marges dégagées par chacun de leurs clients pour chacun de leurs produits, qui sont d'ailleurs mentionnées sur de nombreux documents saisis ou communiqués, en regard des prix ;

Considérant que pour les fournisseurs, les marges brutes dépendent également des prix de vente au détail convenus avec leurs distributeurs car elles sont calculées comme le rapport entre le chiffres d'affaires et le prix d'achat rendu, le chiffre d'affaires résultant lui-même de l'écart entre ce prix de vente au détail concerté avec la distribution et la marge concédée à celle-ci ; que la société Akaï France a dégagé, en 1995, une marge moyenne de 9,3 % à

15,3 % selon les familles de produits *bruns* et une marge de 27,6 % pour les produits de «*musique*», marges stables depuis 1989, sauf pour les produits de «*musique*» dont la marge est passée de 32,5 % à 27,6 % (82.) ;

Considérant que les pratiques de concertation entre deux fournisseurs et certains de leurs distributeurs, dont l'objet et les effets étaient l'uniformisation des prix de vente convenus entre eux, si elles ont permis aux uns comme aux autres de réaliser des marges jugées par eux comme satisfaisantes, ont interdit aux consommateurs de faire jouer la concurrence par les prix entre distributeurs des mêmes produits ;

Considérant, enfin, que le caractère anticoncurrentiel des concertations relevées entre la société Akai France et certains de ses distributeurs et la société Thomson Multimedia Marketing France (devenue Thomson Multimedia Sales Europe) et le groupe Camif est d'autant plus marqué que leurs auteurs, au moment des faits, faisaient partie des principaux acteurs du secteur ; qu'ainsi la société Akai France, qui ne commercialise que des produits *bruns*, est *co-leader*, avec Philips, pour les ventes de magnétoscope ; que la société Thomson Multimedia Marketing France (devenue Thomson Multimedia Sales Europe), qui commercialise à la fois des produits *blancs* et *bruns*, est, si l'on totalise les ventes réalisées sous les différentes marques du groupe (Thomson, Brandt, Saba, Telefunken, etc.), *co-leader*, avec Philips, pour les ventes de téléviseurs, les deux groupes réalisant à eux seuls plus de la moitié des ventes, les autres offreurs ne réalisant jamais plus de 5 % des ventes totales ;

Considérant que, parmi les distributeurs, les «*spécialistes*» et les hypermarchés à dominante alimentaire réalisent respectivement 40 % environ et 25 % environ des ventes de produits *blancs* et *bruns* ; que parmi les premiers, le groupe Pinault-Printemps-La Redoute (notamment F.N.A.C., Conforama et La Redoute) est *leader*, suivi par le groupe Darty ; que parmi les seconds, Carrefour y compris Euromarché vient en tête ; que bien que leurs ventes ne représentent qu'une part assez faible des ventes totales, les commerçants indépendants (groupés ou non) et les entreprises de vente par correspondance occupent une place non négligeable sur les marchés concernés, les premiers en raison de l'existence de magasins dans la plupart des zones de chalandise, les seconds en raison de l'aspect national que revêt la publicité des prix pratiqués sur des catalogues diffusés à plusieurs dizaines de millions d'exemplaires ;

Considérant que les négociations commerciales avec les fournisseurs se font, pour les groupes de distributeurs, par l'intermédiaire de leur service ou centrale d'achat et/ou de référencement spécialisée ; que les concertations et échanges d'informations relevés se sont noués au cours de ces négociations mais, portant sur les prix de vente au détail, elles concernaient l'ensemble des points de vente dépendant de ces groupes de distribution ; que, dans le cas où ces points de vente appartiennent à des distributeurs indépendants, mais liés entre eux par une enseigne commune et/ou une politique de référencement, d'achat et de vente commune, les concertations et échanges d'informations avec les fournisseurs sur les prix de vente au détail impliquaient une entente entre ces commerçants indépendants regroupés pour pratiquer ces prix de vente au détail, entente que la cour d'appel de Paris, dans son arrêt «*Gitem*» du 3 juin 1993, a jugée anti-

concurrentielle ; que si, en l'espèce, de telles ententes au sein de groupes de distributeurs indépendants n'ont pas été établies, ces groupes doivent être considérés comme des entreprises au sens du livre IV du code de commerce, anciennement ordonnance du 1^{er} décembre 1986, représentées par les sociétés «*têtes de réseau*» (centrale d'achat ou de référencement, etc.) ; que, de même, que lorsque les points de vente d'un groupe de distribution appartiennent à des sociétés juridiquement distinctes, ayant entre elles des liens capitalistiques et suivant une stratégie commerciale, industrielle et financière unifiée, ce groupe doit être considéré comme une entreprise au sens du droit de la concurrence, représentée par la société «*mère*» ou sa filiale spécialisée ;

Considérant qu'à l'inverse des sociétés Akaï France et Thomson Multimedia Marketing France (devenue Thomson Multimedia Sales Europe), qui ne représentent qu'elles-mêmes, les groupes Euromarché, Conforama, Connexion, Darty et F.N.A.C. sont représentés par les sociétés Conforama Holding, Connexion, Établissements Darty & Fils, F.N.A.C. ; que tel est également le cas du groupe Camif, représenté par les sociétés Groupe Camif et Camif Catalogues ;

Considérant que les pratiques relevées de la société Akaï France et de ses distributeurs, les groupes Euromarché, Darty, F.N.A.C., Conforama et Connexion, sont anticoncurrentielles, et sont donc prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que les pratiques relevées de la société Thomson Multimedia Marketing France (devenue Thomson Multimedia Sales Europe) et de son distributeur le groupe Camif sont anticoncurrentielles, et sont donc prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ;

Considérant que les parties saisissantes ont avancé que «*la clé de voûte*» de l'entente de prix généralisée serait «*Darty, puis FNAC et Auchan qui ont besoin que cette entente soit respectée. (...) C'est donc finalement Darty qui détermine les prix publics avec des marges de 35 % à 40 % sur Akaï (...) Akaï et les autres marques n'auraient pas déployé les efforts constatés si ceux-ci étaient anéantis par le plus gros de la profession, qui était aussi leur plus gros client*» ;

Mais considérant que, s'il est vrai que les groupes Darty et F.N.A.C. sont des distributeurs importants qui seraient sans doute pénalisés plus que d'autres par un abandon de la concertation sur les prix de vente au détail, et par l'accroissement de concurrence qui pourrait en résulter, s'il est également vrai que les «*spécialistes*» et les hypermarchés à dominante alimentaire réalisent respectivement 40 % environ et 25 % environ des ventes de produits *blancs* et *bruns*, si, pour les «*spécialistes*», le groupe Pinault-Printemps-La Redoute (notamment F.N.A.C., Conforama et La Redoute) est *leader*, suivi par le groupe Darty et si pour les hypermarchés, Carrefour y compris Euromarché vient en tête, rien au dossier ne permet d'établir que les groupes Darty et F.N.A.C. auraient joué un rôle moteur dans la concertation mise à jour ;

Sur l'application de l'article L. 420-4 du code de commerce, anciennement article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986

Considérant que la société Akai France revendique le bénéfice des dispositions du 2. de l'article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu 2. du I de l'article L. 420-4 du code de commerce ; que, selon elle, les pratiques pour lesquelles des griefs leur ont été notifiés, et qu'elles nient, auraient contribué au progrès économique : *«introduction de nouveaux produits et de nouvelles technologies, amélioration de la qualité des prestations des professionnels concernés, diminution des coûts, amélioration de la sécurité, amélioration de l'information des consommateurs»*, d'autant que les *«campagnes de communication fondées notamment sur le thème du «remboursement de la différence»»* auraient *«stimulé»* les consommateurs qui auraient ainsi *«aiguisé leur analyse du marché et cherché à payer les produits à leur prix le plus bas tout en bénéficiant de davantage de qualité et de services»*, et que *«les hypermarchés et la grande distribution»* auraient *«également pénétré ce marché et initié une nouvelle forme de concurrence en offrant les produits à un prix encore moindre»* ; qu'elles produisent des tableaux qui montrent que deux fours à micro-onde Samsung, deux magnétoscopes et un téléviseur Akai ont vu baisser leur prix de vente au détail de 1990-1991 à 1998-99 ; qu'elles avancent qu'aucun fabricant ou distributeur *«n'a été éliminé ou autrement inquiété»*, et que, même, de nouveaux opérateurs sont entrés sur le marché : *«Daewoo et Goldstar en téléviseurs, Schneider en magnétoscopes, de même que Sony qui est passé de 1 % de part de marché en 1990 à 9 % aujourd'hui, et Aiwa en produits son»* ;

Considérant que, de même, la société F.N.A.C. a mis en avant la baisse des prix dans le secteur et indiqué que *«cette chute des prix (allant de pair avec un effondrement des marges) démontre (...) la forte concurrence qui anime ce marché et qui bénéficie au final (...) au seul consommateur qui peut profiter d'équipements plus performants et d'un coût moindre»* ;

Mais considérant que la baisse tendancielle des prix de vente au détail dans le secteur résulte avant tout de la baisse des coûts de production résultant notamment du progrès technologique qui découle directement des résultats obtenus dans les laboratoires de recherche et développement des fabricants ; que, dès lors, l'observation de baisses de prix sur les marchés en cause n'implique pas que des baisses de prix plus importantes ne se seraient pas produites si les distributeurs avaient respecté la règle du jeu concurrentiel ; que, de même, l'irruption de nouveaux offreurs sur les marchés en cause ne saurait être mise au crédit des distributeurs concernés ; qu'en conséquence, ces derniers ne peuvent légitimement revendiquer un progrès économique dû à leur comportement ; que, dès lors, les dispositions du 2. de l'article L. 420-4 du code de commerce, anciennement article 10 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 ne peuvent trouver application ;

Sur l'effet sensible

Considérant que la société Akai France se prévaut des arrêts des 28 janvier et 25 mars 1997 de la cour d'appel de Paris en ce qu'ils ne permettraient de qualifier d'entente anticoncurrentielles que les pratiques qui *«ont eu pour objet ou pour effet d'accroître le prix (...) et de porter atteinte de façon sensible au jeu de la concurrence sur le marché de référence»* ;

Mais considérant que, par leur importance, les pratiques constatées, qui interdisaient pratiquement aux consommateurs désireux d'acquérir des produits des marques des sociétés Akai France et Thomson Multimedia Marketing France (devenue Thomson Multimedia Sales Europe) lesquelles comptaient parmi les plus vendues en France pour ce qui concerne les magnétoscopes, les caméscopes et les téléviseurs, de faire jouer la concurrence par les prix entre les différents distributeurs de ces marques, ont porté une atteinte sensible au jeu de la concurrence, au sens du droit de la concurrence et de la jurisprudence relative à l'application de ce dernier ;

Sur les suites à donner

Considérant que la société Akai France a déclaré sa cessation des paiements le 9 février 2000 ; que par jugement en date du 21 février 2000, publié au BODACC le 12 mars suivant, le tribunal de commerce de Pontoise a ouvert la liquidation judiciaire de la société ; que celle-ci, subsistant pour les besoins de sa liquidation sociale, il y a lieu de poursuivre la procédure à son encontre, sous réserve de ce qui sera indiqué ultérieurement ;

Considérant que les parties saisissantes demandent *«au Conseil d'être particulièrement sévère et d'examiner si des poursuites pénales ne peuvent pas être données, en raison des slogans publicitaires des grandes enseignes qui prétendent vendre le plus bas, garantir des prix, défendre le consommateur, alors qu'elles avaient conscience de vendre cher, et de participer à des ententes à fortes marges. Il y a une volonté consciente de tromper le client, justiciable de l'article 17. Nous pensons à Darty, FNAC, Auchan, Carrefour et Leclerc, plus particulièrement par ailleurs donneurs de leçons depuis des années»* ;

Mais considérant que l'application des dispositions de l'article L. 420-6 du code de commerce, anciennement article 17 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, suppose que soit constatée la *«part personnelle et déterminante dans la conception, l'organisation ou la mise en œuvre de pratiques visées»* prise *«fraudeusement»* par *«toute personne physique»* ; que les plaintes des parties saisissantes ne visent que des personnes morales, et que le dossier ne comporte aucun élément permettant d'attribuer aux personnes physiques ayant concouru à la commission des infractions constatées une part *«déterminante»* dans leur conception, leur organisation ou leur mise en œuvre ; qu'il n'y a donc pas lieu d'envisager l'application de l'article L. 420-6, alinéa 2, du code de commerce ;

Sur les sanctions

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction applicable aux faits concernés (anciennement 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 p. cent du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos»* ;

Considérant que la société F.N.A.C. estime que la baisse des prix dans le secteur, telle qu'elle apparaît dans l'«étude de marché GFK» relative à l'évolution, à la baisse, du «prix moyen» des différentes catégories de produits «bruns» de 1982 à 1997, serait une «parfaite illustration» de ce qu'aucune «atteinte à l'économie» n'existerait ;

Mais considérant, que l'évolution, à la hausse ou à la baisse, des prix moyens dans un secteur dépend de plusieurs facteurs, comme le progrès technologique, les effets d'échelle ou de gamme ou les changements dans les comportements de consommation ; que ces évolutions sont susceptibles de provoquer des baisses de prix qui peuvent l'emporter sur l'effet haussier résultant des pratiques anticoncurrentielles mises à jour, sans que cela ne réduise en rien l'atteinte aux consommateurs et aux marchés qui résulte de ces pratiques ; qu'à supposer même, comme il est prétendu, que cette baisse des prix moyens se serait accompagnée d'une baisse parallèle des marges de distribution, les dommages causés à l'économie et à l'intérêt des consommateurs n'en seraient pas nécessairement diminués d'autant, ces tendances favorables aux consommateurs ayant pu être freinées par les pratiques litigieuses ;

Considérant que la gravité des pratiques de concertation et d'échanges d'informations entre, d'une part, la société Akaï France et, d'autre part, chacun des groupes Darty, F.N.A.C., Conforama, Euromarché et Connexion est d'autant plus importante que ces pratiques tendaient à figer les positions acquises par les distributeurs entre eux et à priver les consommateurs de la possibilité d'acquérir des appareils de marque Akaï aux prix, plus avantageux, qui eussent résulté d'une véritable concurrence par les prix entre réseaux de distribution ; que l'importance du dommage causé à l'économie par ces pratiques résulte, notamment, de ce qu'elles ont été mises en œuvre par le co-leader, à l'époque des faits, des fournisseurs de magnétoscopes en France et par les principaux groupes de distribution de produits blancs et bruns, dont les trois premiers ; qu'en outre, le dommage causé à l'économie dépasse le simple enjeu de la marque Akaï et des distributeurs concernés, la mise en œuvre par des distributeurs aussi importants de pratiques anticoncurrentielles prohibées pouvant avoir pour effet de donner à penser aux autres fournisseurs de produits blancs

et bruns et aux distributeurs indépendants que ce type de comportement est normal et d'inciter les uns et les autres à les adopter ; que le montant des sanctions pécuniaires doit toutefois tenir compte de l'ancienneté des faits et de la longueur de la procédure ;

Considérant que la gravité des pratiques de concertation et d'échanges d'informations entre la société Thomson Multimedia Marketing France (devenue Thomson Multimedia Sales Europe) et le groupe Camif tire son importance de ce que ces pratiques tendaient à priver les consommateurs de la possibilité d'acquérir les appareils des marques du groupe Thomson aux prix, plus avantageux, qui auraient résulté d'une véritable concurrence par les prix entre réseaux de distribution, et notamment entre vente en magasins et vente à distance ; que l'importance du dommage causé à l'économie par ces pratiques résulte notamment de ce qu'elles ont été mises en œuvre par le co-leader, avec le groupe Philips, des fournisseurs de téléviseurs et par le 3^{ème} distributeur à distance ; qu'en outre le dommage causé à l'économie dépasse le simple enjeu des marques du groupe *Thomson* et du distributeur concerné, la mise en œuvre par celui-ci de pratiques anticoncurrentielles prohibées pouvant avoir pour effet de donner à penser aux autres fournisseurs de produits blancs et bruns et aux autres distributeurs que ce type de comportement est général et d'inciter les uns et les autres à les adopter ; que le montant des sanctions pécuniaires doit toutefois tenir compte de l'ancienneté des faits et de la longueur de la procédure ;

Considérant que la société Akaï France s'est livrée aux pratiques visées par le grief n° 1 ; qu'ainsi qu'il a été indiqué précédemment, un jugement du 21 février 2000 a prononcé la liquidation judiciaire de cette société qui ne se survit que pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la date de cette dernière ; que les éléments du dossier ne permettent pas de connaître l'état des opérations de la liquidation sociale consécutive à cette dissolution ; qu'en tout état de cause, le prononcé d'une sanction à l'égard de cette société n'apparaît pas opportun, eu égard à la procédure collective dont elle a fait l'objet ;

Considérant que la société Thomson Multimédia Sales Europe, auparavant Thomson Multimédia Marketing France, s'est livrée aux pratiques visées par le grief n° 3 ; qu'à la suite de l'avis de la Commission de la concurrence en date du 27 septembre 1979, le ministre de l'économie avait, par décision n° 80-01/DC du 7 février 1980, infligé une sanction pécuniaire de un million de francs à la société Thomson-Brandt pour des pratiques analogues ; que la société Thomson Multimédia Sales Europe a réalisé en 2000, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors taxes en France de 395 087 917 € ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels appréciés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 5 920 000 € ;

Considérant que la société F.N.A.C., qui représente le groupe F.N.A.C., s'est livrée aux pratiques constatées dans le grief n° 1 ; qu'elle a réalisé en 2000, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors taxes en France de 6 986 000 000 F, soit 1 065 008 834 € ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels appréciés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 10 650 000 € ;

Considérant que la société Groupe Camif, qui représente le groupe Camif, s'est livrée aux pratiques visées par le grief n° 3 ; qu'elle a réalisé en 2000, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors taxes en France de 468 596 360 F, soit 71 437 054 € ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels appréciés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 710 000 € ;

Considérant que la société Euromarché SAS, qui représente le groupe Euromarché, s'est livrée aux pratiques visées par le grief n° 1 ; qu'elle a réalisé en 2000, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors taxes en France de 955 624 309 F, soit 145 683 987 € ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels appréciés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 1 450 000 € ;

Considérant que la société Connexion, qui représente le groupe Connexion, s'est livrée aux pratiques visées par le grief n° 1 ; qu'elle a réalisé du 1^{er} octobre 1999 au 30 septembre 2000, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors taxes en France de 53 718 076 F, soit 8 189 268 € ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels appréciés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 80 000 € ;

Considérant que la société Établissements Darty & Fils, qui représente le groupe Darty, s'est livrée aux pratiques visées par le grief n° 1 ; qu'à la suite de l'avis de la Commission de la concurrence en date du 27 septembre 1979, le ministre de l'économie avait, par décision n° 80-01/DC du 7 février 1980, infligé une sanction pécuniaire de 2 500 000 F à la société Darty pour des pratiques analogues ; que la société Établissements Darty & Fils a réalisé du 1^{er} février 2000 au 31 janvier 2001, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors taxes en France de 6 685 832 415 F, soit 1 019 248 581 € ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels appréciés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 15 250 000 € ;

Considérant que la société Conforama Holding, qui représente le groupe Conforama, s'est livrée aux pratiques visées par le grief n° 1 ; qu'à la suite de l'avis de la Commission de la concurrence en date du 27 septembre 1979, le ministre de l'économie avait, par décision n° 80-01/DC du 7 février 1980, infligé une sanction pécuniaire de 50 000 F à la société Conforama pour des pratiques analogues ; qu'elle a réalisé en 2000, dernier exercice clos disponible, un chiffre d'affaires hors taxes en France de 44 228 379 F, soit 6 742 573 € ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels appréciés ci-avant, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 100 000 € ;

Décide

Article 1^{er} : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure s'agissant des dossiers F 232, F 233, F 240, F 248, F 448 et F 507.

Article 2 : Il n'y a lieu de poursuivre la procédure ni à l'encontre du groupe Intermarché, pris en la personne de la société I.T.M. Entreprise, ni à l'en-

contre du groupement Pro & C^{ie} pris en la personne des sociétés Centrale Pro et Thuillier S.A., ni à l'encontre du groupe Leclerc pris en la personne de la SC Galec.

Article 3 : Il n'est pas établi que les sociétés Mobilier Européen, Auchan, But International, Continent Hypermarchés, Casino Guichard Perrachon, Carrefour, Montlaur, Gitem, Camif, La Redoute, Les 3 Suisses et La Maison de Valérie aient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, pour ce qui concerne le grief d'entente qui leur a été notifié (grief n° 1).

Article 4 : Il n'est pas établi que les sociétés Samsung Electronics France, Mobilier Européen, Auchan, Darty, Conforama, But International, Continent Hypermarchés, Casino Guichard Perrachon, Cora, Euromarché, Connexion, Sesame et La Maison de Valérie aient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, pour ce qui concerne le grief d'entente qui leur a été notifié (grief n° 2).

Article 5 : Il n'est pas établi que les sociétés Samsung Electronics France et Akai France aient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, pour ce qui concerne le grief d'entente qui leur a été notifié (grief n° 4).

Article 6. : Il est établi que les sociétés Akaï France, F.N.A.C., Euromarché SAS, Connexion, Établissements Darty & Fils et Conforama Holding ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, pour ce qui concerne le grief d'entente qui leur a été notifié (grief n° 1).

Article 7. : Il est établi que les sociétés Thomson Multimédia Sales Europe, auparavant Thomson Multimédia Marketing France, et Groupe Camif ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, anciennement article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, pour ce qui concerne le grief d'entente qui leur a été notifié (grief n° 3).

Article 8. - Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- 5 920 000 € à la société Thomson Multimédia Sales Europe ;
- 10 650 000 € à la société F.N.A.C. ;
- 710 000 € à la société Groupe Camif ;
- 1 450 000 € à la société Euromarché SAS ;
- 80 000 € à la société Connexion ;
- 15 250 000 € à la société Établissements Darty & Fils ;
- 100 000 € à la société Conforama Holding.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Facchin, par M. Nasse, vice-président, président la séance, M^{me} Perrot et MM. Bidaud, Charrière-Bournazel et Piot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président, président la séance,
Philippe Nasse

02-D-43

Décision n°02-D-43 du 2 juillet 2002 relative à des pratiques relevées lors de marchés de travaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque (SIAERD)

Le Conseil de la concurrence (section IV)

Vu la lettre, enregistrée le 11 février 1999 sous le numéro F 1128, 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 L. 462-5 du code de commerce, d'un dossier relatif à des pratiques relevées lors de marchés de travaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque (SIAERD) ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par les sociétés Eurovia Nord, Eurovia, Devin Lemarchand environnement, Edgard Duval, Lamblin, Lyonnaise des eaux, STR Eurovia, Travaux et entreprise des Flandres et Faignot ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Eurovia Nord, Eurovia, Duval, Lamblin, Lyonnaise des eaux, Eurovia STR, Travaux et entreprise des Flandres entendus lors de la séance du 30 avril 2002, les sociétés Devin Lemarchand environnement et Faignot ayant été régulièrement convoquées ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

Décisions / 02-D-43

549

I. - Constatations

Le SIAERD regroupait, en 1998, 26 communes comprenant les 18 communes de la communauté urbaine de Dunkerque et 8 communes rurales extérieures.

Les investissements qu'il a réalisés en matière de renforcement et d'extension des canalisations de moins de 400 mm ont donné lieu, entre 1993 et 1996, à des consultations d'entreprises de pose de canalisations sous la

forme d'appels d'offres restreints ; ont répondu à ces consultations les sociétés Eurovia Nord, Cochery Bourdin chaussé (ci-après Cochery), Devin Lemarchand environnement (ci-après DLE), Edgard Duval (ci-après Duval), Lamblin, Lyonnaise des eaux (ci-après LDE), STR Huys, qui depuis lors est dénommée Eurovia STR (ci-après STR), Travaux et entreprises des Flandres (ci-après TEF) et Entreprise Jacques Faignot (ci-après Faignot).

■ A. - Les réponses aux consultations effectuées de 1993 à 1996 et les résultats de ces consultations

Dès lors que la pose de canalisations de plus de 400 mm requiert des capacités spécifiques, deux appels à candidatures ont été lancés chaque année, l'un pour la pose de canalisations de moins de 400 mm, l'autre pour les canalisations de plus de 400 mm. Les pratiques relevées concernent les canalisations de moins de 400 mm.

Les résultats des consultations sont récapitulés dans les tableaux suivants. Les encadrés gras signalent les entreprises ou groupements attributaires. Les écarts sur estimations se rapportent à l'offre moins disante.

Année 1993

Lots	Estimations	Lamblin	LDE	Duval	TEF	Faignot	Entrepose	STR	SADE	SEMIP	EI	% estimation
1	415 005	358 961	373 993	391 296	392 028	395 092	405 830	448 900	412 846	450 663	-	- 13,50
2	752 433	688 903	714 814	632 902	751 614	653 930	-	767 958	-	819 464	760 402	- 15,88
3	529 685	551 153	444 935	535 057	625 656	543 116	-	593 664	-	578 370	592 359	- 16,00
4	688 510	624 703	602 490	617 250	650 136	578 483	630 628	656 117	707 700	-	-	- 15,98
5	588 754	544 596	580 416	543 566	500 079	610 633	537 822	539 605	578 287	599 922	546 302	- 15,06
6	809 445	774 223	820 000	815 013	800 514	787 148	812 919	816 441	835 560	792 331	-	- 4,35
7	459 183	429 859	448 308	421 207	435 567	394 819	431 926	470 981	423 837	-	465 092	- 14,02
8	672 651	677 859	675 741	571 634	678 682	599 439	606 340	699 658	666 875	721 206	649 958	- 15,02

Lots	Composition des lots
1	Bray Dunes Holque Watten
2	Bourbourg Gravelines
3	Fort Mardick Grande Synthe
4	Craywick
5	Dunkerque Pont Lobby
6	Grande Synthe
7	Dunkerque
8	Cappelle Coudekerque Branche Leffrinckoucke

Année 1994

Lots	Esti- mations	Lamblin	LDE	Duval	TEF	Faignot	Entre- pose	STR	STR/ Lamblin	SADE	SEMIP	EI	Cochery	%/ estimations
1	399 959	378 409	400 405	450 404	410 083	406 738	404 093	412 093		432 795	441 531	460 045	398 899	- 5,39
2	799 922	811 042	795 414	784 237	874 746	768 599	900 064	864 736		825 301	795 254	826 197	-	- 3,92
3	629 504	643 582	629 225	604 672	705 656	622 765	646 989	794 534		761 563	820 689	688 993	651 758	- 3,94
4	509 098	514 973	506 579	498 905	524 295	489 309	585 468	555 282		676 768	526 160	574 990	527 965	- 3,89
5	806 476	791 256	794 823	789 685	753 212	867 277	829 437	786 601		897 847	865 909	796 882	809 138	- 6,60
6	530 544	481 380	521 815	533 065	590 167	529 572	517 037	493 818		587 494	554 645	508 432	527 977	- 9,27
7	996 105	972 130	951 270	961 294	-	967 823	1 020 900	978 397		-	1 003 984	958 661	1 013 478	- 4,50
8	836 967	gpt	829 113	841 632	891 006	851 486	883 862	gpt	793 947	921 963	908 178	-	830 629	- 5,14
9	878 013	910 164	875 831	886 003	950 709	852 461	977 141	928 187		919 636	877 758	910 563	-	- 2,91
10	1 067 882	1 093 598	1 067 757	1 014 053	1 254 088	1 035 522	1 288 938	1 398 840		1 453 764	1 342 226	1 226 563	1 147 839	- 5,04

Lots	Composition des lots
1	Coudekerque RD
2	Craywick RD 17
3	Bergues Cappelle la Grande Grande Synthe
4	Holque Watten
5	Dunkerque quai des Anglais
6	Dunkerque Pertuis d'Amont
7	Grande Synthe
8	Gravelines Craywick
9	Coudekerque Branche Leffrinckoucke St Pol/mer
10	Dunkerque

Année 1995

Lots	Estimations	Lamblin	LDE	Duval	TEF	Faignot	Entrepose	STR	Faignot /DLE	Duval /Faignot	SADE	EI	DLE	%/estimation
1	733 492	777 961	734 180	728 096	800 967	gpt	862 089	842 094	718 818		787 658	825 326	gpt	- 2,00
2	770 141	788 244	774 766	764 977	851 186	739 412	783 727	798 401			826 404	801 973	--	- 3,99
3	545 174	570 339	532 146	557 977	600 045	566 303	549 794	515 886			646 489	-----	--	- 5,37
4	699 357	704 292	699 987	695 378	730 502	705 819	775 653	819 243			880 558	762 337	--	- 0,57
5	520 015	493 608	509 039	518 051	538 410	531 138	522 377	564 594			624 838	576 467	--	- 5,08
6	647 111	677 671	647 409	gpt	727 168	gpt	756 815	719 888		622 476	833 018	714 391	--	- 3,81
7	414 887	406 812	423 580	411 429	394 153	414 566	417 410	436 941			432 682	-----	--	- 5,01
8	352 640	362 871	353 223	346 356	377 069	357 883	390 360	467 406			491 182	408 849	--	- 1,78
9	612 455	625 702	591 424	530 071	623 868	610 898	750 450	660 549			-----	640 150	--	- 13,45
10	852 599	806 700	863 179	831 320	855 072	847 587	878 008	859 602			929 498	899 101	--	- 5,38

Lots	Composition des lots
1	Dunkerque, Fort Mardyck, Ghyvelde, Gde Synthe, Looberghe, Loon Plage,Teteghem
2	Craywick T5
3	Cappelle la Grande ZAE
4	Bergues, Bray Dunes, Cappelle la Grande, Coudekerque Branche
5	Coudekerque Branche
6	Dunkerque St Pol sur Mer
7	Dunkerque ZAC Pont Lobby
8	Watten
9	Dunkerque
10	Gravelines

Année 1996

Lots	Estimations	Lamblin	LDE	Duval	TEF	Faignot	Entrepose	STR	DLE	Cochery
1	1 337 414	gpt	1 319 364	gpt	---	1 372 069	1 421 859	gpt	1 567 351	gpt
2	1 065 758	1 037 640	1 049 186	1 068 020	1 097 109	1 202 816	1 139 449	1 150 861	1 235 376	--
3	1 247 864	1 285 191	1 247 766	gpt	1 346 810	gpt	1 273 110	1 451 543	gpt	1 237 573
4	1 447 273	1 516 446	gpt	gpt	gpt	1 448 995	1 501 667	1 673 352	gpt	gpt
5	1 350 656	1 352 077	gpt	gpt	gpt	1 369 531	1 371 104	1 385 173		gpt
6	964 860	961 116	964 890	gpt	1 102 181	921 022	963 876	1 116 514	970 046	gpt

Lots	Estimations	STR/ Lamblin	Duval/ Faignot/DLE	Duval/DLE/ COCH	Duval/ COCH	LDE/TEF	SOGEA	STPV	SADE	SEMIP
1	1 337 414	1 303 024			1 326 539			1 503 664	--	--
2	1 065 757								--	--
3	1 247 863		1 209 353				1 421 823	1 407 619	1 500 452	--
4	1 447 272			1 404 242		1 477 314	1 653 216	1 527 206	1 680 555	--
5	1 350 656				1 385 989	1 310 125	1 446 754	1 450 324	1 478 529	--
6	964 860				957 196				999 894	--

Lots	Estimations	EI	% par estimations
1	1 337 414	--	-- 2,54
2	1 065 757	--	-- 2,64
3	1 247 863	--	-- 3,09
4	1 447 272	--	-- 2,93
5	1 350 656	--	-- 3,00
6	964 860	--	-- 4,54

Lots	Composition des lots
1	Dunkerque, sections Centre, Malo Rosendael, Petite Synthe
2	Dunkerque section centre Rosendael
3	Coudekerque Branche, Bourbourg, Fort Mardick, Holque, Leffrinckoucke, Watten, Zuydcoote
4	Cappelle la Grande, Grand Fort Philippe, St Pol sur Mer, Teteghem
5	Ville de Coudekerque Branche
6	Craywick T6

Les attributaires (de un ou plusieurs «lots») sont successivement les suivants :

Année 1993	Année 1994	Année 1995	Année 1996
Lamblin	Lamblin	Lamblin	Lamblin
Faignot	Faignot	Faignot	Faignot
Duval	Duval	Duval	
TEF	TEF	TEF	
LDE	LDE		
		STR	
	gpt STR/Lamblin		gpt STR/Lamblin
		gpt Faignot/DLE	
		gpt Duval/Faignot	
			gpt Duval/Faignot/DLE
			gpt Duval/DLE/Cochery
			gpt LDE/TEF

Les éléments qui précèdent font apparaître les évolutions retracées ci-après :

- de 1993 à 1994

Les cinq attributaires de l'année 1993 sont reconduits en 1994 comme attributaires individuels d'un, de deux, voire de trois marchés.

- de 1994 à 1995

Quatre des cinq attributaires individuels de l'année 1994 sont reconduits comme tels en 1995.

STR, associée d'un groupement en 1994, apparaît également à titre individuel en 1995.

Sur les six entreprises attributaires de 1994 (dont 5 étaient déjà attributaires en 1993), cinq sont reconduites.

La nouveauté de l'année 1995 réside dans la disparition de LDE de la liste des attributaires.

Dans le même temps, l'entrée en lice de DLE s'effectue au travers d'une participation à un groupement Faignot//DLE, le partenaire Faignot figurant parmi les attributaires individuels des années antérieures et de l'année 1995.

Par ailleurs, apparaît un second groupement composé de deux entreprises (Duval et Faignot) déjà présentes dans la liste des attributaires individuels en 1993, 1994 et 1995.

- de 1995 à 1996

Deux des attributaires individuels de l'année 1995 sont reconduits comme tels en 1996 cependant que les 3 autres attributaires individuels de l'année 1995 sont reconduits au travers de leur participation à quatre groupements.

Une première nouveauté tient à la réapparition de LDE, qui se réalise au travers du groupement LDE/TEF.

Une seconde tient à l'arrivée d'une entreprise nouvelle, Cochery, au travers d'un autre groupement Duval/DLE/Cochery.

Hormis ces deux changements, la consultation de 1996 se caractérise par une étroite continuité dans la mesure où l'on retrouve toutes les entreprises de l'année précédente.

Quant aux conditions d'introduction du nouvel entrant (Cochery), elles sont analogues à celles de DLE en 1995 étant donné que Cochery se trouve intégré dans un groupement composé de deux entreprises déjà attributaires antérieurement.

On observe également un recours plus fréquent aux groupements (quatre groupements attributaires pour seulement deux entreprises attributaires individuelles). Par ailleurs, certains groupements sont composés de trois entreprises, contre deux seulement antérieurement.

Au total, avec le retour de LDE et l'apparition de Cochery, huit entreprises deviennent attributaires, individuellement ou par le biais de groupements.

Les modalités de soumission des entreprises permettent de faire les constatations ci-après :

1. - Duval

Duval a adopté le comportement et obtenu les résultats suivants :

- en 1993 : a soumissionné à titre individuel aux 8 marchés et obtenu 2 marchés.
- en 1994 : a soumissionné à titre individuel aux 10 marchés et obtenu 2 marchés.
- en 1995 : a soumissionné à titre individuel à 9 marchés, en groupement au dixième marché et obtenu 3 marchés à titre individuel et 1 marché en groupement (avec Faignot).
- en 1996 : a soumissionné à titre individuel à 1 marché, et en groupement aux 5 autres marchés, obtenu 2 marchés en groupement (avec Faignot et DLE, d'une part, Cochery et DLE, d'autre part).

2. - DLE

Implantée hors du périmètre du SIAERD, DLE s'est portée candidate en 1994 et a pu commencer à soumissionner en 1995.

Elle a adopté le comportement et obtenu les résultats suivants :

- en 1995 : a soumissionné à un seul marché en groupement et obtenu l'attribution de ce marché avec son partenaire Faignot.
- en 1996 : a soumissionné à titre individuel à 3 marchés et en groupement à 2 marchés, et obtenu ces 2 marchés en groupement (d'une part, avec Duval et Faignot et, d'autre part, avec Duval et Cochery).

3. - Faignot

Implantée en bordure du périmètre du SIAERD, Faignot soumissionne de longue date aux marchés de ce syndicat de communes.

Elle a adopté le comportement et obtenu les résultats suivants :

- en 1993 : a soumissionné à titre individuel aux 8 marchés et obtenu 2 marchés.
- en 1994 : a soumissionné à titre individuel aux 10 marchés et obtenu 3 marchés.
- en 1995 : a soumissionné à titre individuel à 8 marchés, en groupement aux deux autres marchés, obtenu 1 marché en individuel et 2 marchés en groupement (dans un cas avec DLE et dans un autre avec Duval).
- en 1996 : a soumissionné à titre individuel à 5 marchés et pour le dernier marché en groupement et obtenu 1 marché en individuel et 1 marché en groupement (avec Duval et DLE).

4. - Cochery

Implantée dans le périmètre du SIAERD, Cochery a commencé à soumissionner en 1994.

Elle a adopté le comportement et obtenu les résultats suivants :

- en 1994 : a soumissionné à titre individuel à 8 marchés et obtenu aucun marché.
- en 1995 : n'a pas soumissionné et n'a donc obtenu aucun marché.
- en 1996 : a soumissionné à titre individuel à 1 marché, en groupement à 4 marchés, 1 fois avec Duval/DLE et 3 fois avec Duval et obtenu 1 marché en groupement (avec Duval et DLE).

Il convient de noter que Cochery est aussi intervenue comme sous-traitante.

5. - STR et Lamblin

Ces deux entreprises, implantées dans le périmètre du SIAERD, soumissionnent de longue date aux marchés de ce syndicat de communes.

Elles ont adopté le comportement et obtenu les résultats suivants :

STR :

- en 1993 : a soumissionné à titre individuel aux 8 marchés et n'a obtenu aucun marché.
- en 1994 : a soumissionné à titre individuel à 9 marchés, et en groupement sur 1 marché et obtenu ce dernier marché en groupement (avec Lamblin).
- en 1995 : a soumissionné à titre individuel aux 10 marchés et obtenu 1 marché.
- en 1996 : a soumissionné à titre individuel à 5 marchés et en groupement pour le sixième marché et obtenu ce dernier marché en groupement (avec Lamblin).

Lamblin :

- en 1993 : a soumissionné à titre individuel aux 8 marchés et obtenu 2 marchés.
- en 1994 : a soumissionné à titre individuel à 7 marchés, en groupement sur 1 marché et obtenu 2 marchés en individuel et un marché en groupement (avec STR).
- en 1995 : a soumissionné à titre individuel aux 10 marchés et obtenu 2 marchés.
- en 1996 : a soumissionné à titre individuel à 5 marchés et en groupement sur 1 marché et a obtenu un marché en individuel et un marché en groupement (avec STR).

6. - TEF et LDE

Ces deux entreprises, implantées dans le périmètre du SIAERD, soumissionnent de longue date aux marchés de ce syndicat de communes.

Elles ont adopté les comportements et obtenu les résultats suivants :

TEF :

- en 1993 : a soumissionné à titre individuel aux 8 marchés et obtenu 1 marché.
- en 1994 : a soumissionné à titre individuel à 9 marchés et obtenu 1 marché.
- en 1995 : a soumissionné à titre en individuel à 10 marchés et obtenu 1 marché.
- en 1996 : a soumissionné à titre en individuel à 3 marchés, en groupement à 2 marchés (avec LDE) et obtenu 1 de ces marchés en groupement.

LDE :

- en 1993 : a soumissionné à titre individuel aux 8 marchés et obtenu 1 marché.
- en 1994 : a soumissionné à titre individuel aux 10 marchés et obtenu 1 marché.
- en 1995 : a soumissionné à titre individuel à 10 marchés et obtenu aucun marché.
- en 1996 : a soumissionné à titre individuel à 4 marchés, en groupement à 2 marchés (avec TEF) et obtenu 1 de ces marchés en groupement.

■ B. - Le comportement d'ensemble des entreprises

L'analyse des résultats des procédures d'appel d'offre montre que toutes les entreprises attributaires ont concentré leurs efforts sur un, deux et plus exceptionnellement trois marchés seulement.

Ces comportements sont schématisés, pour les années 1995 et 1996, dans les tableaux suivants où sont symbolisées les offres d'un montant inférieur à l'estimation, et où seront considérés comme «*privilegiés*» les

deux marchés de chacune des entreprises pour lesquels les «*rabais*» sont les plus importants.

Les deux meilleures offres (ou la meilleure, le cas échéant, s'il n'y en a qu'une en deçà de l'estimation) de chaque entreprise sont indiquées en hachuré. Les autres offres présentées par les autres entreprises et qui sont inférieures à l'estimation sont indiquées en grisé.

Année 1995	Marché 1	Marché 2	Marché 3	Marché 4	Marché 5	Marché 6	Marché 7	Marché 8	Marché 9	Marché 10
Lamblin										
Duval										
TEF										
Faignot										
STR										
DLE										
LDE										
	*					**				
Attributaires	Faignot/ DLE	Faignot	STR	Duval	Lamblin	Duval/ Faignot	Tef	Duval	Duval	Lamblin

* marché 1 gpt Faignot/DLE - ** marché 6 gpt Duval/Faignot

Ainsi, en ce qui concerne :

Lamblin :

Les 2 offres les plus compétitives de cette entreprise, faites sur les marchés 5 et 10 n'ont pas rencontré de véritables concurrents, c'est-à-dire qu'aucune des autres entreprises mises en cause n'a choisi de privilégier ces deux marchés.

Duval :

Une des 2 offres les plus compétitives de Duval (marché 6) coïncide avec une des offres compétitives de Faignot, mais il s'agit précisément de l'offre faite en groupement avec Faignot.

Aucune des autres entreprises, en dehors de l'associé Faignot, n'a donc choisi de privilégier ce marché.

La seconde offre compétitive de Duval (marché 9) a rencontré un concurrent (LDE).

TEF :

La seule offre compétitive de TEF (marché 7) n'a rencontré aucun concurrent ayant fait le même choix.

Faignot :

La première offre compétitive de Faignot (marché 2) n'a rencontré aucun concurrent ayant fait le même choix.

La seconde offre compétitive de Faignot (marché 6) coïncide avec une des offres compétitives de Duval, mais il s'agit précisément de l'offre faite en groupement avec Duval.

Aucune des autres entreprises, en dehors de l'associé Duval, n'a donc choisi de privilégier ce marché.

STR :

La seule offre compétitive de STR (marché 3) a rencontré un concurrent (LDE).

DLE :

La seule offre compétitive de DLE (marché 1) n'a pas rencontré de concurrent, étant précisé que cette offre correspond à une proposition en groupement avec Faignot.

Aucune des autres entreprises, en dehors de l'associé Faignot, n'a donc choisi de privilégier ce marché.

LDE :

Comme indiqué précédemment, les deux offres compétitives de LDE ressortent «*contrées*», l'une par Duval, l'autre par STR.

Ainsi, hormis les propositions de LDE, les choix faits par les entreprises en 1995 ne se contrarient pas.

Année 1996	Marché 1	Marché 2	Marché 3	Marché 4	Marché 5	Marché 6
Lamblin						
Duval						
TEF						
Faignot						
STR						
DLE						
Cochery						
LDE						
Attributaires	* gpt 1	Lamblin	** gpt 2	*** gpt3	**** gpt 4	Faignot
* gpt 1 STR/Lamblin - ** gpt 2 Duval/Faignot/DLE - *** gpt 3 Duval/DLE/Cochery - **** gpt 4 TEF/LDE						

Ainsi :

Lamblin a privilégié le marché n° 2, sur lequel il ne rencontre pas de concurrents ayant fait le même choix.

Duval a privilégié le marché n° 3, sur lequel il rencontre DLE mais c'est justement un marché pour lequel il se présente groupé avec DLE (et Faignot).

TEF a privilégié le marché n° 5, sur lequel il rencontre LDE, mais c'est précisément le marché pour lequel il se présente groupé avec LDE.

Faignot a privilégié le marché n° 6 sur lequel il ne rencontre pas de concurrents ayant fait le même choix.

STR a privilégié le marché n° 1, sur lequel il ne rencontre pas de concurrents ayant fait le même choix, étant précisé qu'il partage ce marché avec Lamblin.

DLE a privilégié le marché n° 3, sur lequel il rencontre Duval, mais comme indiqué ci-dessus, c'est justement le marché pour lequel il se présente groupé avec Duval (et Faignot).

Cochery a privilégié le marché n° 4, sur lequel il ne rencontre pas d'autres concurrents que Duval et DLE avec lesquels il partage ce marché.

LDE a privilégié le marché n° 5, sur lequel il rencontre TEF, mais c'est justement le marché pour lequel il est groupé avec TEF.

En résumé, en 1996, la meilleure offre de chacune des entreprises attributaires, autrement dit le choix du marché privilégié, ne coïncide jamais avec le choix d'une autre entreprise (hormis la circonstance d'un groupement où se rejoignent les choix des entreprises groupées).

■ C. - Les indications d'une note manuscrite provenant de LDE

Dans l'agenda professionnel de M. Proix, ingénieur chargé du service distribution au sein de la société Lyonnaise des eaux, figurait une note manuscrite comportant essentiellement une liste d'entreprises, des lettres (A, B, C et D), des chiffres rattachés à ces lettres, quelques noms de communes, les numéros de téléphone de la majeure partie des entreprises listées, et pour certaines de ces entreprises, quelques noms de personnes.

Au vu des éléments qui précèdent et des déclarations des responsables des entreprises concernées, recueillies par les enquêteurs et qui seront relatées dans la partie II de la présente décision, le rapporteur a estimé qu'il existait au dossier un certain nombre d'indices d'entente anticoncurrentielle qu'il a définis comme suit :

- 1^{er} et 4^e indices : les attributaires de 1993 (Lamblin, Faignot, Duval, TEF et LDE) ont toujours été régulièrement reconduits chaque année (sauf LDE, en 1995) ; en 1996, alors que le nombre plus réduit des marchés faisant l'objet d'appels d'offres aurait dû entraîner une réduction du nombre des entreprises bénéficiaires, les groupements se sont, au contraire, étoffés à 3 entreprises, de telle sorte qu'aucune des entreprises attributaires de 1995 ne s'est trouvée exclue des attributions de 1996.
- 2^e indice : les nouveaux attributaires (Eurovia STR, DLE et Cochery), se sont introduits exclusivement au travers de groupements les associant aux entreprises en place.

- 3° indice : les groupements se sont, en général, développés en associant des entreprises habituées à répondre individuellement, et continuant aussi à répondre individuellement.
- 5° indice : certains groupements ne répondaient pas à une nécessité technique ou de concentration de moyens mais traduisaient la volonté des entreprises de se répartir les marchés et d'ajuster collectivement les variations de charges de travail.
- 6° indice : les entreprises se groupaient pour certains marchés (parfois à 3), alors qu'elles pouvaient répondre individuellement.
- 7° indice : les entreprises ont adopté et répété un même comportement consistant en une limitation de leurs objectifs (elles ne s'intéressaient qu'à un seul ou quelques marchés du SIAERD) ; en principe, la meilleure offre de chacune des entreprises attributaires ne coïncidait jamais avec la meilleure offre d'une autre entreprise (sauf en cas de constitution d'un groupement).
- 8° indice : la société LDE a établi, avant la remise des offres, une note manuscrite révélant l'existence d'un échange d'informations sur la constitution de groupements et sur les prix de soumissions.

Un grief de concertation visant à une répartition de marchés a été notifié sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce, aux sociétés Eurovia Nord, Devin Lemarchand environnement (ci-après DLE), Duval, Lamblin, Lyonnaise des eaux (ci-après LDE), Eurovia STR (ci-après STR), Travaux et entreprise des Flandres (ci-après TEF) et Faignot.

S'agissant de la société Cochery Bourdin chaussé, le grief a été notifié dans un premier temps à la société Eurovia Nord, au motif que celle-ci assurait la continuité organique et juridique de la société Cochery. A la suite des observations de la société Eurovia Nord soutenant que les pratiques devaient être imputées, non à elle-même mais à la société Eurovia, le rapporteur a également notifié le grief à cette dernière société ; une notification de griefs complémentaire a, en conséquence, été adressée aux huit entreprises énumérées au paragraphe précédent et à la SA Eurovia.

Le rapport établi au vu des observations des entreprises et du commissaire du Gouvernement considère que la participation des entreprises Eurovia Nord, SA Eurovia, STR Huys, DLE, Duval, Lamblin, TEF et Faignot à la pratique prohibée est démontrée pour les années 1995 et 1996 et que celle de la Lyonnaise des eaux est démontrée pour l'année 1996.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil de la concurrence

■ A. - Sur la procédure

1. - Sur l'information concernant l'objet de l'enquête

Considérant que la SA Eurovia soutient que le procès-verbal de communication établi le 21 novembre 1996 par les enquêteurs dans les locaux de la société

Cochery est irrégulier dans la mesure où la demande de communication a été formulée en des termes généraux et imprécis ne mentionnant pas expressément l'étendue de l'enquête ; qu'elle ajoute que ce défaut d'information est d'autant plus grave que la personne ayant reçu les enquêteurs était une secrétaire qui, de par ses fonctions, n'était pas la mieux à même de répondre aux questions de ces derniers ;

Mais considérant, en premier lieu, qu'aux termes d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 20 novembre 2001, société Bec frères, *«la mention préimprimée sur le procès-verbal selon laquelle l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue suffit à justifier, jusqu'à preuve contraire, de l'indication de cet objet»* ; que le procès-verbal de communication contesté comporte la mention préimprimée suivante : *«nous (...) lui avons indiqué l'objet de notre enquête relative à la situation de la concurrence au regard des titres III et IV de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 dans le secteur des marchés de travaux portant sur les réseaux de distribution d'eau»* ; que cette formule démontre que l'objet et l'étendue de l'enquête ont bien été communiqués à la personne qui a remis les pièces aux enquêteurs ;

Considérant, en second lieu, qu'aucune disposition législative ou réglementaire n'interdit aux enquêteurs de demander la communication de pièces visées à l'article L. 450-3 du code de commerce, à une secrétaire présente dans les locaux auxquels ils accèdent ; qu'au surplus, le procès verbal mentionne que *«M. Pascal Duthoo, chef de secteur, empêché, a été contacté par téléphone pour l'informer du contrôle et de l'objet de l'enquête»* ; que cette indication permet de constater que l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves a été respectée ; qu'enfin et en tout état de cause, les documents recueillis le 21 novembre 1996 n'ont pas été utilisés pour établir le grief notifié ;

564

2. - Sur les destinataires de la notification de griefs

Considérant qu'aux termes d'une jurisprudence constante, et notamment de l'arrêt Enichem Anic Spa du tribunal de première instance des Communautés européennes du 17 décembre 1991, *«lorsque l'existence d'une infraction est établie, il convient de déterminer la personne physique ou morale responsable de l'exploitation de l'entreprise au moment où l'infraction a été commise, afin qu'elle réponde de celle-ci»* ; que la Cour de cassation a précisé, dans l'arrêt du 20 novembre 2001, précité, que *«(...) l'entreprise dont les moyens humains et matériels ont concouru à la mise en œuvre d'une pratique prohibée par les dispositions des articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devenus les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce encourt les sanctions prévues à l'article 13 devenu L. 464-2 du même code tant qu'elle conserve une personnalité juridique indépendamment de la cession desdits moyens humains et matériels...»*

Considérant que le fonds de commerce de travaux publics et privés précédemment exploité par la SARL Cochery Bourdin chaussé (n° Siret B 348866260), a, lors d'une assemblée générale extraordinaire de la SNC Eurovia Nord tenue en février 1999, été apporté par la société Eurovia à la SNC Eurovia Nord, qui est immatriculée au RCS sous le numéro B 420504466

et dont le siège se trouve à Villeneuve d'Ascq, 18 rue Alfred de Vigny ; que la SA Eurovia, société holding dont le siège social se trouve à Rueil Malmaison, exerce ses activités sous le même numéro Siret que la SARL Cochery Bourdin chaussé ; que la SNC Eurovia Nord explique, dans ses observations écrites, que la SARL Cochery Bourdin chaussé s'est transformée en société anonyme et a changé de dénomination pour prendre celle d'«Eurovia» ; que, dès lors, si le fonds de commerce de cette SARL a été transféré à la SNC Eurovia Nord, la continuité organique et juridique de la SARL Cochery Bourdin chaussé n'en est pas moins assurée par la SA Eurovia, qui lui a succédé dans ses droits et obligations et que c'est à cette dernière société que doivent être imputés les faits susceptibles d'être relevés à l'encontre de la société Cochery Bourdin chaussé ;

Considérant qu'en raison des interrogations que lui a paru devoir susciter la pertinence de la jurisprudence précitée et l'opportunité de son maintien, le rapporteur a notifié un grief à la société Eurovia et à la société Eurovia Nord ; que les deux sociétés soutiennent que cette double notification viole le principe de la personnalité des poursuites et des sanctions et entache toute la procédure d'un vice irrémédiable ;

Mais considérant que s'il a été jugé par un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 13 mars 2001, société Entreprise Jean Lefebvre Méditerranée, que le principe de la proportionnalité des sanctions est applicable devant le Conseil de la concurrence, et si la même analyse doit aussi prévaloir en ce qui concerne le principe de la personnalité des poursuites, corollaire du précédent, les sociétés Eurovia et Eurovia Nord, qui ont l'une et l'autre présenté leur défense sur les faits relevés à l'encontre de la société Cochery, ne démontrent pas en quoi ces deux principes auraient été mis en échec par la double notification effectuée pour des considérations d'ordre juridique, dès lors que ne saurait, en tout état de cause, être sanctionnée par le conseil, si le grief est retenu, que celle des deux sociétés qui assure la continuité organique et juridique de la société Cochery, peu important le transfert de fonds de commerce intervenu au bénéfice de l'autre ;

3. - Sur l'information relative au grief notifié

Considérant qu'il est encore prétendu par les entreprises mises en cause que la notification de grief n'était pas suffisamment précise ; que la société Lamblin soutient que les éléments de preuve n'étaient pas individualisés ; que la SA Eurovia fait valoir qu'elle n'a pu «identifier les chefs de griefs que la notification de griefs prétend mettre à (leur) charge au sein des pratiques alléguées vis-à-vis des autres entreprises mises en cause» ; que le marché et la période concernés ne seraient pas clairement exposés ;

Considérant, cependant, s'agissant de l'individualisation des éléments de preuve, qu'il résulte de la rédaction de la notification de grief que chaque indice concernait toutes les entreprises en cause, sauf observation particulière ; que, concernant l'objet du grief, la notification énonce que «le présent rapport porte (...) sur les investissements réalisés par le SIAERD en matière de renforcement et d'extension des canalisations, opérations don-

nant lieu à des consultations d'entreprises de pose des canalisations (...) le rapport sera essentiellement axé sur les marchés relatifs à la pose de canalisations de moins de 400 mm» ; qu'elle se termine par la phrase suivante : «L'analyse à laquelle il a procédé conduit le rapporteur à retenir (...) le grief suivant : concertation visant à répartir les marchés» ; que les entreprises concernées ne pouvaient, dès lors, que conclure que la notification de grief portait sur une concertation visant à répartir les marchés relatifs à la pose de canalisations de moins de 400 mm. dans le cadre des investissements réalisés par le SIAERD ; que la notification de grief a analysé le comportement des attributaires au cours des années 1993 à 1996 avant de retenir l'existence d'une «concertation visant à répartir les marchés» ; que le rapport a précisé que la participation de ces entreprises était établie pour les années 1995 et 1996 ; que les entreprises concernées ne pouvaient donc conclure que la notification visait une période différente de celle couverte par ces deux années ; qu'en conséquence, le moyen doit être écarté ;

■ B. - Sur le fond

1. - Sur l'existence de la pratique en cause

a) Sur la reconduction des entreprises attributaires

Considérant que le rappel des faits figurant dans la partie I de la présente décision permet de constater que les sociétés attributaires en 1993 (Lamblin, Faignot, Duval, TEF et LDE) ont toujours été régulièrement reconduites chaque année (sauf LDE en 1995), y compris en 1996 ; que les entreprises ont adopté ou reproduit un même comportement consistant en une limitation de leurs objectifs à quelques marchés du SIAERD sur lesquels elles concentraient leurs efforts en ce qui concerne les rabais qu'elles proposaient ; que l'analyse des résultats de 1995 et 1996 (ci-dessus, partie I.B) fait apparaître, par ailleurs, que, sauf exception, la meilleure offre de chacune des entreprises attributaires n'a jamais coïncidé avec la meilleure offre d'une autre entreprise, mis à part le cas de constitution d'un groupement ; que, dès lors que la composition des marchés n'a jamais été la même d'une année sur l'autre, les constatations ainsi effectuées qui, par leur répétition, excluent l'effet du hasard, ne peuvent davantage trouver d'explication dans une éventuelle volonté des soumissionnaires de conserver des lots sur lesquels ils auraient travaillé et de consentir pour cela à baisser leurs prix ; qu'elles constituent un indice d'entente de répartition de marchés ;

b) Sur le recours aux groupements

Considérant que les entreprises STR, DLE et Cochery se sont introduites dans la compétition et ont remporté des marchés exclusivement au travers de groupements les associant aux entreprises en place ; que les groupements se sont, en général, développés entre entreprises habituées à répondre individuellement et continuant aussi à répondre de cette manière ; qu'en 1996, alors que le nombre de marchés ayant fait l'objet d'un appel d'offres a

diminué, passant de dix en 1995 à six en 1996, ce qui pouvait laisser présager une réduction du nombre des entreprises bénéficiaires, le nombre des groupements et des entreprises composant ces groupements a augmenté, de telle sorte qu'aucune des entreprises attributaires de 1995 ne s'est trouvée exclue des attributions de 1996 ;

Considérant qu'en vertu d'une jurisprudence constante (CA Paris, 5 déc. 2000 SA Entreprise industrielle ; Cons. conc. n° 98-D-26 du 7 avr. 1998 ; Cons. Conc. n° 99-D-11 du 9 févr. 1999), la constitution, par des entreprises indépendantes et concurrentes, d'un groupement en vue de répondre à un appel à concurrence ne constitue pas en soi une pratique prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ; que, cependant, il résulte des déclarations recueillies au cours de l'enquête et ci-après reproduites qu'au cas d'espèce, les groupements constitués ne répondaient pas à des impératifs techniques ou de concentration de moyens mais avaient essentiellement pour objet d'assurer une répartition de l'ensemble des travaux entre les entreprises et que, dans plusieurs cas, d'ailleurs, les entreprises membres des groupements sont, en réalité, intervenues seules, dans le cadre d'une répartition géographique des chantiers, ou n'ont fourni aucune prestation :

- Déclarations de M. Duthoo, chef de secteur de l'entreprise Cochery (cotes 185 et suivantes des annexes du rapport) :

« Mon agence avait la possibilité de réaliser des travaux pour le compte du SIAERD dans le cadre de ses consultations (en 1996) pour une valeur globale de 500 000 F sur deux ou trois marchés soit en réfection (dans le cadre d'un groupement ou d'une sous-traitance) soit en pose de canalisations et dans ce cas soit sur un marché individuel soit sur un ou deux marchés en groupement.

Le chiffre d'affaires de l'agence est représenté pour l'essentiel par l'activité VRD (95 %, y compris la part assainissement). Le chiffre eau potable est donc limité (0 à 5 %). Il s'agit surtout dans ce domaine de conserver des références et un savoir faire en pose.

M. Duval m'a téléphoné pour savoir si j'étais intéressé par un travail en groupement sachant que je travaille souvent en réfection d'assainissement ou en entretien de routes (enrobés).

J'ai donné mon accord en disant que j'étais aussi référencé en pose de conduite éventuellement.

J'ai été voir M. Duval.

Il m'a dit faire les études pour les marchés où on serait conjoints (1 Ville de Cappelle Grand Fort etc. 2 Centre Malo Rosendael Petite Synthe 3 Craywick).

Je suis retourné chez M. Duval pour la signature des marchés groupés en adoptant les détails estimatifs qu'il avait étudiés.

Entre temps j'avais consulté M. Christophe Bourse, conducteur de travaux de la société Cochery à Santes afin d'avoir une idée des prix. M. Bourse avait travaillé précédemment chez Lamblin. M. Bourse n'a pas fait de détails estimatifs mais seulement indiqué des idées de prix de vente usuel. Ayant ces éléments en tête j'ai vu que les prix étudiés par Duval étaient compétitifs. J'ai donc adopté les prix des détails estimatifs de Duval et

signé les actes d'engagement. M. Duval m'a donné copie des actes d'engagement et a déclaré m'envoyer ultérieurement les détails estimatifs des marchés pour lesquels nous serions adjudicataires.

La répartition des travaux n'était pas du tout définie. Je pouvais éventuellement intervenir soit en pose soit en réfection.

Lors de la signature de l'acte d'engagement du marché Cappelle Grand Fort, Monsieur Corre de la société DLE était également présent. C'est à ce moment là que j'ai su que la société DLE participait à l'un des groupements. Il m'a été dit que la société DLE participerait sur la pose. L'entreprise Duval était chargée d'envoyer les plis (...).

Par ailleurs Monsieur Yon de l'entreprise Lamblin m'a contacté pour savoir si j'étais intéressé par une sous-traitance de réfection sur un marché qu'il m'a lui même défini (Dunkerque section Centre Malo Rosendael et Petite Synthe).

J'ai accepté. Lamblin m'a donc proposé une sous-traitance d'environ 150 000 francs et m'a donné à signer l'annexe d'agrément d'un sous-traitant sans m'indiquer le montant de son offre».

- Déclarations de M. Edgard Duval, gérant de la SARL Duval (cotes 141 et suivantes) :

«DLE a pris l'initiative de nous appeler. J'ai fait valoir que ce n'était pas tellement son secteur mais il tenait à soumissionner.

J'ai donc accepté de faire deux groupements avec DLE.

S'agissant de Faignot nous avons l'habitude de travailler ensemble. Il se peut que j'aie moi-même appelé Faignot.

J'ai dit à Faignot que DLE voulait avoir quelque chose et qu'il était possible de l'intégrer compte tenu du nombre de rues à réaliser».

- Déclarations de M. Corre, chef de centre de l'entreprise DLE (cotes 160 et suivantes) :

«Les travaux que nous exécutions pour Transmanche se sont terminés fin 1994. Cette baisse d'activité importante (très) nous a déterminés à soumissionner dans une zone géographique plus étendue (...) En 1995 je n'ai soumissionné auprès du SIAERD que pour un marché d'eau potable en raison de mon chiffre d'affaires et de la diversité d'activité que je dois maintenir.

En 1996 dans le même cadre, j'ai soumissionné pour des marchés plus nombreux pour augmenter mon CA.

Pour le marché de 1995 précité, j'ai soumissionné en groupement sur des travaux dont je n'ai exécuté aucune partie du fait de ma charge de travail.

Ceci explique le fait que je n'ai aucun dossier aujourd'hui relatif à cette affaire. J'ignore le montant du marché, quels travaux ont été effectués.

Pour les deux marchés de 1996 : je n'ai pas de conventions de groupement puisqu'aucune n'a été établie (pas plus qu'en 1995) avec les entreprises qui ont cosigné les actes d'engagement.

Les groupements ont plutôt été conçus comme un instrument pour répartir le chiffre d'affaires généré par ces marchés. Matériellement les travaux sont scindés et chacun exécute sa part sous sa propre responsabilité. Compte tenu de la baisse d'activité au plan local dans notre secteur d'activité, nous avons soumissionné, cette année, dans le cadre de groupements plus importants (3 entreprises) ce qui permet de répartir l'activité. Sur ces deux marchés j'ai réalisé une part des travaux. Un autre avantage du groupement réside dans le fait que si un membre est dans l'impossibilité (planning) de réaliser des travaux un autre membre du groupement peut palier la carence. Nous nous groupons donc puisque cette modalité offre une souplesse d'action par rapport à un chiffre d'affaires déterminé. Les groupements ont été constitués de manière informelle».

- Déclarations de M. Dellienne, directeur administratif et président du conseil d'administration de la société Faignot (cotes 167 et suivantes) :

«Jusqu'en 1994 je répondais individuellement sur le SIAERD. Depuis 95, j'ai choisi de répondre en groupement avec Duval et DLE. Cette façon de faire permet de limiter les risques et donne plus de souplesse dans la répartition de la charge de travail.

Ainsi en 95, j'ai eu 2 marchés avec Duval et DLE. Ma charge de travail étant au jour le jour ces deux entreprises m'ont cédé leur part complète.

En 96, sur le marché commun avec Duval et DLE, je ne ferai presque rien, DLE récupérera ce qu'il m'a cédé l'année dernière.

Sur Craywick, j'ai répondu seul, s'agissant d'un travail qui ne peut être scindé en plusieurs parties pour sa réalisation.

Dans les groupements la répartition prévisionnelle se faisait à part égale entre les associés et la répartition du travail de façon géographique sans mise en commun de moyens.

Le choix de Duval notamment et de DLE est lié à des affinités personnelles et à des habitudes de travail en commun (SIDEN avec Duval Moncheaux Mons et Attiches Mérignies)».

- Déclarations de M. Rodoz, directeur général adjoint de la STR (cote 173) :

«En 1994, nous nous sommes mis en groupement avec l'entreprise Lamblin pour un marché (extension Gravelines et Craywick) au 26 04 94 pour lequel un dossier a été enregistré avec un numéro d'étude. Une étude a été effectuée mais nous n'avons pas ouvert de chantier. Nous n'avons pas participé à son exécution.

En 1996, nous avons refait un groupement avec Lamblin pour le marché (renforcement et extension secteur Dunkerque centre, Malo, Rosendael et Petite Synthe) au 23 02 96.

Un dossier a été enregistré avec un numéro d'étude (96079). Nous n'avons pas effectué l'étude de prix, et nous n'avons pas réalisé de travaux, à ce jour.

Pour ces deux groupements nous ne disposons pas de convention ; celles-ci ne sont établies qu'en cas de réalisations communes».

«Au moment de la réalisation des marchés obtenus le planning des charges ne nous permettant pas d'intervenir nous avons demandé à l'entreprise Lamblin, avec laquelle nous étions groupés, de réaliser notre part».

Considérant, en outre, que le planning des travaux adressé au SIAERD par la société Duval, relativement aux deux «lots» obtenus en groupement en 1996 (cotes 149 et suivantes), montre que les entreprises n'avaient pas prévu de travailler conjointement sur les chantiers mais que les chantiers étaient répartis entre elles ;

Considérant que les sociétés Lamblin, Duval, Faignot et STR n'ont pas estimé nécessaire de constituer des groupements en 1993 pour répondre, avec succès pour les cinq premières, aux appels d'offres organisés par le SIAERD, alors même que le dossier ne met pas en évidence des caractéristiques différentes entre ces marchés et ceux passés les années suivantes ; qu'en 1994, les sociétés Duval et Faignot n'ont pas non plus constitué de groupement et ont néanmoins remporté des marchés ; que, s'agissant de la société Lamblin, elle a, parallèlement à l'offre en groupement avec STR en 1994, présenté des offres individuelles sur d'autres lots, avec succès pour deux d'entre eux ; que les sociétés Lamblin et STR ont été attributaires individuellement de marchés en 1995 et 1996 ; qu'en 1996, la présentation d'une offre groupée avec STR n'a pas empêché Lamblin de présenter une offre individuelle ; qu'il n'est pas contesté qu'aucune convention de groupement n'a été établie entre les sociétés Lamblin et STR ; qu'au regard de ce qui précède, la déclaration de M. Yon, directeur du service travaux de la société Lamblin, invoquée par STR pour justifier la constitution d'un groupement avec cette entreprise et selon laquelle : *«Lorsqu'il y a groupement, Lamblin s'associe avec une entreprise routière. Il est probable s'agissant du groupement Lamblin/STR de 1996 que j'ai moi-même contacté STR ; après accord, les responsables d'études de prix se réunissent chacun apportant ses prix sur l'ensemble du marché. En pratique on retient pour l'élaboration de l'offre commune les prix STR en réfection de voirie et les prix de Lamblin en terrassement et pose»*, n'est pas de nature à démontrer que le groupement en cause répondait à des nécessités techniques justifiées par les caractéristiques des marchés et les moyens des entreprises ;

Considérant que la société Duval invoque les compétences techniques de la société Cochery pour justifier la constitution du groupement Duval/DLE/Cochery ;

Mais considérant qu'il n'est pas contesté qu'il n'y a pas eu de discussion entre Duval et Cochery sur le choix des marchés censés être les plus à même de faire pleinement jouer l'efficacité liée aux complémentarités pré-tendues des deux entreprises ; qu'au contraire, M. Duthoo, chef de secteur de la société Cochery a déclaré, au sujet des marchés de 1996, que la répartition des travaux n'avait pas été définie et que son entreprise pouvait intervenir *«soit en pose, soit en réfection»* ; que cette société n'a découvert l'existence d'un troisième partenaire, la société DLE, qu'à la signature des actes d'engagement, ce qui confirme que la recherche d'une optimisation attendue de l'association des compétences n'a pas présidé à la constitution du groupement ; qu'en ce qui concerne les conditions de définition des prix de l'offre commune, la société Duval n'a associé ni Cochery, ni DLE ; qu'il

est indifférent à cet égard que la société Cochery ait vérifié que les prix qu'elle a calculés étaient «conformes» «aux prix usuels» «pratiqués sur d'autres secteurs géographiques», alors que la recherche d'une optimisation de l'association des compétences aurait dû conduire Duval à demander à Cochery le chiffrage correspondant aux travaux qui devaient revenir à cette entreprise ;

Considérant qu'il résulte de tous ces éléments que les groupements formés par les sociétés Lamblin, STR, Duval, Faignot, DLE et Eurovia n'étaient pas motivés par la recherche d'une complémentarité technique et constituent un indice supplémentaire d'entente entre ces entreprises ;

Considérant que, concernant le groupement constitué en 1996 entre les sociétés TEF et LDE, la société TEF fait valoir qu'elle ne disposait pas de la compétence nécessaire pour réaliser des marchés de canalisations en polyéthylène, que, pour de tels marchés, elle était contrainte de louer le matériel de soudure approprié et qu'elle ne disposait pas de soudeurs compétents pour exécuter ce type d'ouvrage ; qu'elle ajoute que les marchés ouverts à la concurrence par le SIAERD en 1996 concernaient toujours, à la différence des années précédentes, la pose de produits en polyéthylène ; que la société LDE déclare, pour sa part, n'avoir pas la compétence requise pour effectuer des travaux de terrassement ; qu'il n'est, dès lors, pas exclu que le groupement dont il s'agit ait été justifié par une complémentarité technique des deux entreprises ;

c) Sur la liste d'entreprises établie par M. Proix

Considérant que, M. Proix, ingénieur à la société LDE, chargé de la gestion d'eau potable dans le secteur compris entre la frontière belge et la limite du département du Pas de Calais, a déclaré aux enquêteurs que son entreprise avait pour mission de chiffrer les demandes de travaux de renforcement et d'extension du réseau émanant des communes, que le SIAERD constituait ensuite les lots et que la société LDE était chargée, sur la base des éléments fournis par le SIAERD, d'élaborer les dossiers de consultation ; qu'il a encore indiqué qu'à partir du 1^{er} janvier 1997, le syndicat de communes avait confié à la CUD (communauté urbaine de Dunkerque) la mission de maîtrise d'œuvre précédemment assurée de fait par la Lyonnaise (cotes 199 et 200) ;

Considérant que, dans l'agenda professionnel de M. Proix, figurait une note manuscrite comportant essentiellement la liste des entreprises ayant répondu à l'appel à concurrence lancé par le SIAERD en 1996, des lettres (A, B, C et D), des chiffres rattachés à ces lettres, quelques noms de communes, les numéros de téléphone de la majeure partie des entreprises listées, et pour certaines de ces entreprises, quelques noms de personnes ;

Sur les indications relatives aux entreprises, numéros de téléphone et noms de personnes

Considérant que la note dont il s'agit mentionne 14 entreprises (Duval, Cochery, Faignot, LDE, EI, SOGEA, TEF, STPV, STR, DLE, SEMIP, SADE, Entrepose et Lamblin) dont la liste correspond exactement à celle des entreprises admises à concourir au titre de l'année 1996, pour les conduites

allant jusqu'à 400 mm et pour les conduites de tout diamètre ; que dès lors que les sociétés SEMIP et EI, qui figuraient sur la liste établie par M. Proix, n'ont pas répondu à la consultation, il apparaît que cette liste a été établie avant la promulgation des résultats de la consultation ;

Sur les indications de communes

Considérant que cinq noms de communes (St-Pol, Holque, Craywick, Petite S, Rosendael) sont portés - après des mentions de lettres et/ou de chiffres - au regard de certains noms d'entreprises ; que le tableau ci-dessous met en parallèle, s'agissant des canalisations de moins de 400 mm, d'une part, la constitution des lots (les différents marchés) telle que prévue pour l'année 1996 selon deux documents de travaux prévisionnels à en-tête du SIAERD retrouvés dans les locaux de l'entreprise Duval (cote 206) et de l'entreprise DLE (cote 210), d'autre part, la composition des lots telle que réalisée selon les documents de la consultation (composition officielle des lots) ;

N° de lots	Composition des lots suivant prévisions	N° de lots	Composition officielle des lots
1	Holque Watten Bourbourg Fort Mardyck Zuydcoote Coudekerque Branche Leffrinckoucke	-	Coudekerque Branche Bourbourg Fort Mardyck Holque Leffrinckoucke Watten Zuydcoote
2	Saint Pol sur Mer Grand Fort Philippe Cappelle la Grande Teteghem	-	Cappelle la Grande Grand Fort Philippe Saint Pol sur Mer Teteghem
3	Petite Synthe Malo les Bains Rosendael Dunkerque	-	Ville de Dunkerque sections centre Malo les Bains Rosendael Petite Synthe
4	Rosendael Dunkerque	-	Ville de Dunkerque sections centre Rosendael
5	Coudekerque Branche	-	Ville de Coudekerque Branche commune de Craywick

Considérant que la comparaison des deux colonnes fait apparaître, dans la colonne «*composition officielle des lots*», outre la mention d'un lot supplémentaire (Craywick), en fait ajoutée à la main sur la liste initiale communiquée par l'entreprise DLE, de simples modifications dans l'ordre de désignation des communes ; que quatre des cinq noms de communes figurant sur la liste manuscrite de M. Proix correspondent à la commune tête de liste de quatre des cinq lots définis dans le programme prévisionnel des marchés de 1996 (St-Pol, Holque, Petite S. c'est-à-dire Petite Synthe, et Rosendael) ; que le cinquième nom de la note manuscrite Proix (Craywick) correspond au lot supplémentaire, qui est limité à la commune en question ; que, pour ce qui concerne le cinquième lot de la consultation de 1996, celui de Coudekerque Branche, il est très vraisemblablement désigné par l'abréviation CK figurant à la

fin de la ligne «*Faignot*» du document manuscrit, étant observé que l'abréviation DK est usuellement utilisée pour la ville de Dunkerque ; qu'ainsi, les communes mentionnées par M. Proix représentent d'une manière simplifiée l'ensemble des lots de la consultation 1996, tels que définis avant le lancement de la procédure de consultation ;

Sur la mention «mandataire»

Considérant que la mention «*mandataire*» figure deux fois, dès la première ligne, à proximité immédiate de Duval, et est suivie du nom d'une commune (St-Pol et Holque) ; qu'elle peut être interprétée comme s'appliquant à la notion de groupement ; qu'en effet, Duval a bien été le mandataire du groupement attributaire des marchés de Holque et de St Pol ;

Sur les mentions de lettres

Considérant que les lettres A, B, C et D sont mentionnées à proximité immédiate du nom de certaines entreprises ; que sur les onze mentions de lettres, seule la première lettre D est d'une attribution incertaine, en raison de son emplacement, comme pouvant désigner Faignot ou LDE ; qu'à ce stade de l'analyse, cette lettre est affectée à Faignot ;

Considérant que les autres attributions ne sont pas discutables ; qu'en résumé,

la lettre A, répétée 3 fois, est attribuée à 1 Duval, 2 Faignot et 3 DLE

la lettre B, répétée 3 fois, est attribuée à 1 Duval, 2 Cochery et 3 DLE

la lettre C, répétée 3 fois, est attribuée à 1 Cochery, 2 STR et 3 Lamblin

la lettre D, répétée 2 fois, est attribuée à 1 Faignot et 2 Lamblin

Considérant, par ailleurs, que si on adjoint à ces correspondances entre les lettres A, B, C, D et les noms des entreprises les noms de communes accolés à certaines de ces dernières (ainsi la commune de Holque, rapportée à l'entreprise Duval), sachant, comme il a été vu précédemment, que les noms de communes désignent les différents marchés, on aboutit au tableau synthétique suivant :

		Entreprises	Marchés
la lettre A	concerne concerne concerne	Duval Faignot Devin L	dont le nom est suivi de l'indication « <i>Holque</i> »
la lettre B	concerne concerne concerne	Duval Cochery Devin L	dont le nom est suivi de l'indication « <i>St Pol</i> »
la lettre C	concerne concerne concerne	Lamblin STR Cochery	«dont le nom est suivi de l'indication " <i>Petite S.</i> » (Pte Synthe)
la lettre D	concerne concerne	Faignot Lamblin	dont le nom est suivi de l'indication « <i>Craywick</i> » dont le nom est suivi de l'indication « <i>Rosendael</i> »

Considérant que les sociétés Duval, Faignot et DLE ont effectivement constitué un groupement qui a été attributaire du marché de «*Holque*» ; que les sociétés Duval, Cochery et DLE ont constitué un groupement qui a été effectivement attributaire du marché de «*St-Pol*» ; que les sociétés STR et Lamblin ont effectivement constitué un groupement qui a été attributaire du marché de «*Petite Synthe*» (correspondant à ville de Dunkerque Sections Centre, Malo, Rosendael, Petite Synthe) ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il existe une correspondance étroite entre l'affectation des lettres A et B et la distribution des entreprises entre les groupements constitués pour les soumissions ; qu'une correspondance existe également pour ce qui concerne la lettre C, même si une discordance partielle peut être relevée en ce que Cochery n'a pas constitué un groupement avec Lamblin et STR, mais avec Duval et DLE sur un autre marché ;

Considérant, enfin, que la lettre D se rapporte à deux entreprises qui ne se sont pas groupées entre elles pour répondre sur les 2 marchés indiqués de Craywick et Rosendael ; que s'agissant de cette dernière lettre, il n'y a donc pas apparemment de cohérence avec les résultats de la consultation ; que cette circonstance ne saurait, cependant, compte tenu des multiples coïncidences relevées sur les lettres A B et C, remettre en cause l'interprétation de ces lettres ; que l'absence de concordance, pour ce qui concerne la lettre D, atteste plutôt que la feuille manuscrite a été établie avant la remise des offres puisqu'elle contient des différences avec la réalité des soumissions ;

Considérant que la note manuscrite ne fait apparaître aucune mention concernant le marché de Coudekerque Branche ; que, cependant, dès lors que ce marché est revenu conjointement à LDE et à TEF, M. Proix, de LDE, rédacteur du document manuscrit, pouvait ne pas estimer nécessaire de noter ce qu'il savait devoir s'appliquer à sa propre entreprise ; que, parmi les entreprises attributaires mentionnées sur la liste manuscrite, ce sont les deux seules entreprises sans affectation de lettres, et figurant parmi les attributaires, qui se trouvent être précisément conjointement attributaires du marché restant ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les lettres A, B, C et D correspondent à la constitution des groupements ; que cette conclusion se trouve confortée par l'analyse des chiffres portés sur la note manuscrite ;

Sur les mentions chiffrées

Considérant que les données chiffrées de la feuille manuscrite et les lettres qui leur sont souvent étroitement associées sont reproduites ci-après et mises en relation avec les groupements précédemment déterminés ainsi qu'avec les marchés dont ces groupements ont effectivement été attributaires (les informations reproduites de la feuille manuscrite apparaissent en caractères gras) ;

Duval :	500	au travers du gpt A (Holque)
	-	sans indication chiffrée
		au travers du gpt B (St Pol)
Cochery	360	au travers du gpt B (St Pol)
	140	au travers du gpt C (Petite Synthe)
Faignot	200	au travers du gpt A (Holque) 1135 000 CK
	-	sans indication chiffrée au travers de D concernant Craywick
STR	554	au travers du gpt C (Petite Synthe)
Devin Lemarchand	360	au travers du gpt B (St Pol)
	200	au travers du gpt A (Holque)
Lamblin	414	au travers du gpt C (Petite Synthe)
	100 %	au travers de D concernant Rosendael

Considérant, ainsi, que trois types de mentions chiffrées figurent dans ce tableau : des chiffres associés aux lettres, une indication 1 135 000 HT relative à «CK» et une indication 100 % relative à Lamblin / D /Rosendael ;

1) Sur les chiffres associés aux lettres

Considérant que la juxtaposition de chiffres ronds, susceptibles de traduire des arrondissements ou des évaluations (500, 200), de chiffres répétés (360) et de chiffres précis (554, 414 et, dans une certaine mesure, 140), nécessairement tirés de données précises, permet de supposer l'existence de sources d'informations différentes excluant une provenance de la lecture des résultats de la consultation :

Sur les chiffres précis (414, 554 et 140)

Considérant que les chiffres précis se rapportent à la même lettre C et aux sociétés STR, Lamblin et Cochery, c'est-à-dire aux entreprises qui se sont effectivement groupées sur un même marché, celui de Petite Synthe (Cochery intervenant en qualité de sous-traitant), ce qui tend à conforter le lien, d'une part, entre les chiffres et les marchés et, d'autre part, entre les lettres et les groupements ;

Considérant que la somme de ces chiffres est égale à 1 108, soit 1 336,25 si l'on ajoute la TVA ($1\,108 \times 0,206 = 228,25$), ce qui correspond exactement à l'estimation du marché de Petite Synthe (1 337 414 soit, en milliers de francs, 1 337) ;

Sur la valeur 360 mentionnée deux fois

Considérant que la valeur 360 se rapporte à la même lettre B et aux sociétés Cochery et DLE c'est-à-dire à deux entreprises qui se sont effectivement groupées sur un même marché, celui de St Pol ; que la répétition d'une même valeur sur une même lettre et au sujet de deux entreprises ayant participé à un même groupement tend aussi à confirmer le lien, d'une part,

entre les chiffres et les groupements et, d'autre part, entre les lettres et les groupements ;

Sur les valeurs les plus arrondies à savoir 500 et 200

Considérant que les valeurs arrondies à la centaine se rapportent à la même lettre A et aux sociétés Duval, Faignot et DLE et concernent trois entreprises qui se sont effectivement groupées sur un même marché, celui de Holque ; que le fait que la même caractéristique (arrondissement) puisse s'appliquer à la même lettre et à des entreprises ayant participé à un même groupement tend également à confirmer le lien, d'une part, entre les chiffres et les groupements et, d'autre part, le lien entre les lettres et les groupements ;

2) Sur la mention d'un montant de 1 135 000 HT accolé à la mention à «CK»

Considérant que, comme cela a déjà été mentionné, l'abréviation CK désigne la ville de Coudekerque Branche ; qu'elle figure sur la ligne de l'entreprise Faignot ; que l'offre de cette entreprise pour le marché ville de Coudekerque Branche s'est élevée à 1 135 598 F HT ; que dès lors que ce marché est revenu à LDE au travers de son groupement avec TEF et que M. Proix ne pouvait avoir de raison de noter a posteriori l'offre d'une entreprise non attributaire, il convient de conclure que M. Proix a reçu l'information du prix qu'allait remettre l'entreprise concurrente Faignot sur un marché qui intéressait LDE ;

Sur les moyens de défense présentés par les entreprises mises en cause

Considérant que la société LDE soutient que M. Proix, auteur de la note manuscrite, a agi de sa propre initiative, sans en référer à sa hiérarchie ;

Mais considérant que les dispositions du livre IV du code de commerce relatives à la liberté des prix et de la concurrence visent les entreprises et non les personnes ; que, dès lors, il importe peu, pour la qualification d'une pratique, que celle-ci ait été ou non mise en œuvre par une personne de sa propre initiative, dès lors que l'auteur de la pratique agissait dans le cadre de ses fonctions au sein de l'entreprise ; que tel était le cas de M. Proix, ingénieur à la Lyonnaise des eaux, chargé, notamment, de «consult(er) les agents de terrain de la Lyonnaise et complét(er) l'enquête technique pour élaborer le montant des offres» (cote 199) ;

Considérant que la société Eurovia fait valoir que le numéro de téléphone mentionné sur la note de M. Proix, au regard du nom de Cochery, n'est pas celui de l'agence Cochery de Loon, située à proximité de Dunkerque, mais celui de l'agence Cochery de Santes, implantée dans la banlieue de Lille ; que, cependant, cette circonstance ne remet pas en cause la valeur probante de la fiche établie par M. Proix ;

Considérant que, de son côté, la société STR justifie l'établissement de la note de M. Proix par la mission, confiée à LDE par le SIAERD, d'instruire les demandes de travaux émises par les collectivités ; que, cependant, si la société LDE était bien investie d'une telle mission, celle-ci n'impliquait nullement des échanges d'informations sur les intentions des entreprises avant le dépôt des offres ;

Considérant que les sociétés Eurovia, STR, LDE, TEF et Lamblin soulignent encore que la note manuscrite n'est pas datée ;

Mais considérant que la liste figurant sur ce document correspond exactement à celle des entreprises admises à concourir au titre de l'année 1996, pour les conduites allant jusqu'à 400 mm et pour les conduites de tout diamètre ; que des différences de données ont été relevés entre ce document et les résultats de la consultation et, notamment, le fait que toutes les entreprises mentionnées sur ce dernier n'ont pas répondu à la consultation ; que M. Proix a, d'ailleurs, déclaré que la liste manuscrite «*correspond manifestement aux entreprises intéressées par la consultation*» (cote 195) ; que les sommes mentionnées proviennent de sources différentes ; que les noms de communes qui désignent les différents marchés se rapportent à une composition des lots qui diffère de celle du dossier de consultation ; que l'ensemble de ces éléments conduit à conclure que cette liste a été établie avant la diffusion des résultats de la consultation ;

Considérant que les sociétés Eurovia, STR, TEF et Lamblin soutiennent enfin que la note manuscrite ne mentionne pas leur participation à la concertation et ne saurait donc constituer, pour ce qui les concerne, un indice de comportement anticoncurrentiel ;

Mais considérant que si les indications de la note manuscrite ne suffisent pas à elles seules à établir que chacune des entreprises, dont le nom est suivi de la mention du numéro de téléphone a participé à la concertation visée dans la notification de grief, elles n'en constituent pas moins un indice supplémentaire venant s'ajouter aux indices précédemment relevés pour établir la réalité de cette participation qui a eu lieu antérieurement au dépôt des offres sous la forme d'un échange d'informations portant sur la constitution de groupements et sur les prix de soumissions ; qu'en effet, aucun motif ne justifie que la société LDE ait eu connaissance des candidatures, ni que M. Proix ait estimé nécessaire d'établir cette liste dès lors, d'une part, que LDE ne participait pas à la réunion de choix des candidatures et, d'autre part, que l'envoi des dossiers d'appels d'offres, bien que préparés par LDE, était effectué par le SIAERD ; que n'ayant pas de motif légitime de connaître la liste des candidats, LDE ne pouvait en avoir davantage de noter leur numéro de téléphone ainsi que l'identité de certains de leurs responsables ; que les communes mentionnées par M. Proix représentent d'une manière simplifiée l'ensemble des lots de la consultation de 1996, tels que définis avant le lancement de la procédure de consultation ; que les lettres A, B, C et D portées sur la note manuscrite correspondent à la constitution des groupements ; que les sommes portées sur la note manuscrite sont liées aux lettres A, B, C et D et ne proviennent pas de la lecture des résultats de la consultation ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble des éléments relevés ci-dessus que les entreprises ayant répondu aux appels à concurrence lancés par le SIAERD se sont consultées pour se répartir les marchés de 1995 et 1996 relatifs à la pose de canalisations de moins de 400 mm ;

d) Sur le comportement du maître d'ouvrage et de la DGCCRF

Considérant que la société LDE observe que le SIAERD a fait fonctionner la procédure d'appel d'offres comme s'il s'agissait d'une procédure d'adjudication en attribuant les marchés aux entreprises moins disantes, soutient que cette pratique est de nature à favoriser la concertation et regrette l'absence du représentant de la DGCCRF aux séances des commissions d'appel d'offres ; que, cependant, ces facteurs n'ont aucune incidence sur la qualification du comportement reproché aux entreprises en cause ;

e) Sur le marché des canalisations de plus de 400 mm

Considérant que certaines entreprises observent que les comportements adoptés lors de la passation des marchés de canalisations de plus de 400 mm n'ont pas fait l'objet d'une analyse, ce qui aurait pour effet, selon elles, de remettre en cause les calculs de probabilité sur lesquels s'appuie le grief de répartition des marchés ;

Considérant, cependant, qu'en l'absence de tout élément à cet égard, l'instruction n'a pas permis de recueillir le moindre commencement de preuve d'une concertation sur ce segment de marché ; qu'en tout état de cause, la remarque qui est ainsi faite est sans effet sur l'appréciation du grief, dont le bien fondé se trouve établi par le faisceau d'indices relevés ci-dessus ;

578

2. - Sur la participation des entreprises aux faits de la cause

Considérant que la société Cochery s'est introduite sur les marchés en cause, en 1996, au travers d'un groupement l'associant à la société Duval, habituée au cours des années précédentes à répondre individuellement, et à la société DLE ; que ce groupement ne répondait pas à une nécessité technique ou de concentration de moyens, mais traduisait une volonté de répartition des marchés et constitue un indice de la participation de la société Cochery à la pratique en cause ; que cet indice n'est pas contredit par l'affirmation de la société Eurovia venant aux droits de la société Cochery, selon laquelle son métier premier était la réalisation de travaux routiers, l'activité de pose et réfection de canalisation ne représentant qu'une partie minime du chiffre d'affaires de l'agence considérée ; que, d'une part, en effet, il ressort des déclarations de M. Duthoo, chef de secteur de l'entreprise Cochery, rapportées ci-dessus, que la répartition des travaux n'était pas du tout définie et que Cochery pouvait éventuellement intervenir soit en pose soit en réfection ; que, d'autre part, cette société a reproduit, en 1996, le comportement adopté par les autres entreprises depuis 1993, consistant à privilégier un seul marché de telle sorte que la meilleure offre qu'elle a présentée ne s'est trouvée en concurrence avec aucune autre offre présentée par une autre entreprise ; qu'il est, dès lors, établi que la société Cochery a participé à la pratique en cause en 1996, et que cette pratique doit être imputée à la société Eurovia, venant aux droits et obligations de la société Cochery ;

Considérant que la société DLE s'est introduite sur les marchés en cause, en 1995, au travers d'un groupement l'associant à l'entreprise Faignot, habituée au cours des années précédentes à répondre individuellement et continuant à répondre individuellement sur certains lots ; que la société DLE

a également été attributaire dans des conditions analogues en 1996 ; qu'en 1996, alors que le nombre des marchés ayant fait l'objet d'un appel d'offres a diminué (six en 1996 contre dix en 1995), ce qui pouvait laisser présager une réduction du nombre des entreprises bénéficiaires, les groupements se sont, au contraire, étoffés à trois entreprises (contre deux antérieurement), de telle sorte qu'aucune des entreprises attributaires de 1995 ne s'est trouvée exclue des attributions de 1996 ; que la décision de la société DLE de créer un groupement avec la société Faignot, en 1995, et avec les sociétés Duval, Faignot et Cochery, en 1996, ne répondait pas à une nécessité technique ou de concentration de moyens mais traduisait une volonté de répartition du chiffre d'affaires généré par les marchés, ainsi que cela résulte des déclarations de M. Corre, chef de centre de DLE, ci-dessus reproduites ; que la société DLE pouvait répondre individuellement aux appels à concurrence lancés par le SIAERD ; que, comme la plupart des autres entreprises en cause, elle a adopté et répété un même comportement consistant en une limitation de ses objectifs dans le cadre d'une concertation ; qu'en effet, la meilleure offre du groupement auquel elle participait en 1995 ou 1996 n'a coïncidé avec aucune autre offre d'une autre entreprise ; que, compte tenu de l'ensemble des indices recueillis, l'harmonieuse répartition des marchés qui en résultait ne peut être attribuée au hasard ; qu'il est, dès lors, établi que la société DLE a participé à la pratique en cause en 1995 et 1996 ;

Considérant que la société Duval, qui a été attributaire à titre individuel en 1993, a été ensuite régulièrement reconduite chaque année jusqu'en 1996 ; qu'en 1996, alors que le nombre des marchés ayant fait l'objet d'un appel d'offres a diminué (six en 1996 contre dix en 1995), ce qui pouvait laisser présager une réduction du nombre des entreprises bénéficiaires, les groupements se sont, au contraire, étoffés à 3 entreprises (contre deux antérieurement), de telle sorte qu'aucune des entreprises attributaires de 1995 ne s'est trouvée exclue des attributions de 1996 ; qu'il résulte des déclarations de MM. Duval, gérant de la société, Duthoo, chef de secteur de Cochery et Dellienne, président du conseil d'administration de la société Faignot, ci-dessus reproduites, que la décision de la société Duval de créer un groupement avec la société Faignot, en 1995 et avec les sociétés Faignot et Cochery en 1996, alors que la société Duval pouvait répondre individuellement, comme elle l'avait fait précédemment, aux appels à concurrence lancés par le SIAERD, ne répondait pas à une nécessité technique ou de concentration de moyens mais traduisait une volonté de répartition des marchés ; que, comme la plupart des autres entreprises en cause, elle a adopté et répété un même comportement consistant en une limitation de ses objectifs dans le cadre d'une concertation ; qu'en effet, la meilleure offre qu'elle a proposée en 1995 ou 1996 n'a coïncidé avec aucune autre offre d'une autre entreprise ; que, compte tenu de l'ensemble des indices recueillis, l'harmonieuse répartition des marchés qui en résultait ne peut être attribuée au hasard ; qu'il est, dès lors, établi que la société Duval a participé à la pratique en cause en 1995 et 1996 ;

Considérant que la société Lamblin, qui a été attributaire à titre individuel en 1993, a été ensuite régulièrement reconduite chaque année jusqu'en 1996 ; qu'en 1996, alors que le nombre des marchés ayant fait l'objet d'un appel d'offres a diminué (six en 1996 contre dix en 1995), ce qui pouvait

laisser présager une réduction du nombre des entreprises bénéficiaires, les groupements se sont au contraire étoffés à 3 entreprises (contre deux antérieurement), de telle sorte qu'aucune des entreprises attributaires de 1995 ne s'est trouvée exclue des attributions de 1996 ; que la décision de la société Lamblin de créer un groupement avec la société STR, en 1994 et 1996, alors que la société Lamblin pouvait répondre individuellement, comme elle l'avait fait précédemment, aux appels à concurrence lancés par le SIAERD, ne répondait pas à une nécessité technique ou de concentration de moyens mais traduisait une volonté de répartition des marchés ; que, comme la plupart des autres entreprises en cause, la société Lamblin a adopté et répété un même comportement consistant en une limitation de ses objectifs dans le cadre d'une concertation ; qu'en effet, la meilleure offre qu'elle a proposée en 1995 ou 1996 n'a coïncidé avec aucune offre d'une autre entreprise ; que, compte tenu de l'ensemble des indices recueillis, l'harmonieuse répartition des marchés qui en résultait ne peut être attribuée au hasard ; qu'il est, dès lors, établi que la société Lamblin a participé à la pratique en cause en 1995 et 1996 ;

Considérant que la société LDE, qui a été attributaire, à titre individuel en 1993, a été ensuite régulièrement reconduite chaque année (sauf en 1995) ; qu'en 1996, alors que le nombre des marchés ayant fait l'objet d'un appel d'offres a diminué (six en 1996 contre dix en 1995), ce qui pouvait laisser présager une réduction du nombre des entreprises bénéficiaires, les groupements se sont, au contraire, étoffés à 3 entreprises (contre deux antérieurement), de telle sorte qu'aucune des entreprises attributaires de 1995 ne s'est trouvée exclue des attributions de 1996 ; que, comme la plupart des entreprises en cause, elle a adopté un comportement consistant en une limitation de ses objectifs dans le cadre d'une concertation ; qu'en effet, la meilleure offre qu'elle a proposée en 1996 n'a coïncidé avec aucune autre offre émanant d'une autre entreprise ; que, compte tenu de l'ensemble des indices recueillis, l'harmonieuse répartition des marchés qui en résultait ne peut être attribuée au hasard ; que le document saisi dans l'agenda de M. Proix, cadre salarié de LDE, démontre que cette société, concessionnaire du SIARED, assurant de fait une mission de maîtrise d'œuvre des travaux de renforcement et d'extension du réseau et investie, à ce titre, d'un rôle prééminent dans la mise en place des marchés de 1996, a, avant les réponses à l'appel d'offres correspondant lancé en 1996, échangé des informations avec les autres entreprises en cause sur la constitution de groupements et sur les prix de soumission ; qu'il est, dès lors, établi que la société LDE a participé à la pratique en cause en 1996 ;

Considérant que la société STR, qui a été attributaire à titre individuel en 1994, a été ensuite régulièrement reconduite chaque année ; qu'en 1996, alors que le nombre des marchés ayant fait l'objet d'un appel d'offres a diminué (six en 1996 contre dix en 1995), ce qui pouvait laisser présager une réduction du nombre des entreprises bénéficiaires, les groupements se sont, au contraire, étoffés à 3 entreprises (contre deux antérieurement), de telle sorte qu'aucune des entreprises attributaires de 1995 ne s'est trouvée exclue des attributions de 1996 ; qu'il résulte des déclarations de M. Rodoz, directeur général adjoint de STR, ci-dessus reproduites, que les groupements que la société STR a créés avec la société Lamblin en 1994

et 1996, alors qu'elles pouvaient répondre individuellement aux appels à concurrence lancés par le SIAERD, comme elles l'avaient fait au cours des années précédentes, ne répondaient pas à une nécessité technique ou de concentration de moyens mais traduisaient la volonté des deux entreprises de se répartir les marchés ; que, comme la plupart des autres entreprises en cause, elle a adopté et répété un même comportement consistant en une limitation de ses objectifs dans le cadre d'une concertation ; qu'en effet, la meilleure offre qu'elle a proposée en 1995 et en 1996 n'a coïncidé avec aucune autre offre émanant d'une autre entreprise ; que, compte tenu de l'ensemble des indices recueillis, l'harmonieuse répartition des marchés qui en résultait ne peut être attribuée au hasard ; qu'il est, dès lors, établi que la société STR a participé à la pratique en cause en 1995 et 1996 ;

Considérant que la société TEF, qui a été attributaire à titre individuel en 1993, a été ensuite régulièrement reconduite chaque année ; qu'en 1996, alors que le nombre des marchés ayant fait l'objet d'un appel d'offres a diminué (six en 1996 contre dix en 1995), ce qui pouvait laisser présager une réduction du nombre des entreprises bénéficiaires, les groupements se sont, au contraire, étoffés à 3 entreprises (contre deux antérieurement), de telle sorte qu'aucune des entreprises attributaires de 1995 ne s'est trouvée exclue des attributions de 1996 ; que, comme la plupart des entreprises en cause, elle a adopté et répété un même comportement consistant en une limitation de ses objectifs dans le cadre d'une concertation ; qu'en effet, la meilleure offre qu'elle a proposée en 1995 ou 1996 n'a coïncidé avec aucune autre offre émanant d'une autre entreprise ; que, compte tenu de l'ensemble des indices recueillis, la répartition harmonieuse des marchés qui en résultait ne peut être attribuée au hasard ; qu'il est, dès lors, établi que la société TEF a participé à la pratique en cause en 1995 et 1996 ;

Considérant que la société Faignot, qui a été attributaire à titre individuel en 1993, a été ensuite régulièrement reconduite chaque année ; qu'en 1996, alors que le nombre des marchés ayant fait l'objet d'un appel d'offres a diminué (six en 1996 contre dix en 1995), ce qui pouvait laisser présager une réduction du nombre des entreprises bénéficiaires, les groupements se sont, au contraire, étoffés à 3 entreprises (contre deux antérieurement), de telle sorte qu'aucune des entreprises attributaires de 1995 ne s'est trouvée exclue des attributions de 1996 ; qu'il ressort des déclarations du président du conseil d'administration de la société Faignot, ci-dessus reproduites, que les groupements créés avec les sociétés DLE et Duval en 1995 et 1996, alors que l'entreprise Faignot pouvait répondre individuellement aux appels à concurrence lancés par le SIAERD, comme elle l'avait fait précédemment, ne répondaient pas à une nécessité technique ou de concentration de moyens mais traduisaient la volonté des deux entreprises de se répartir les marchés ; que, comme les autres entreprises en cause, la société Faignot a adopté et répété un même comportement consistant en une limitation de ses objectifs dans le cadre d'une concertation ; qu'en effet, la meilleure offre qu'elle a proposée en 1995 et 1996 n'a coïncidé avec aucune autre offre émanant d'une autre entreprise ; que, compte tenu de l'ensemble des indices recueillis, l'harmonieuse répartition des marchés qui en résultait ne peut être attribuée au hasard ; qu'il est, dès lors, établi que l'entreprise Faignot a participé à la pratique en cause en 1995 et 1996 ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble des éléments exposés ci-dessus que les sociétés Cochery, DLE, Duval, Lamblin, LDE, STR, TEF et Faignot se sont concertées pour se partager les marchés de travaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le SIAERD en 1995 et 1996 ; que cette pratique avait un objet anticoncurrentiel et a eu pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur les marchés considérés ; qu'elle est donc prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

■ C. - Sur les sanctions

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce, 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»* ;

Considérant que l'infraction relevée est regardée par les autorités de concurrence comme une pratique grave par nature ; que, dans un arrêt en date du 24 mars 1998, société SADE-Compagnie générale de travaux hydrauliques, la chambre commerciale de la Cour de cassation a approuvé le motif de l'arrêt de la cour d'appel objet du pourvoi, selon lequel *«la tromperie de l'acheteur public érigée en système perturbe le secteur où elle est pratiquée et porte une atteinte grave à l'ordre public économique»* ; que plusieurs des sociétés ayant pris part aux pratiques ci-dessus analysées sont des sociétés connues, qui appartiennent à des groupes d'envergure nationale et que leurs comportements sont d'autant plus graves qu'elles peuvent avoir un effet d'entraînement sur des sociétés de taille plus modeste ;

Considérant que, s'agissant du dommage à l'économie, la cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 15 juin 1999, SA Société languedocienne de travaux publics et de génie civil (Solatrag), a retenu que *«(...) le dommage à l'économie, indépendant du préjudice subi par le maître de l'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires, doit s'apprécier en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence par la généralisation de telles pratiques»* ; qu'en l'espèce, l'entente de répartition de marchés s'est poursuivie sur deux années et a concerné un secteur géographique limité ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la SA Eurovia, lors du dernier exercice clos (2001), s'élève à 2 053 568 euros ; qu'au vu des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 50 000 euros ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Devin

Lemarchand environnement, lors du dernier exercice clos (2000), s'élève à 81 056 709 euros ; qu'au vu des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 1 500 000 euros ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Duval, lors du dernier exercice clos (2000), s'élève à 3 389 413 euros ; qu'au vu des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 115 000 euros ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Lamblin, lors du dernier exercice clos (2000), s'élève à 21 152 546 euros ; que lors du même exercice, cette entreprise a réalisé une perte de 393 534 euros ; qu'au vu des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 200 000 euros ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Lyonnaise des eaux, lors du dernier exercice clos (2001), s'élève à 1 224 795 331 euros ; que par décision n° 81-03/DC du 13 janvier 1981, le ministre de l'économie a sanctionné la société Lyonnaise des eaux et de l'éclairage (aujourd'hui société Lyonnaise des eaux) pour avoir participé à une entente à l'occasion d'appels à la concurrence pour la délégation de services de distribution de l'eau ; qu'au vu des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 4 500 000 euros ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Eurovia STR, lors du dernier exercice clos (2000), s'élève à 36 149 430 euros ; qu'au vu des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 700 000 euros ;

Considérant que le chiffre d'affaires réalisé en France par la société Travaux et entreprise des Flandres, lors du dernier exercice clos (2000), s'élève à 4 457 459 euros ; qu'au vu des éléments généraux et individuels tels qu'appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 100 000 euros ;

Considérant qu'il résulte d'un extrait K bis du registre du commerce et des sociétés du tribunal de grande instance à compétence commerciale d'Hazebrouck en date du 17 avril 2002 que la société Entreprise Jacques Faignot a été mise en redressement judiciaire par décision de cette juridiction en date du 29 avril 1998 ; que par jugement du 22 janvier 1999, le tribunal a arrêté le plan de cession de l'entreprise ; que le bénéficiaire du plan ne peut, en vertu de l'article L. 621-63 du code de commerce, se voir imposer des charges autres que celles qu'il a souscrites au cours de sa préparation et qu'il ne peut donc être recherché dans le cadre de la présente procédure ; que la société Entreprise Faignot, qui a pris fin par l'effet du jugement du 22 janvier 1999 (article 1844-7-7 du code civil), se survit néanmoins pour les besoins de sa liquidation et doit répondre des pratiques qui lui sont reprochées mais qu'il n'y a pas lieu, compte tenu de sa situation, de lui infliger de sanction ;

Considérant que, pour renforcer l'efficacité de la concurrence dans les marchés de travaux sur réseaux de distribution d'eau passés dans la région de

Dunkerque, il convient de porter à la connaissance des collectivités locales le caractère illicite de la pratique visée ci-dessus et les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises qui s'y sont prêtées ; qu'il y a lieu, en application de l'article L. 464-2, 5^{ème} alinéa, du code de commerce, d'ordonner la publication de la partie II de la présente décision par les entreprises visées à l'article 1^{er}, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, dans le quotidien *La voix du Nord*.

Décide

Article 1^{er} - Il est établi que les sociétés Eurovia, Devin Lemarchand environnement, Edgard Duval, Lamblin, Lyonnaise des eaux, Eurovia STR, Travaux et entreprise des Flandres et Faignot ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 2 - Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

• à la société Eurovia :	50 000 euros
• à la société Devin Lemarchand environnement :	1 500 000 euros
• à la société Edgard Duval :	115 000 euros
• à la société Lamblin :	200 000 euros
• à la société Lyonnaise des eaux :	4 500 000 euros
• à la société Eurovia STR :	700 000 euros
• à la société Travaux et entreprise des Flandres :	100 000 euros

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 la partie II de celle-ci, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires prononcées, dans une édition du quotidien *La voix du Nord*. Cette publication sera précédée de la mention «*Décision du Conseil de la concurrence n° 02-D-43 du 2 juillet 2002 relative à des pratiques relevées lors de marchés de travaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque (SIAERD)*».

Délibéré, sur le rapport oral de M. Arhel, par Mme Pasturel, vice-présidente, M^{mes} Mader-Saussaye et Perrot, MM. Piot et Ripotot, membres.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

La vice-présidente, présidant la séance

Micheline Pasturel

02-D-44

Décision n°02-D-44 du 11 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la décision en date du 21 juin 2000, enregistrée sous le numéro F 1243, par laquelle le Conseil de la concurrence, en application de l'article L. 462-5 du code de commerce, s'est saisi d'office de faits susceptibles d'entrer dans le champ d'application du titre II du livre IV du code de commerce et concernant la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86 1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86 1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002 689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par les sociétés Compagnie générale des eaux, Lyonnaise des eaux et SAUR 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 Compagnie générale des eaux, Lyonnaise des eaux et SAUR entendus lors de la séance du 9 avril 2002 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci après exposés :

I. - Constatations

■ A. - Les faits

Les sociétés Compagnie générale des eaux (CGE), Lyonnaise des eaux (SLDE) et SAUR ont des participations dans les douze entreprises communes suivantes, actives dans les secteurs de l'approvisionnement en eau potable et de l'assainissement.

Liste des entreprises communes

Nom	Adresse	Année de création	Actionnaires
Société des eaux de Marseille (SEM)*	25, rue Edouard Delanglade BP 29 13254 MARSEILLE	1942	CGE (50 %) SLDE (50 %)
Société des eaux du Nord, (SEN)*	217, bd. de la Liberté BP 320 59020 LILLE CEDEX	1912	CGE (50 %) SLDE (50 %)
Société des eaux de Versailles et de Saint Cloud (SEVESC)*	145 rue Yves Le Coz BP 158 78005 VERSAILLES	1980	CGE (50 %) SLDE (50 %)
Stéphanoise des eaux	28 rue Eugène Beaune 42000 SAINT ETIENNE	1991	CGE (50 %) SLDE (50 %)
Martiniquaise des eaux*	Places d'Armes 97232 LE LAMENTIN CEDEX	1978	CGE (50 %) SLDE (50 %)
Guyanaise des eaux*	PK route de Montabo 97305 CAYENNE CEDEX	1979	CGE (25 %) Martiniquaise (50 %) SLDE (25 %)
Société des eaux de Douai (SED)*	172 Place du Barlet 59500 DOUAI	1883	CGE (40 %) SLDE (40 %) Autres (20 %)
Société d'assainissement du bassin d'Arcachon (SABARC)*	16, allée Corrigan BP 146 33311 ARCACHON CEDEX	1972	DALKIA (groupe Vivendi) (50 %) SLDE (50 %)
Bourbonnaise des eaux (CBSE)*	38 avenue de la Croix Saint Martin 03200 VICHY	1988	SLDE (50 %) SAUR (50 %)
Société des eaux de Sénart (SES)	Rue Marcellin Bertherlo Z.I. de Moissy Cramayel 77550 MOISSY CRAMAYEL	1991	CGE (50 %) SLDE (50 %)
Société des eaux du district urbain de Dinan (SEDUD)*	ZI de Quévert 9 bld. de Préval 22100 DINAN	1992	SLDE (50 %) SAUR (50 %)
Nancéenne des eaux	16, rue de Norvège 54500 VANDOEUVRE LES NANCY	1974	CGE (55 %) SOGEA (25 %) SLDE (25 %)

Neuf de ces entreprises communes (signalées par un astérisque dans le tableau ci dessus) ont, postérieurement au 21 juin 1997, formulé des offres en réponse à des appels à la concurrence lancés par des collectivités. Lors de ces appels à la concurrence, les sociétés mères ont adopté deux types de comportements ou bien elles se sont abstenues de présenter leur candidature ; ou bien plus rarement, elles l'ont présentée mais sans succès, soit que leur candidature n'ait pas été retenue, soit que le marché ait été emporté par l'entreprise commune, ou, plus rarement, par un concurrent.

Les raisons pour lesquelles, selon les éléments rassemblés au cours de l'instruction, les sociétés mères ont jugé nécessaire de ne pas présenter une offre en concurrence avec une entreprise commune sont indiquées dans le tableau ci-dessous, puis résumées pour chacune des entreprises en cause :

Attitude des sociétés mères dans les procédures de mise en concurrence auxquelles ont participé les entreprises communes

Collectivité	Entreprise commune	Existence d'une candidature d'une société mère	Observations
Grans	Société des eaux de Marseille	non	Motif d'abstention de SLDE : n'a pas été sollicitée par la commune ; a pris connaissance trop tardivement de l'appel à candidature. Motif d'abstention de C.G.E. : DSP (*) au montant modeste et collectivité éloignée de l'agence la plus proche : ne justifiait pas la création d'une implantation locale nouvelle et rendait non compétitive une gestion depuis l'agence la plus proche.
Rognes	Société des eaux de Marseille	non	Motif d'abstention de SLDE : commune isolée par rapport à l'implantation de SDLE ; chiffre d'affaires insuffisant pour une implantation. Motif d'abstention de C.G.E. : avis de mise en concurrence sans intérêt pour CGE.
La Brillanne	Société des eaux de Marseille	non	Motif d'abstention de SLDE : commune isolée par rapport à l'implantation de SDLE ; chiffre d'affaires insuffisant pour une implantation. Motif d'abstention de C.G.E. : DSP au montant modeste et charge de travail n'ayant pas permis de présenter une offre (période estivale, premier mois de la mise en place de la réorganisation de l'activité eau).
St Durance Albion	Société des eaux de Marseille	oui : SLDE	Motif d'abstention de C.G.E. : Collectivité éloignée de l'agence la plus proche et perspective de développement limitée (fermeture du camp militaire du Plateau d'Albion).
Cugnes	Société des eaux de Marseille	non	Motif d'abstention de SLDE : chiffre d'affaires insuffisant pour permettre une implantation nouvelle dans ce secteur. Motif d'abstention de C.G.E. : collectivité éloignée de l'agence la plus proche.
Charleval	Société des eaux de Marseille	oui : SLDE	Motif d'abstention de C.G.E. : DSP au montant modeste et collectivité éloignée de l'agence la plus proche : ne justifiait pas la création d'une implantation locale nouvelle et rendait non compétitive une gestion depuis l'agence la plus proche.
Valensole	Société des eaux de Marseille	oui : SLDE	Motif d'abstention de CGE : non indiqué
Ventabren	Société des eaux de Marseille	oui : SLDE et CGE	Candidature SDLE non admise (Kbis ancien)
Sivom Carry Sausset	Société des eaux de Marseille	oui : SLDE	Candidature SDLE non retenue Motif d'abstention de CGE. : DSP au montant modeste et collectivité éloignée de l'agence la plus proche : ne justifiait pas la création d'une implantation locale nouvelle et rendait non compétitive une gestion depuis l'agence la plus proche.
Saint Cyr (Eau)	Société des eaux de Marseille	oui : CGE	Motif d'abstention de SLDE : SLDE ne dispose pas de ressources en eau pour alimenter cette commune ; l'eau est produite par la SEM dans le cadre du contrat de concession avec la ville de Marseille ; il était inutile d'acheter l'eau à la SEM puisque l'appel d'offres portait à la fois sur la production et la distribution.

Collectivité	Entreprise commune	Existence d'une candidature d'une société mère	Observations
Saint Cyr (assainissement)	Société des eaux de Marseille	oui : SLDE et CGE	
Rousset	Société des eaux de Marseille	oui : SLDE	Candidature SLDE non admise (manque de références dans le traitement eaux industrielles) Motif d'abstention de CGE : Candidature d'OTV en groupement avec la Société des eaux de Marseille.
Carry	Société des eaux de Marseille	non	Motif d'abstention de SLDE : SLDE ne dispose pas de ressources en eau pour alimenter cette commune ; il était inutile d'acheter l'eau à la SEM puisque l'appel d'offres portait à la fois sur la production et la distribution. Motif d'abstention de CGE : DSP au montant modeste et collectivité éloignée de l'agence la plus proche : ne justifiait pas la création d'une implantation locale nouvelle et rendait non compétitive une gestion depuis l'agence la plus proche
Les Pennes Mirabeau	Société des eaux de Marseille	oui : SLDE	Motif d'abstention CGE : non indiqué
Rognac	Société des eaux de Marseille	oui : SLDE	Motif d'abstention CGE : non indiqué
Orange	Société des eaux de Marseille	oui : SLDE	La CGE a répondu après la notification de griefs
L'Isle sur la Sorgue	Société des eaux de Marseille	oui : SLDE	La CGE a répondu après la notification de griefs
Estaires La Gorgues	Société des eaux du Nord	non	Motif d'abstention de SLDE : communes trop éloignées du centre régional (= 100 kms) Motif d'abstention de CGE : non indiqué
Bois Bernard	Société des eaux de Douai	oui, CGE	Motif d'abstention de SLDE : pas d'implantation à proximité permettant d'être compétitif.
Sainghin en Weppes	Société des eaux du Nord	non	Motif d'abstention de SLDE : communes incluses dans le périmètre de la communauté urbaine de Lille, autorité concédante de la SEN ; chances de succès nulles. Motif d'abstention de CGE : le sortant était le SIDEN, intervenant dans son département et sur son territoire ; les chances d'obtenir le contrat étaient de ce fait quasiment nulles.
Bassin d'Arcachon	SABARC	non	Motif d'abstention SLDE : renouvellement du contrat objet de la société. Motif d'abstention CGE : pas de moyens, ni de personnels spécialisés dans l'assainissement à l'agence de la C.G.E.
François	Société martiniquaise des Eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Martinique Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Martinique.
Rivière salée	Société martiniquaise des Eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Martinique Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Martinique.
Marin	Société martiniquaise des Eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Martinique Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Martinique.

Collectivité	Entreprise commune	Existence d'une candidature d'une société mère	Observations
Saint Esprit	Société martiniquaise des Eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Martinique. Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Martinique (?).
Lamentin	Société martiniquaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Martinique Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Martinique (?).
Anses d'Arlet	Société martiniquaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Martinique Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Martinique (?).
Conseil Général de Guyane	Société guyanaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Guyane Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Guyane (?).
Sinnamary	Société guyanaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Guyane Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Guyane (?).
Saint Laurent du Maroni	Société guyanaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Guyane Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Guyane (?).
Matoury	Société guyanaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Guyane Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Guyane (?).
Cayenne	Société guyanaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Guyane Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Guyane (?).
Apatou	Société guyanaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Guyane Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Guyane (?).
Grand Santi	Société guyanaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Guyane Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Guyane (?).
Awala Yalimapo	Société guyanaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Guyane Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Guyane (?).
Maripasoula	Société guyanaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Guyane Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Guyane (?).
Régina	Société guyanaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Guyane Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Guyane (?).
Saint Georges de l'Oyapock	Société guyanaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Guyane Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Guyane (?).

Collectivité	Entreprise commune	Existence d'une candidature d'une société mère	Observations
Macouria	Société guyanaise des eaux	non	Motif d'abstention SLDE : SLDE n'a pas d'implantation en Guyane Motif d'abstention CGE : CGE n'a pas d'implantation en Guyane (?).
Brugheas	Compagnie bourbonnaise	non	Motif d'abstention SLDE : collectivité trop éloignée des bases SLDE pour qu'une offre compétitive puisse être présentée (à 70 km). Motif d'abstention SAUR : Participation de la SAUR à 50 % dans le capital de la compagnie Bourbonnaise et situation géographique des communes auxquelles les offres sont formulées.
Randan	Compagnie bourbonnaise	non	Motif d'abstention SLDE : collectivité trop éloignée des bases SLDE pour qu'une offre compétitive puisse être présentée (à 70 km). Motif d'abstention SAUR : Participation de la SAUR à 50 % dans le capital de la compagnie Bourbonnaise et situation géographique des communes auxquelles les offres sont formulées.
St. Cyr l'Ecole	Société des eaux de Versailles (SEVESC)	non	Motif d'abstention SLDE : SEVESC est déjà gestionnaire du service d'eau potable et exploitant de la station d'épuration. Dans ces conditions, il est apparu impossible d'être compétitif sur le seul service de l'assainissement communal. Motif d'abstention CGE : intérêt commercial limité (pas de gestion du service clients sous traitance importante) et éloignement de la plus proche implantation opérationnelles (Rambouillet) de la CGE ;
SAN Saint Quentin en Yvelines	SEVESC	non	Motif d'abstention SLDE : renouvellement d'un contrat ancien de la SEVESC. Il a été estimé que les chances de succès pour SLDE étaient trop faibles. Motif d'abstention de CGE : Intérêt commercial limité (pas de gestion du service clients sous traitance importante) et éloignement de la plus proche implantation opérationnelle (Rambouillet) de Générale des Eaux.
Dinan	SEDUD	non	Motif d'abstention SLDE : commune périphérique à DINAN, trop éloignée du centre SLDE de Gimcamp ; pas d'implantation dans le secteur.
(1) Délégation de service public			

1. - En ce qui concerne la CGE

Six des entreprises communes créées par la CGE (SEM, SEN, SED, Société martiniquaise des eaux, Société guyanaise des eaux et SEVESC) ont répondu à des appels à candidature lancés postérieurement au 21 juin 1997. Au total, 41 marchés étaient concernés. La CGE n'a présenté que quatre candidatures distinctes de celles des entreprises communes avant le 2 août 2000, c'est à dire avant la date à laquelle la CGE a été informée par le rapporteur de la saisine d'office du Conseil en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence ; s'y ajoutent deux candidatures transmises après cette date. Ces candidatures ont été présentées en concurrence avec la SEM (trois offres présentées avant le 2 août 2000 et deux présentées après cette date) ou la société SED (une offre). En revanche, la CGE n'a jamais présenté de candidature en concurrence avec l'une des quatre autres entreprises communes.

L'abstention de la CGE dans les 37 autres cas est justifiée, selon la CGE, par le peu d'intérêt que présentaient pour elle les marchés concernés, par l'éloignement de la collectivité par rapport à la localisation de l'agence CGE la plus proche ou encore, pour ce qui concerne les marchés de la Martinique, par le fait que la CGE ne dispose pas d'agence dans l'île.

Dans son mémoire en réponse au rapport, la CGE a ajouté les explications suivantes :

«Dans le dernier cas, plus rare, la collectivité est suffisamment proche d'une agence de la CGE, mais celle-ci ne dispose pas de ressources techniques et humaines pour assurer avec le degré de qualité et d'efficacité souhaité le service spécifique demandé par la collectivité délégante.

D'autres considérations peuvent également justifier une abstention de la CGE. Ainsi, lorsqu'une collectivité, ayant délégué la gestion de son service d'eau à une entreprise autre que la CGE, procède à un appel à la concurrence pour la gestion de son service d'assainissement uniquement, la CGE ne présente en principe pas sa candidature. En effet, la gestion du service abonnés est assurée par le délégataire du service d'eau, ce qui constitue un handicap pour le délégataire du service d'assainissement qui ne peut procéder à la facturation des abonnés de façon indépendante. L'intérêt commercial de ce marché est alors limité».

2. - En ce qui concerne la Lyonnaise des eaux

Neuf des entreprises communes créées par la SLDE (SEM, SEN, SED, SABARC, Société martiniquaise des eaux, Société guyanaise des eaux, Compagnie bourbonnaise, SEVESC et SEDUD) ont répondu à des appels à candidature lancés postérieurement au 21 juin 1997 ou signé un contrat de délégation après cette date. Au total, 44 marchés étaient concernés. Sur ces 44 marchés, la SLDE a présenté une candidature distincte de celle de l'entreprise commune dans onze cas. Sur ces onze candidatures, trois ont été rejetées, au motif que le dossier n'était pas complet ou que la filiale qui a soumissionné n'avait pas les références requises ; les huit autres marchés ont été emportés par l'entreprise commune dans sept cas et par une entreprise concurrente dans le dernier cas. Les onze candidatures ont été présentées en concurrence avec la SEM. En revanche, la SLDE n'a jamais présenté de candidature en concurrence avec l'une des huit autres entreprises communes.

L'abstention de la SLDE dans les 33 autres cas est justifiée, selon la SLDE, par le peu d'intérêt que présentaient pour elle les marchés concernés, par l'éloignement de la collectivité par rapport à la localisation du centre régional de la SLDE le plus proche, par le fait que la SLDE ne disposait pas de ressources en eau pour répondre à la demande, ou encore par le fait qu'elle n'était pas informée de l'existence du marché.

3. - En ce qui concerne la SAUR

La SAUR a créé une entreprise commune avec la SLDE : la Compagnie bourbonnaise de services et d'environnement (CBSE) ; celle ci a répondu à deux appels à candidature lancés postérieurement au 21 juin 1997. La SAUR n'a pas présenté de candidature distincte de celle de la CBSE. Selon elle, la participation de la SAUR dans le capital de l'entreprise commune et la situation des collectivités concernées justifient qu'elle n'ait pas formulé d'offre distincte.

■ B. - Les griefs notifiés

Le rapporteur a considéré que les marchés pertinents étaient le marché national de la gestion déléguée du service de distribution d'eau et le marché national de la gestion déléguée de l'assainissement et qu'en renonçant à répondre aux appels d'offres, en concurrence avec les entreprises communes, les entreprises en cause avaient limité l'intensité de la concurrence.

Il a estimé que, dès lors que ce comportement résultait d'un accord, il tombait sous le coup de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Il a également considéré que la CGE et la SLDE détenaient une position dominante conjointe et qu'elles avaient violé les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Il a en conséquence établi la notification de griefs suivante :

«L'analyse à laquelle il a procédé conduit le rapporteur à retenir, à l'encontre :

De la Compagnie générale des eaux, de la Lyonnaise des eaux et de la SAUR, un grief sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce pour avoir mis en commun sans justification leurs moyens pour répondre à des appels à concurrence et pour s'être abstenues de faire acte de candidature lorsque l'une de leurs entreprises communes a répondu à un appel à candidature.

Ce grief concerne les appels à concurrence lancés par les collectivités suivantes :

- *Pour la Compagnie générale des eaux : Grans, Rognes, La Brillanne, SI Durance Albion, Cugnes, Charleval, Valensole, Ventabren, Sivom Carry Sausset, Saint Cyr (Eau), Saint Cyr (Assainissement), Rousset, Carry, Les Pennes Mirabeau, Rognac, Orange, L'Isle sur la Sorgue, Estaires La Gorgues, Sainghin en Weppes, Bois Bernard, Bassin d'Arcachon, François, Rivière salée, Marin, Saint Esprit, Lamentin, Anses d'Arlet, Conseil Général de Guyane, Sinnamary, Saint Laurent du Maroni, Matoury, Cayenne, Apatou, Grand Santi, Awala Yalimapo, Maripasoula, Régina, Saint Georges de l'Oyapock, Macouria, St. Cyr l'Ecole, SAN Saint Quentin en Yvelines.*
- *Pour la Lyonnaise des eaux : Grans, Rognes, La Brillanne, SI Durance Albion, Cugnes, Charleval, Valensole, Ventabren, Sivom Carry Sausset, Saint Cyr (Eau), Saint Cyr (Assainissement), Rousset, Carry, Les Pennes Mirabeau, Rognac, Orange, L'Isle sur la Sorgue, Estaires La Gorgues, Sainghin en Weppes, Bois Bernard, Bassin d'Arcachon, François, Rivière salée, Marin,*

Saint Esprit, Lamentin, Anses d'Arlet, Conseil Général de Guyane, Sinnamary, Saint Laurent du Maroni, Matoury, Cayenne, Apatou, Grand Santi, Awala Yalimapo, Maripasoula, Régina, Saint Georges de l'Oyapock, Macouria, Brugheas, Randan, St. Cyr l'Ecole, SAN Saint Quentin en Yvelines, Dinan.

- *Pour la SAUR : Brugheas, Randan.*

De la Compagnie générale des eaux et de la Lyonnaise des eaux, un grief sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce pour avoir mis en commun sans justification leurs moyens pour répondre à des appels à concurrence et pour s'être abstenues de faire acte de candidature lorsque l'une de leurs entreprises communes a répondu à un appel à candidature.

Ce grief concerne les appels à concurrence lancés par les collectivités suivantes :

- *Pour la Compagnie générale des eaux : Grans, Rognes, La Brillanne, SI Durance Albion, Cugnes, Charleval, Valensole, Ventabren, Sivom Carry Sausset, Saint Cyr (Eau), Saint Cyr (Assainissement), Rousset, Carry, Les Pennes Mirabeau, Rognac, Orange, L'Isle sur la Sorgue, Estaires La Gorgues, Sainghin en Weppes, Bois Bernard, Bassin d'Arcachon, François, Rivière salée, Marin, Saint Esprit, Lamentin, Anses d'Arlet, Conseil Général de Guyane, Sinnamary, Saint Laurent du Maroni, Matoury, Cayenne, Apatou, Grand Santi, Awala Yalimapo, Maripasoula, Régina, Saint Georges de l'Oyapock, Macouria, St. Cyr l'Ecole, SAN Saint Quentin en Yvelines.*
- *Pour la Lyonnaise des eaux : Grans, Rognes, La Brillanne, SI Durance Albion, Cugnes, Charleval, Valensole, Ventabren, Sivom Carry Sausset, Saint Cyr (Eau), Saint Cyr (Assainissement), Rousset, Carry, Les Pennes Mirabeau, Rognac, Orange, L'Isle sur la Sorgue, Estaires La Gorgues, Sainghin en Weppes, Bois Bernard, Bassin d'Arcachon, François, Rivière salée, Marin, Saint Esprit, Lamentin, Anses d'Arlet, Conseil Général de Guyane, Sinnamary, Saint Laurent du Maroni, Matoury, Cayenne, Apatou, Grand Santi, Awala Yalimapo, Maripasoula, Régina, Saint Georges de l'Oyapock, Macouria, Randan, St. Cyr l'Ecole, SAN Saint Quentin en Yvelines, Dinan».*

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil de la concurrence

■ A. - Sur la procédure

1. - Sur le défaut de signature et de date de la notification de griefs

Considérant que la SAUR soutient que la notification de griefs serait irrégulière car non datée ni signée ;

Mais considérant que, répondant à un moyen identique, la cour d'appel de Paris a jugé qu'une notification de griefs était suffisamment authentifiée par la mention portée en première page qu'elle avait été établie par le rapporteur

désigné pour instruire l'affaire et que la date de la notification des griefs résulte de sa transmission faite par le président du Conseil de la concurrence (CA Paris, 21 nov. 2000, TF1) ; que le moyen présenté par la SAUR doit donc être écarté ;

Considérant que la SAUR soutient encore que la notification de griefs et le rapport contreviennent aux dispositions de l'article 4 de la loi n° 2000 321 du 12 avril 2000, relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration, qui dispose que *«toute personne a le droit de connaître le prénom, le nom, la qualité et l'adresse administratives de l'agent chargé d'instruire sa demande ou de traiter l'affaire qui la concerne ; ces éléments figurent sur les correspondances qui lui sont adressées»* ;

Considérant, cependant, et en tout état de cause, que ces informations figuraient dans la décision par laquelle la Présidente du Conseil de la concurrence a désigné le rapporteur chargé de l'affaire, décision qui était jointe à la notification de griefs et au rapport ; que le moyen manque en fait ;

2. - Sur la violation du principe d'impartialité

Considérant que la SAUR estime que la procédure viole le principe d'impartialité en ce que, en premier lieu la décision du 21 juin 2000 par laquelle le Conseil s'est saisi d'office ne fait pas apparaître clairement les faits et les qualifications ; en deuxième lieu, que cette décision fait suite à l'avis sur le prix de l'eau en France, rendu le 31 mai 2000, par le Conseil de la concurrence ; et en troisième lieu que le rapporteur, auteur de la notification de griefs, a rédigé le rapport sur lequel le Conseil a délibéré avant de rendre son avis du 31 mai 2000 ; que la SLDE développe également ce 3^e argument en s'appuyant sur un arrêt du 23 février 2000 du Conseil d'Etat qui a annulé un arrêt de la Cour des comptes au motif, notamment, que cette institution avait précédemment évoqué l'affaire dans un rapport public en relevant l'irrégularité des faits ; que la SLDE soutient que la saisine d'office est incompatible avec l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et que la signature de la notification de griefs par la Présidente du Conseil méconnaît le principe de séparation entre l'instruction et le jugement ;

Mais considérant que, répondant à un moyen tiré du défaut de motivation d'une décision de saisine d'office, la cour d'appel de Paris a énoncé que la décision du Conseil de la concurrence en cause *«a eu pour seul objet d'ouvrir la procédure devant le Conseil afin que puissent être conduites les investigations pouvant servir de base à la notification ultérieure de griefs, sans qu'à ce stade aucun fait ne puisse être qualifié ni aucune pratique anti-concurrentielle imputée à quiconque»* ; qu'elle a ajouté qu'*«une telle décision, qui ne constitue pas une décision administrative individuelle entrant dans les prévisions de la loi n° 79-587 du 11 juillet 1979, n'est pas soumise à l'obligation de motivation et de notification et que l'absence de motivation ne caractérise, en l'espèce, aucune atteinte à la règle d'impartialité inhérente au droit à un procès équitable»* (CA Paris, 27 nov. 2001, Caisse nationale de Crédit agricole et autres) ; que dans, le même arrêt, la cour d'appel de Paris a énoncé *«qu'aucune disposition n'impose au Conseil de la concurrence de rendre compte des circonstances dans lesquelles il a estimé opportun d'exercer le pouvoir de se saisir d'office que la loi lui reconnaît afin,*

notamment, de le mettre en mesure de donner sa propre orientation à la politique de la concurrence» ;

Considérant que la licéité de principe de la saisine d'office a également été reconnue par le Conseil d'État dans un arrêt du 20 octobre 2000, Habib Bank ; que, si le Conseil d'État a précisé dans cet arrêt que les conditions du respect de l'impartialité devaient être satisfaites et a, sur ce fondement, annulé une décision de la Commission bancaire au motif que celle-ci avait *«méconnu la règle d'impartialité en présentant pour établis les faits dont elle faisait état et en prenant parti sur leur qualification d'infraction à différentes dispositions législatives et réglementaires»* un tel reproche ne peut être valablement adressé à la décision de saisine d'office du 21 juin 2000, puisqu'elle vise *«la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence»*, sans prendre parti sur la qualification d'infraction des faits dont s'est saisi le Conseil ; que, pour cette même raison, l'arrêt du 23 février 2000 du Conseil d'État ne peut être utilement invoqué ici ;

Considérant que la SAUR n'établit pas davantage que le fait que la saisine d'office ait été précédée, quelques semaines auparavant, d'un avis, rendu à la demande de la commission des finances, de l'économie et du plan de l'Assemblée nationale sur le prix de l'eau en France, concernant les pratiques tarifaires observées dans le secteur de l'eau, et que le rapporteur ayant instruit ce dossier ait à nouveau été désigné pour rapporter la présente affaire a affecté l'impartialité du Conseil ; que, par ailleurs, il n'est pas reproché au rapporteur d'avoir utilisé des éléments de preuve obtenus sur le fondement du titre V du livre IV du code de commerce, dans le cadre de la procédure relative à l'avis du 31 mai 2000 ;

Considérant que le Conseil, lorsqu'il est saisi pour avis, n'est pas habilité à qualifier les pratiques de tel ou tel opérateur au regard des dispositions des articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce ; que, dans son avis du 31 mai 2000, il n'a pas eu à connaître et à apprécier des faits précis et circonstanciés, notamment ceux de la présente affaire ; qu'il a seulement évoqué la possibilité d'appliquer le droit des ententes au *«fait pour deux opérateurs économiques de créer une entreprise commune et de lui laisser le soin de répondre à l'appel à concurrence lancé par une collectivité»*, en estimant qu'un tel fait était *«susceptible»* de relever du droit des ententes ; que, plus loin, il a envisagé, à l'inverse, *«l'hypothèse où la création d'une entreprise commune serait considérée comme ne relevant pas du droit des ententes»* ;

Considérant, quant au principe de séparation des fonctions d'instruction et de décision invoqué par la SLDE, que la cour d'appel de Paris a estimé (CA Paris 21 nov. 2000, TF1 et CA Paris 12 déc. 2000, CGST Save), que, dès lors que l'authentification de la notification de griefs et du rapport définitif du rapporteur ne prêtent pas à discussion, il ne saurait être reproché à la Présidente du Conseil de la concurrence de les avoir transmis.

■ B. - Sur le fond

1. Sur la définition des marchés pertinents

Considérant que les services de la distribution de l'eau et de l'assainissement sont rendus aux communes par environ 2 000 entités opérant dans le cadre d'une délégation de service public et 13 500 entités opérant dans le cadre de la régie ; que, selon le rapport du Haut Conseil du secteur public en date du mois de décembre 1999, la gestion déléguée distribue les trois quarts de l'eau consommée en France ;

Considérant que les entreprises mises en cause contestent l'analyse de la notification de griefs selon laquelle il existerait un marché national de la gestion déléguée du service de distribution d'eau et un marché national de la gestion déléguée de l'assainissement ; qu'elles soutiennent notamment, que les acteurs publics et les sociétés privées interviennent sur le même marché ; que la CGE fait valoir également que les collectivités *«interviennent de plus en plus en tant qu'offreur sur le marché de la distribution d'eau et de l'assainissement»* ; que la SAUR estime, à propos de la délimitation géographique du marché, que, dès lors que l'attitude de la CBSE n'est critiquée qu'au regard des appels à candidature lancés sur les deux communes de Randan et Brugheas où la CBSE est intervenue, le Conseil devra apprécier l'éventuelle coordination sur ces deux communes puisque l'activité de la CBSE est réduite au marché local autour de la ville de Vichy ; qu'enfin, la SLDE critique la généralité de la définition du marché retenue par la notification de griefs ; qu'elle considère, en effet, qu'on ne peut qualifier uniformément les marchés de l'eau et de l'assainissement de marchés nationaux ; que selon elle, le marché des grandes collectivités est national, le marché de celles qui sont inférieures à la taille critique (10 000 habitants) est infra-régional et pluri-communal, sa dimension variant en fonction des possibilités économiques et techniques de desserte ;

Considérant, d'abord, que la Commission de la concurrence, dans son avis du 28 octobre 1980, a adopté la position suivante : *«en règle générale, chacune des régies existantes n'assure la distribution de l'eau que pour le compte de la ou les collectivités fondatrices ; (...) si quelques unes peuvent atteindre une certaine dimension, soit parce qu'elles relèvent d'un syndicat regroupant de nombreuses communes, soit parce qu'elles assurent la gestion du service d'eau d'une ville importante, fort peu nombreuses sont celles qui ont vocation à étendre de façon significative le champ géographique de leurs activités ; (...) ainsi les collectivités qui peuvent, pour différentes raisons, éprouver le besoin ou même se trouver dans la nécessité d'abandonner la gestion directe de leur service d'eau n'ont guère la possibilité sauf dans quelques zones géographiques peu nombreuses et peu étendues de faire appel à d'autres partenaires que les entreprises privées spécialisées»* ;

Considérant que la question se pose de savoir si cette position est toujours d'actualité et, notamment, si, pendant la période couverte par la notification de griefs, les collectivités ne disposaient toujours pas de la possibilité de choisir entre un opérateur privé et un opérateur public ; que la CGE répond que la pression concurrentielle des opérateurs publics est sans cesse plus vive en citant

trois exemples de collectivités qui ont résilié par anticipation les conventions qui les liaient à des entreprises privées pour revenir à la régie ; que ces trois exemples sont, cependant, postérieurs à la période couverte par la notification de griefs ; que, surtout, le retour à la régie suppose des investissements en matériels (ex. : rachat des compteurs) et est freiné par la crainte d'une perte de savoir faire ce qui peut avoir sur les collectivités un effet dissuasif ; que, dès lors, s'il est exact que quelques retours à la régie ont pu être observés dans un passé récent, il n'est pas contesté que ces phénomènes revêtent un caractère peu fréquent ;

Considérant que, concernant la prétendue intervention des collectivités sur les marchés de la distribution d'eau et de l'assainissement, la CGE cite une douzaine d'exemples où des collectivités ont répondu à un appel à candidatures émanant d'une autre collectivité ; que, cependant, même s'il n'est pas contesté que les opérateurs publics peuvent valablement être en concurrence avec les opérateurs privés, le fait que la plupart de ces exemples concernent des marchés différents de ceux couverts par la notification de griefs et que les collectivités visées n'ont jamais emporté un marché couvert par ladite notification montre que les collectivités locales qui font appel au marché pour répondre à leurs besoins d'approvisionnement en eau potable et en assainissement ne voient que rarement dans les autres collectivités une alternative à l'offre des entreprises privées ;

Considérant, au demeurant, qu'il résulte de la pratique décisionnelle du Conseil qu'un service rendu par une collectivité à une autre collectivité géographiquement proche ne constitue pas nécessairement une offre concurrentielle sur un marché : *«même s'il peut arriver que le restaurant autogéré d'une collectivité assume le service de restauration du personnel ou des membres d'une structure géographiquement proche, ce phénomène purement local ne constitue pas une offre de services générale, comparable à celle proposée par les sociétés de restauration collective»* (Avis, Cons. conc. n° 94-A-16 du 10 mai 1994 ; BOCCRF 23 août) ;

Considérant que la dimension nationale des marchés résulte du fait que les trois plus grandes entreprises présentes sur les marchés de la distribution d'eau et d'assainissement interviennent sur l'ensemble du territoire national ; que cette position, adoptée par la Commission de la concurrence en 1980, est transposable à la présente procédure puisque la structure des marchés et le fonctionnement de la concurrence étaient analogues au début de la période couverte par la notification de grief, c'est à dire le 21 juin 1997 et que, par ailleurs, les modifications qui y ont été observées postérieurement ne sont pas déterminantes (cf. *infra*) ; qu'elle est également conforme à la pratique du Conseil ; qu'en effet, à propos du marché du stationnement, celui-ci a énoncé dans l'avis n° 01 A 08 du 5 juin 2001 que *«la dimension nationale du marché se justifie par (...), la mise en œuvre d'une procédure de choix de l'entreprise obligatoire et identique quelle que soit la commune, l'exigence d'une publicité préalable, par voie de presse et d'une mise en concurrence à l'échelle nationale, ainsi que la présence, sur ces appels d'offres, des opérateurs à vocation nationale»* ;

Considérant que le fait que le Conseil soit conduit à examiner l'incidence de l'abstention des sociétés mères dans des régions particulières n'implique

pas nécessairement que les marchés pertinents, pour l'application des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, correspondent à ces zones ; que, par ailleurs, le fait que les sociétés mères aient décidé de ne pas intervenir dans les zones d'influence des entreprises communes n'implique en rien que les marchés pertinents soient limités à ces zones ;

Considérant que l'analyse de la SLDE, suivant laquelle il conviendrait de distinguer plusieurs marchés selon la taille des collectivités concernées, est contredite par le fait que les trois entreprises en cause répondent aux appels à concurrence, directement, ou par l'intermédiaire de filiales, dans des conditions analogues sur l'ensemble du territoire national, sans opérer de distinction selon la taille de la collectivité ; qu'à titre d'exemple, la SLDE a, dans le département du Gard, répondu à un appel concernant aussi bien 420 habitants (Boissières) que 25 000 (Sivom Aigues Mortes) ; qu'en outre, les agences de ces sociétés emploient des salariées qui peuvent travailler simultanément pour plusieurs collectivités, lesquelles peuvent avoir des tailles différentes ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il existe un marché national de la gestion déléguée de distribution d'eau et un marché national de la gestion déléguée de l'assainissement ;

2. Sur le droit applicable

598

Considérant que l'application cumulative des règles relatives aux concentrations et aux pratiques anticoncurrentielles est exclue par la jurisprudence (Cass. com. 26 nov. 1996, Syndicat des Distributeurs Indépendants et a.) ; qu'il importe dès lors, comme le demandent les entreprises mises en cause, de s'interroger sur le droit applicable en l'espèce ;

Considérant que l'article L. 430-1 II du code de commerce, dans sa version issue de la loi du 15 mai 2001, dispose que «*la création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration*» ; que ces dispositions reprennent la définition de l'entreprise commune propre au droit communautaire ; que la pratique jurisprudentielle du Conseil et celle de la cour d'appel de Paris tendent, autant que possible, à s'inspirer du droit communautaire de la concurrence dans l'interprétation du droit national afin d'offrir aux entreprises un cadre juridique cohérent ; que, conformément à la thèse soutenue par les entreprises mises en cause, il convient de retenir la définition précitée de l'entreprise commune en lieu et place de la formule, plus restrictive, de l'ancienne jurisprudence du Conseil qui exigeait, en outre, une absence de coordination entre les sociétés mères ; que la CGE, la SLDE et la SAUR soutiennent, sans être démenties par l'instruction, que les entreprises communes qu'elles ont créées exercent toutes les fonctions d'une entreprise et disposent de leurs propres moyens matériels, humains et financiers pour intervenir durablement sur le marché de manière indépendante ; qu'elles ne consultent jamais leurs mères sur l'opportunité de répondre à un appel d'offres ; qu'il n'est pas établi que l'abstention des sociétés mères est une condition de la viabilité de ces entreprises communes ; qu'elles répondent donc à la définition de l'entreprise commune concentrative ; que leur créa-

tion relève du droit des concentrations ; qu'ainsi, ni la création de ces entreprises communes ni leur survie ultérieure ne constituent des pratiques susceptibles d'être qualifiées d'anticoncurrentielles par le Conseil de la concurrence, statuant en matière contentieuse ;

Considérant que l'application du titre III du livre IV du code de commerce à la création ou à la survie d'une entreprise commune ne fait, cependant, pas obstacle à l'application du titre II du livre IV du même code à des comportements qui sont détachables de cette création ou de cette survie ;

Considérant que les griefs notifiés portent, d'une part, sur une entente entre sociétés mères pour ne pas faire concurrence aux sociétés filiales communes et non sur un accord entre chaque société mère et sa filiale, accord dont l'existence n'a, à aucun moment, été alléguée ni invoquée, d'autre part, sur un abus de position dominante collective ; que, s'agissant de ce dernier grief, si une pratique de non concurrence entre mères et filiales ne constituerait pas nécessairement une pratique anticoncurrentielle pour des entreprises sans pouvoir de marché, il n'en va pas de même lorsqu'il s'agit d'entreprises qui détiennent une position dominante, dès lors qu'une obligation particulière de ne pas perturber le fonctionnement concurrentiel du marché pèse sur de telles entreprises ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, que ne peut être qualifiée au regard des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce le fait que la CGE, la SDLE et la SAUR aient mis en commun leurs moyens au sein d'entreprises communes ; qu'en revanche, les autres pratiques faisant l'objet des griefs notifiés sont susceptibles de relever de ces mêmes dispositions.

3. Sur l'existence d'une entente illicite

Considérant que, d'une manière générale, les sociétés en cause se sont abstenues de répondre aux appels d'offres en concurrence avec les entreprises communes dans lesquelles elles avaient des participations ; que, cependant, la constatation d'un parallélisme de comportements ne suffit pas, à elle seule, à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle dans la mesure où le comportement des sociétés mères peut résulter d'une même préférence pour se partager presque sûrement, par moitié, le profit escompté d'une opération, la filiale commune étant presque sûre de remporter le marché lorsque les sociétés mères s'abstiennent d'y être présentes, plutôt que de chercher à s'attribuer la totalité du profit, mais avec un risque non négligeable d'échec ; qu'il n'est pas démontré que ce comportement ne serait pas rationnel, le choix inverse - celui de la compétition entre les sociétés mères et les filiales - pouvant conduire à un partage du profit, en moyenne, toujours par moitié lorsque les pouvoirs de marché des sociétés mères sont comparables, mais d'un profit diminué des effets de la compétition ; qu'il est nécessaire, pour établir l'existence d'une entente, d'apporter des éléments autres que la constatation du seul parallélisme de comportements, de telle sorte que soit constitué un faisceau d'indices graves, précis et concordants ; qu'en l'espèce, tous les éléments réunis par l'instruction : abstention des sociétés mères et absence d'agences dans les zones dotées d'entreprises communes, traduisent un parallélisme de comportement, sans que l'on puisse voir dans ces éléments les indices de concertations entre

les sociétés, propres à manifester leur accord de volonté ; qu'ainsi, le grief d'entente ne peut être retenu ;

4. Sur l'existence d'une position dominante collective

Considérant que, comme l'a énoncé le Tribunal de Première instance des communautés européennes : « (...) *on ne saurait exclure, par principe, que deux ou plusieurs entités économiques indépendantes soient, sur un marché spécifique, unies par de tels liens économiques que, de ce fait, elles détiennent ensemble une position dominante par rapport aux autres opérateurs (...)* » (TPICE 10 mars 1992 aff. T 68/89, T 77/89 et T 78/89, Soc Italiana Verro Spa et autres, Rec CJCE II p. 1403).

Considérant que, comme l'a également énoncé le Tribunal de Première instance, «*sur le plan juridique ou économique, il n'existe aucune raison d'exclure de la notion de lien économique la relation d'interdépendance existant entre les membres d'un oligopole restreint à l'intérieur duquel, sur un marché ayant les caractéristiques appropriées, notamment en termes de concentration du marché, de transparence et d'homogénéité du produit, ils sont en mesure de prévoir leurs comportements réciproques et sont donc fortement incités à aligner leur comportement sur le marché, de façon notamment à maximiser leur profit commun en restreignant la production en vue d'augmenter les prix. En effet, dans un tel contexte, chaque opérateur sait qu'une action fortement concurrentielle de sa part destinée à accroître sa part de marché (par exemple une réduction de prix) provoquerait une action identique de la part des autres, de sorte qu'il ne retirerait aucun avantage de son initiative. Tous les opérateurs auraient donc à subir la baisse du niveau des prix*» (TPICE 25 mars 1999, aff. T 102/96, Gencor, Rec. CJCE I, p. 1375).

a) Sur l'existence d'un oligopole restreint

Considérant que les trois principales entreprises du marché détiennent ensemble entre 98 et 99 % des marchés de la distribution de l'eau et de l'assainissement ;

b) Sur l'existence de liens structurels entre les entreprises en cause

Considérant que la CGE et la SLDE sont unies par des liens structurels résultant de la création des entreprises communes ;

c) Sur les caractéristiques du produit eau

Considérant que la demande de l'eau, compte tenu de la nature de ce produit, est inélastique par rapport à son prix ;

Considérant que si la production de l'eau est influencée par divers paramètres à caractère local, il n'en demeure pas moins que le produit final répond, sur l'ensemble du territoire national, à des critères de qualité uniformes qui confèrent un caractère homogène au produit ;

d) Sur les caractéristiques des marchés de l'eau et de l'assainissement

Considérant que la part de marché cumulée des deux entreprises en cause est restée à la fois très élevée et très stable au cours des 27 dernières années puisqu'elle se situait à hauteur de 82,5 % en 1975 (Cons. conc. avis 28 oct. 1980) et qu'elle se situe aujourd'hui à 85 % ; que le principal autre intervenant, la société SAUR, ne détient que 13 % de parts des marchés de l'eau et de l'assainissement ;

Considérant que la CGE soutient qu'une part de marché de 85 % ne suffit pas, à elle seule, à établir l'existence d'une position dominante ; qu'il résulte cependant d'une jurisprudence constante qu'une part de marché «*extrêmement importante*» constitue par elle-même la preuve de l'existence d'une position dominante (CJCE 13 fév. 1979, aff. 85/76, Rec. 461 ; TPICE 12 déc. 1991, aff. T 30/89, Rec. 1439) ; que la Cour de Justice a même considéré qu'une part de marché de 50 % pouvait être considérée comme une part extrêmement importante, suffisant à caractériser une position dominante (CJCE 3 juil. 1991, aff. C 62/86, Rec. 3359) ;

Considérant que la CGE soutient encore que la part de marché conjointe des deux groupes n'est que de l'ordre de 40 % pour l'eau et 17 % pour l'assainissement ; que, cependant, les calculs présentés par la CGE opèrent un amalgame entre, d'une part, le produit de la vente de l'eau et du service de l'assainissement, qui revient à l'entreprise, et, d'autre part, les taxes et redevances ; que ces calculs reviennent en effet à intégrer dans le marché l'ensemble des taxes et redevances et à attribuer aux collectivités publiques des parts de marché correspondant au montant de ces taxes ; que ces chiffres n'ont donc pas de signification ;

Considérant que s'il n'est pas contestable qu'occasionnellement, les petits opérateurs des marchés en cause ont remporté un marché alors qu'ils étaient en concurrence avec un ou plusieurs des trois gros opérateurs, il n'est pas établi que les succès ainsi obtenus, par des entreprises représentant environ 1 % de part de marché, ont pu modifier sensiblement l'intensité de la concurrence ; qu'au demeurant, comme le montre le rapport du BIPE (Bureau international de prévision économique) de janvier 2001, ces quelques succès sont récents et ne caractérisent donc pas l'ensemble de la période couverte par la notification de griefs ;

Considérant que, comme il en a été discuté ci avant lors de la détermination des marchés pertinents la concurrence opérée par les régies sur les marchés de la gestion déléguée de l'eau et de l'assainissement est marginale ;

Considérant que si le marché français est ouvert à la concurrence étrangère, en réalité, peu d'entreprises étrangères participent aux appels à candidature ; qu'elles n'ont jamais remporté un marché important ; que le désintérêt manifesté par les entreprises étrangères pourrait s'expliquer par le fait que peu de délégations d'une importance susceptible de les intéresser ont fait, depuis l'adoption de la loi Sapin de 1993, l'objet d'une mise en concurrence ; qu'elle pourrait également s'expliquer par l'absence de lisibilité du marché français ; qu'en effet, il n'existe pas de calendrier systématique des

échéances des délégations et les entreprises, notamment les entreprises étrangères, ne disposent, dès lors, que d'informations ponctuelles qui ne leur permettent pas de programmer des offres ;

Considérant qu'il résulte des éléments du dossier que, dans une grande majorité, les collectivités ont tendance à maintenir en place le délégataire à l'échéance des conventions ; que quelles qu'en soient les raisons, ce facteur rend plus difficile l'accès au marché ;

Considérant que la SLDE indique que le taux de non reconduction du délégataire antérieur, lors du renouvellement des conventions de délégations a été de 10 % en 1998, pour ce qui la concerne ; qu'à partir de 1999, les chiffres sont moins fiables ; que, selon les chiffres précis fournis par la CGE, le taux de non reconduction aurait été de 10 % ; que le rapport du BIPE précité et la lettre «*Aquae*» du Syndicat professionnel des entreprises de services d'eau et d'assainissement de mars 2000 indiquent un chiffre de 15 % et que l'École nationale du génie rural des eaux et forêts et la SLDE s'accordent sur un taux de 18 % ; Mais considérant que le rapport du Haut Conseil du service public évalue à 5 % le taux de non reconduction à l'époque des faits (Rapp. déc. 1999, p. 20) ; que la SLDE est encore plus précise puisqu'elle admet qu'en 1997 (année qui correspond au début de la période couverte par la notification de griefs), ce taux a été de 5 % pour ce qui la concerne ; que, pour sa part, la Cour des comptes souligne la *«(difficulté) de placer les candidats éventuels dans des conditions d'égalité face aux délégataires déjà en place, notamment lorsque ces derniers sont seuls à connaître les éléments financiers décisifs»* (Cour des comptes, la gestion des services publics locaux d'eau et d'assainissement, janvier 1997, p. 98) ; que le taux de non reconduction a augmenté au cours de la période couverte par la notification de griefs ; que la faiblesse de ce taux, au moins pour 1997 et 1998, pourrait s'expliquer par une tendance des collectivités à vouloir continuer avec le même prestataire s'il a donné satisfaction ; qu'il convient de noter, par ailleurs, que si une tendance à la hausse du taux de non reconduction a pu être observée au cours des dernières années, cette tendance ne concerne que les petites et moyennes collectivités ; qu'en effet, comme l'a établi la Cour des comptes, de nombreuses délégations importantes ont fait l'objet d'une renégociation avant l'entrée en vigueur de la loi Sapin de 1993 afin de retarder (d'environ 12 ans, c'est à dire la durée des conventions habituellement stipulées depuis la loi Sapin) l'application de cette loi qui impose une certaine mise en concurrence lors du renouvellement des délégations (Cour des comptes, rapp. préc. p. 105) ; que cette circonstance est confirmée par le rapport du BIPE précité (*«de nombreux contrats, qui avaient été sécurisés avant la loi Sapin de 1992, arrivent aujourd'hui à échéance»*) ; que ce même rapport ajoute que le renouvellement de ces contrats *«devrait intensifier la concurrence entre opérateurs»* ; que cependant, cette intensification ne devrait intervenir qu'à partir de 2005, selon le Haut Conseil du secteur public ; que cette amélioration de la concurrence demeure donc hypothétique ;

Considérant que si l'une des sociétés mères d'une filiale commune devait emporter un marché en concurrence avec une filiale commune, l'autre société mère en serait, compte tenu de la structure du marché, forcément informée ;

Considérant que toute décision de la CGE ou de la SLDE de répondre à un appel à candidature dans le but d'évincer une entreprise commune pourrait donner lieu à des réactions de représailles de l'autre société mère, celle-ci pouvant, à son tour, à l'occasion des futurs appels à candidature, essayer d'emporter le marché en concurrence avec la filiale commune ; que la compétition qui en résulterait entre les mères et les filiales pourrait certes conduire à un partage du profit, en moyenne, par moitié, dès lors que les pouvoirs de marché des sociétés mères sont comparables, mais d'un profit diminué des effets de la compétition ;

Considérant que dans les zones où opère une entreprise commune, les comportements de la CGE et de la SLDE sont parallèles et prévisibles ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la CGE et la SLDE sont, à l'époque des faits, les deux premiers éléments d'un oligopole restreint en détenant 85 % des marchés ; qu'elles sont unies par des liens structurels ; que le produit «eau» qu'elles commercialisent est homogène et sa demande inélastique à son prix ; qu'elles opèrent sur un marché faiblement contestable ; que leurs comportements sont parallèles et prévisibles dans les zones où elles possèdent des entreprises communes ; que la CGE et la SLDE détiennent, à l'époque des faits, une position dominante collective sur le marché national de la gestion déléguée du service de distribution d'eau et sur le marché national de la gestion déléguée de l'assainissement ;

5. - Sur l'exploitation abusive de la position dominante collective

Considérant qu'une entreprise ou un groupe d'entreprises en position dominante a la responsabilité particulière de ne pas porter atteinte, par son comportement, à une concurrence effective et sur le marché ;

Considérant, en premier lieu, que, sous réserve de quelques exceptions (SEM, SEVESC, SEN et SED, pour la SLDE, et SED et SEVESC, pour la CGE), il a été relevé que les sociétés mères ne créent pas, à moins de 50 km du siège d'une entreprise commune, une entité ayant les mêmes fonctions que ces entreprises communes, c'est-à-dire une entité habituellement chargée de répondre aux appels à concurrence et dotée des moyens techniques nécessaires à l'exécution matérielle des contrats de délégation ; qu'il est de notoriété publique, comme le signale la SAUR dans ses écritures, que *«les communes portent particulièrement attention à l'implantation locale de l'entreprise délégataire»* ; que la SLDE a également joint à ses observations un jugement du 9 novembre 1995 du tribunal administratif de Lyon qui fait état d'une collectivité qui a estimé *«que le candidat devait, pour être retenu, avoir une implantation locale dans au moins cinq communes de plus de 10 000 habitants»* ; que l'entité de la CGE la plus proche de la SEM et la SABARC se trouve respectivement à 191 et 278 km des sièges de ces sociétés communes ;

Considérant que la SLDE oppose qu'elle disposait au moins d'une agence locale dans les différents départements où existe une filiale commune, alors, au surplus, qu'elle n'est pas présente dans plus d'une trentaine de départements où aucune filiale commune n'est implantée ;

Mais considérant que la SLDE n'établit pas que la zone d'influence d'une entreprise commune correspond aux dimensions géographiques d'un département ; qu'elle a observé en séance qu'elle disposait d'une agence à Aix en Provence, c'est-à-dire à environ 30 km du siège de la SEM, mais que cette distance était trop longue pour lui permettre de formuler des offres compétitives par rapport celles de la SEM ;

Considérant que, dans la plupart des cas, la CGE et la SLDE ne créent pas d'agence dans les zones où opèrent leurs entreprises communes ; que ce comportement reflète leur décision de ne pas entrer en concurrence avec ces entreprises ;

Considérant, en second lieu, qu'il n'est nullement démontré que l'existence préalable d'une agence soit une condition pour soumissionner ; que d'ailleurs, la SAUR, qui est un acteur relativement récent sur le marché, a développé son réseau d'agences au fur et à mesure qu'elle manifestait un intérêt pour des régions données ou au fur et à mesure qu'elle y obtenait des délégations de service public ; que, de même, l'expansion internationale de la CGE et de la SLDE démontre qu'il est possible d'obtenir des délégations dans des zones d'où l'on était préalablement absent ; qu'*a fortiori*, dans des zones du territoire métropolitain relativement proches d'agences préexistantes (cas des Bouches du Rhône), une telle politique d'expansion était réalisable, même pour des délégations de faible importance ;

Considérant, en outre, que, en dépit de l'amplitude des moyens dont la CGE et la SLDE disposent, les cas où ces entreprises soumissionnent en concurrence avec leurs entreprises communes sont peu nombreux ; qu'il ressort en effet de l'instruction qu'entre le 21 juin 1997 et le 2 août 2000, la SEM, la SEN, la SED, la Société martiniquaise des eaux, la Société guyanaise des eaux et la SEVESC ont répondu à 41 appels d'offres et que la CGE n'a présenté que 4 offres et la SLDE 11 offres, soit, respectivement, dans 10 % et 27 % des cas ; que ces chiffres sont très inférieurs au pourcentage d'appels à candidature auxquels répondent les sociétés mères lorsqu'elles ne sont pas en concurrence avec l'une des filiales communes qu'elles ont créées ; qu'ainsi, la CGE a indiqué, en séance, en réponse à une question posée par un membre du Conseil, qu'elle répondait à environ 80 % des appels à candidature en France ;

Considérant enfin que, dans les cas où la CGE et la SLDE ont effectivement formulé des offres en concurrence avec les entreprises communes, aucune de leurs offres n'a été fructueuse ;

Considérant que les entreprises en cause ont cherché à justifier leur abstention par le peu d'intérêt que présentaient les marchés en cause et par l'éloignement de la collectivité par rapport à la localisation de leurs agences les plus proches ;

Mais considérant que l'argument tiré du faible intérêt des marchés en cause est inopérant dès lors qu'il est démontré que les sociétés mères s'abstiennent, de façon générale, d'entrer en concurrence avec leurs filiales communes ;

Considérant que les cas de la Martinique et de la Guyane ne sont pas différents par nature des départements métropolitains ; que, certes, l'éloigne-

ment impliquait que ces deux départements ne pouvaient servir de base qu'à une expansion ultérieure limitée ; que cependant, les entreprises en cause n'expliquent pas pourquoi cette circonstance justifie un abandon de la concurrence entre les sociétés mères ;

Considérant qu'en renonçant très largement à répondre aux appels d'offres, en cas de soumission de leurs entreprises communes, les entreprises en cause ont sensiblement limité l'intensité de la concurrence ; que cette abstention a eu pour effet, d'une manière générale, d'exclure du jeu de la concurrence, dans les zones d'influence de chacune des entreprises communes en cause, les deux sociétés mères, c'est à dire les principaux acteurs des marchés pertinents ; que celles-ci n'établissent pas la nécessité d'une concentration de leurs capacités techniques et qu'au contraire, il est constant que chacune des deux sociétés en cause était en mesure, compte tenu de ses capacités financières et techniques propres, de répondre seule à la demande des collectivités concernées ; que, compte tenu du degré de concentration des opérateurs sur les marchés, les entreprises en cause ne pouvaient ignorer qu'un tel comportement était susceptible d'y affecter sensiblement la concurrence ; que ce comportement a donc un objet anticoncurrentiel ; que dès lors que les entreprises en cause ont ainsi limité le nombre d'offreurs actifs dans la zone d'influence des entreprises communes, leur comportement a eu un effet anticoncurrentiel ;

Considérant qu'il est indifférent, pour l'application de l'article L. 420-2 du code de commerce, que l'exploitation abusive de la position dominante en cause s'observe sur un marché différent du marché pertinent, ou a fortiori, sur une partie seulement de ce marché ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'en renonçant à répondre aux appels d'offres, en concurrence avec les entreprises communes qu'elles ont créées, les sociétés CGE et SLDE ont violé les dispositions des articles L. 420-2 du code de commerce ;

■ C. - Sur les suites à donner

1. - En matière contentieuse

Considérant, d'une part, que les autorités chargées du contrôle des concentrations ne se sont pas opposées à la création des entreprises communes intervenue postérieurement à l'introduction en France d'un droit des concentrations ; que, par ailleurs, il est constant que les sociétés en cause ont procédé au décroisement d'une partie de leurs entreprises communes ;

Considérant, d'autre part, que l'instruction a établi que les collectivités avaient parfois été à l'origine de la création des entreprises communes visées ci dessus ; qu'il en est ainsi de la délibération suivante, du 15 décembre 1989, de la ville de Vichy : *«la ville a demandé à la CISE de se rapprocher de la société Lyonnaise des eaux de manière à intégrer les différents aspects de l'intercommunalité des services d'eau et d'assainissement de l'agglomération dont certaines installations sont gérées par la société*

Lyonnaise des eaux» ; que l'article L. 1411-1 du code général des collectivités territoriales dispose que les offres présentées par les candidats «sont librement négociées par l'autorité responsable de la personne publique délégante, qui, au terme de ces négociations, choisit le délégataire» ; que dès lors que les autorités délégantes exercent ainsi un choix discrétionnaire dans la sélection de leurs délégataires, il n'est pas exclu que les entreprises en cause n'aient pas pu s'affranchir des exigences formulées par les autorités délégantes ;

Considérant qu'au vu de ce qui précède qu'il n'y a pas lieu de prononcer de sanctions pécuniaires à l'encontre des sociétés CGE et SLDE ;

2. - En matière administrative

Considérant qu'aux termes de l'article L. 430-9 du code de commerce, «*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*» ;

Considérant qu'il résulte de ce texte que lorsqu'une opération concentrative qui, en elle même, ne constitue pas une pratique répréhensible, a permis la réalisation d'un abus de position dominante, le Conseil de la concurrence peut, une fois qu'il a constaté qu'un tel abus de position dominante avait été commis, demander au ministre de mettre en oeuvre les dispositions précitées afin que soit remise en cause pour l'avenir, par le biais d'une mesure de police non constitutive d'une sanction, l'opération de concentration ; qu'à défaut de précision, à l'article L. 430-9 du code de commerce, sur la date des accords et actes visés par cette disposition, le pouvoir d'injonction du ministre est applicable aux opérations antérieures à l'entrée en vigueur de ce texte ;

Considérant qu'en l'espèce, afin d'éviter que ne se reproduisent les abus de position dominante analysés dans la présente décision, il y a lieu de demander au ministre chargé de l'économie d'enjoindre aux sociétés Compagnie générale des eaux et Lyonnaise des eaux de modifier, compléter ou résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes qui ont conduit ces entreprises à associer leurs moyens dans le cadre des filiales communes qu'elles ont créées conjointement dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement,

Décide

Article 1er - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure en ce qui concerne le grief tiré d'une violation de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Article 2 - Il est établi que les sociétés Compagnie générale des eaux et Lyonnaise des eaux ont contrevenu aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Article 3 - Il est demandé au ministre chargé de l'économie d'enjoindre aux sociétés Compagnie générale des eaux et Lyonnaise des eaux de modifier, compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes qui ont conduit ces entreprises à associer leurs moyens dans le cadre des filiales communes qu'elles ont créées conjointement, dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Arhel, par M. Nasse, vice-président, présidant la séance, Mmes Mader-Saussaye, et Perrot, MM. Bargue, Bidaud, Charrière-Bournazel, Lasserre et Piot, membres.

Le secrétaire de séance,
Françoise Hazaël Massieux

Le vice-président, présidant la séance
Philippe Nasse

Décisions / 02-D-44

607

02-D-45

Décision n°02-D-45 du 18 juillet 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du sucre

Le Conseil de la concurrence (section III A),

Vu la lettre enregistrée le 10 novembre 1994 sous le numéro F 709, par laquelle le ministre de l'économie a saisi le Conseil de la concurrence de la situation de la concurrence dans le secteur du sucre ;

Vu le livre IV du code de commerce, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu l'arrêt de la Cour de cassation (chambre commerciale, financière et économique) du 16 mai 1995 rejetant les pourvois formés par les entreprises mises en cause contre une ordonnance d'autorisation de visite et de saisie en date du 22 octobre 1993 ;

Vu la décision de secret des affaires n° 96-DSA-13 du 3 octobre 1996 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Béghin-Say, Saint Louis Sucre, Gardel, Sucrière de la Réunion, Eurosucre, Debayser-Wiart-Desbief (DWD), C. Lanvin et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Béghin-Say, Saint Louis Sucre, Gardel, Sucrière de la Réunion, Sucrerie Bois Rouge, Eurosucre, DWD, C. Lanvin et Compagnie Intercontinentale entendus lors de la séance du 14 mai 2002 ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce 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*» ;

Considérant que si, par un arrêt du 5 mars 1999, la cour d'appel de Paris a considéré que le délai de prescription fixé par l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 462-7 du code de commerce, était suspendu à l'égard de l'entreprise saisissante, dès lors que celle-ci se trouvait dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif dans la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence, et si, par un autre arrêt en date du 12 octobre 1999, elle a appliqué la même solution au cas de saisine du Conseil par le ministre chargé de l'économie, ces décisions ont été cassées par deux arrêts de la Cour de cassation, en date respectivement des 17 juillet 2001 et 26 février 2002, rendus au visa de l'article L. 462-7 du code de commerce, au motif «*qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte visé un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel l'a violé*» ; qu'il s'ensuit que les faits soumis au Conseil de la concurrence se prescrivent par trois ans à compter de la saisine, dès lors qu'aucun acte tendant à leur recherche, à leur

constatation ou à leur sanction n'a été accompli postérieurement à cette saisine ou que trois années se sont écoulées depuis le dernier acte interruptif accompli postérieurement à la saisine ;

Considérant qu'en l'espèce, le Conseil a été saisi par le ministre de l'économie le 10 novembre 1994 ; qu'une notification de griefs et une notification de griefs complémentaire ont été adressées aux parties respectivement les 27 janvier 1997 et 31 mars 1998 ; que le rapport a été notifié le 26 septembre 2001, soit trois ans, cinq mois et vingt-six jours après la notification de griefs complémentaire ;

Considérant que, dans l'intervalle, le conseil de la société Eurosucre a adressé au rapporteur une lettre en date du 14 septembre 2000, enregistrée au Conseil le 15 septembre et qui est ainsi libellée : *«Pour faire suite à nos entretiens, je vous confirme que ma cliente, la société Eurosucre, n'entend pas se prévaloir du secret des affaires concernant les documents cités à l'appui des observations qu'elle a adressées au Conseil le 1^{er} avril 1977. En conséquence, vous pouvez annexer l'intégralité des pièces à votre rapport»* ;

Considérant, cependant, que cette correspondance, qui émane du représentant d'une des entreprises mises en cause, et par laquelle celui-ci, se référant, au surplus, non à une demande du rapporteur dont le dossier ne contient pas de trace écrite mais aux «entretiens» qu'il a eus avec ce dernier, lui «confirme» que la société Eurosucre ne se prévaudra pas, en ce qui concerne les documents visés dans la lettre, des dispositions de l'article 23 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 463-4 du code de commerce, sur le secret des affaires, ne constitue pas un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des pratiques soumises au Conseil ; qu'ainsi, et en l'absence de tout acte interruptif accompli dans les trois années qui ont suivi l'envoi aux parties de la notification de griefs complémentaire du 31 mars 1998, la prescription s'est trouvée acquise à la date du 31 mars 2001 ; que s'agissant des contrats retenus par la notification de griefs et qui pourraient avoir donné lieu à des pratiques continues, pour la plupart d'entre eux, il n'est pas établi par les pièces du dossier que leur application se soit poursuivie au-delà de la date du 31 mars 1998 ; que pour ceux dont il est établi qu'ils se sont poursuivis au-delà de cette date, ce qui est le cas par exemple du contrat souscrit entre la Générale sucrière et la Sucrierie Gardel SA, ils ne peuvent suffire à eux seuls à établir l'existence de pratiques anticoncurrentielles dès lors que ne peuvent être également retenus, puisqu'ils sont atteints par la prescription, les faits et les circonstances qui ont accompagné leur conclusion, et qui permettaient d'en éclairer l'objet et la portée ; qu'il n'y a donc pas lieu de poursuivre la procédure ;

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de M. Lavergne, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Jenny, vice-président et M. Robin, membre.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-46

Décision n°02-D-46 du 19 juillet 2002 relative à l'application de l'article 3 de la décision n°02-MC-03 du 27 février 2002

Le Conseil de la concurrence (section III A),

Vu la décision n° 02-MC-03 du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France ;

Vu l'arrêt de la cour d'appel de Paris (1^{ère} chambre, section H) du 9 avril 2002 ;

Vu la lettre du 11 juin 2002, par laquelle la société France Télécom a rendu compte de l'exécution de l'article 1^{er} de la décision n° 02-MC-03 du 27 février 2002 ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu la décision de secret des affaires n° 02-DSA-18 du 20 juin 2002 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés T-Online France et France Télécom entendus lors de la séance du 3 juillet 2002 ;

Les représentants des sociétés Tiscali France, AOL France et Magic Online entendus conformément aux dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Considérant que, saisi le 28 novembre 2001, par la société T-Online, d'une demande de mesures conservatoires à l'encontre de la société France Télécom, le Conseil de la concurrence a enjoint à cette dernière, à l'article 1^{er} de sa décision n° 02-MC-03 du 27 février 2002 susvisée, *«de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet, un serveur Extranet permettant d'accéder aux mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL et sur les caractéristiques techniques des modems compatibles avec l'équipement de ces lignes que celles dont dispose Wanadoo interactive, et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo interactive, selon les mêmes conditions tarifaires, mais selon des conditions techniques autorisant le traitement de masse en ligne»* ; qu'à l'article 2, le Conseil a estimé que *«dans l'attente de la mise en place de ce système, il est enjoint à la société France Télécom de suspendre la commercialisation des packs ADSL de la société Wanadoo Interactive dans ses agences commerciales jusqu'à*

ce que l'outil Extranet soit rendu effectivement disponible pour l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet qui en font la demande. Cette suspension pourra être levée par le Conseil, qui sera saisi à cet effet par la partie la plus diligente, dès que deux contrats au moins auront été signés entre France Télécom et des fournisseurs d'accès à Internet autres que Wanadoo pour l'utilisation de ce système, et à l'issue d'une période d'essai d'un mois» ; qu'à l'article 3 de sa décision, le Conseil a précisé que «dans un délai de quatre mois au plus tard à compter de la notification de la présente décision, il sera rendu compte au Conseil par les parties des dispositions prises par France Télécom pour se conformer à l'injonction définie à l'article 1^{er}» ; que la décision a été notifiée à la société France Télécom et à la société T-Online le 27 février 2002 ; que la cour d'appel de Paris, dans l'arrêt du 9 avril 2002 susvisé a confirmé la décision du Conseil en précisant notamment que les mesures prises par lui «ont pour objet, en leurs articles 1^{er} et 2 (...) de suspendre la commercialisation par France Télécom de ses offres de packs ADSL, afin de mettre les FAI sur un pied d'égalité, ce qui ne peut être obtenu que par la mise en place d'un outil informatisé, le serveur d'accès Extranet, de nature à faire respecter le principe de non discrimination lors de la fourniture du service de vérification de l'éligibilité de la ligne et de passation des commandes et donc dans l'ensemble du processus de commercialisation des packs ADSL» ; que, le 11 juin 2002, la société France Télécom a adressé au Conseil le compte rendu de l'exécution de la mesure enjoignant à l'article 1^{er} de la décision n° 02-MC-03 du 27 février 2002 ; qu'elle demande au Conseil de constater, d'une part, qu'elle a bien rempli ses obligations en mettant en œuvre un serveur Extranet conforme à cet article 1^{er}, et d'autre part, que ce serveur Extranet est disponible pour l'ensemble des FAI qui en feraient la demande et, en conséquence, de prononcer la levée de la suspension de la commercialisation des packs eXtense dans les agences de France Télécom ;

Considérant que la société France Télécom fait valoir dans ses observations écrites, en premier lieu, que la société T-Online France devait déposer ses observations le vendredi 28 juin 2002 à 17 heures au plus tard ; qu'avec l'accord de France Télécom, cette société a obtenu un délai supplémentaire fixé au lundi 1^{er} juillet à 11 heures et que les observations de la société T-Online ont été finalement déposées à 11 heures 56, soit hors délai ; qu'elle soutient, en deuxième lieu, que la présente procédure aurait pour seul objet de rendre compte des mesures prises par France Télécom pour se conformer à l'injonction décrite à l'article 1^{er} de la décision du Conseil du 27 février 2002 précitée, sans que puissent être examinées les autres injonctions ; qu'elle précise, en troisième lieu, que le compte-rendu prévu à l'article 3 de cette décision concerne les seules parties, à savoir les sociétés France Télécom et T-Online France, en excluant les autres FAI éventuellement convoqués à titre de témoins ; qu'elle fait valoir, enfin, que le maintien de la suspension de la commercialisation des packs eXtense ne peut être demandé par la société T-Online France, cette suspension étant limitée par la décision à une durée maximale de quatre mois à compter de sa notification, la cour d'appel ayant précisé dans son arrêt du 9 avril 2002 que ce délai était «de nature à dissuader les FAI d'adopter une attitude dilatoire» ;

Mais considérant, en premier lieu, qu'aucune disposition du code de commerce et du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 n'impose de délais pour

la mise en état de procédures de mesures conservatoires qui se caractérisent par l'urgence, mais dont l'instruction doit permettre, dans un temps nécessairement restreint, de réunir le plus d'éléments possible ; que la procédure d'exécution d'une injonction donnée en mesure conservatoire se rattache à cette procédure d'urgence et répond aux mêmes principes ; qu'ainsi, le dépôt des pièces après l'expiration du temps imparti ne saurait justifier, à lui seul, leur rejet de la procédure dès lors que la partie adverse a bénéficié d'un temps suffisant pour assurer sa défense au regard des pièces produites ; qu'en l'espèce, la durée de 56 minutes ne peut être considérée comme une réduction significative de ce temps de réponse ;

Considérant, en deuxième lieu, qu'il résulte des dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce que le Conseil *«peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information»* que, sur ce fondement, le Conseil a souhaité entendre à nouveau les représentants des sociétés Tiscali France et AOL France, qu'il avait précédemment entendus lors de la séance d'examen de la saisine de T-Online, le 30 janvier 2002, ainsi que, à la demande de France Télécom, la société Magic Online ; que, néanmoins, la Présidente du Conseil a donné aux parties un délai supplémentaire, expirant le 5 juillet, afin de présenter, éventuellement, une note en délibéré pour répondre aux affirmations avancées par les témoins en séance ;

Considérant, enfin, que par sa décision du 27 février 2002 telle qu'elle a été confirmée par la cour d'appel de Paris, le Conseil de la concurrence a, à l'article 1^{er} de sa décision, prononcé une injonction à l'égard de France Télécom concernant la mise en place par cette société d'un serveur Extranet correspondant à certaines spécificités ; qu'à l'article 2 de la même décision, il a renforcé cette injonction en prévoyant qu'en attendant la mise en place de ce serveur, il était enjoint à France Télécom de suspendre la commercialisation des packs ADSL de la société Wanadoo Interactive dans ses agences commerciales, cette suspension pouvant être levée par le Conseil dès que deux contrats au moins auraient été signés entre France Télécom et des fournisseurs d'accès à Internet autres que Wanadoo ; qu'afin, comme l'a relevé la cour d'appel de Paris, de dissuader les fournisseurs d'accès à Internet d'adopter une attitude dilatoire dans la signature des contrats, le Conseil a demandé aux parties de rendre compte dans un délai de quatre mois, au plus tard, à compter de la notification de sa décision, des dispositions prises par France Télécom pour se conformer à l'injonction définie à l'article premier ; que c'est dans ce cadre que se situe la présente procédure qui ne préjuge pas du point de savoir si les injonctions adressées à France Télécom par les articles 1, 2 et 4 ont été effectivement respectées ;

Considérant que la société France Télécom fait valoir que la société T-Online a déclaré, le 23 mai 2002, avoir obtenu 58 639 clients en France au 1^{er} juin 2002 (contre 14 000 au 31 décembre 2001) et que, de son côté, la société Tiscali France dispose de 11 136 clients (contre 2 900) sur la même période ; qu'elle a adressé aux FAI le 1^{er} mars 2002 un courrier leur proposant deux solutions consistant, pour la première, à enrichir le serveur d'éligibilité Extranet préexistant par l'intégration d'une fonction de prise de commande du raccordement de la ligne (solution 1) et pour la seconde, à

créer un lien de communication automatisé et sécurisé permettant de passer commande du raccordement auprès de France Télécom à partir de la prise d'abonnement au service ADSL du FAI (solution 2) ; que, si cette dernière solution s'éloigne de la décision du Conseil, car elle implique de vérifier l'éligibilité de la ligne via un autre outil, elle répondrait néanmoins aux préoccupations des FAI, notamment des plus petits d'entre eux, qui souhaiteraient maîtriser au maximum le processus de commande de raccordement de la ligne ADSL à France Télécom ; que ces deux solutions seraient opérationnelles et auraient pu être testées par les FAI depuis le 15 avril 2002 ; que la société France Télécom ajoute qu'elle a proposé en mai dernier, en vue d'une mise en service opérationnelle au 15 juillet, une solution d'accès aux informations d'éligibilité ADSL via un «*webservices*» (solution 3, dite APIXML), qui permettrait aux FAI de développer sur leur propre système d'information, leur propre serveur d'éligibilité et, ainsi, de pouvoir répondre directement eux-mêmes à ce type de requête ;

Considérant que la société France Télécom soutient que les réponses des FAI à ses deux propositions initiales seraient «*multiples, variées et souvent divergentes*» ; que certains d'entre eux auraient souhaité le maintien des services préexistants et auraient donné leur accord de principe sur ces nouvelles offres tout en négociant encore certaines des dispositions contractuelles qui leur sont proposées, avec le souci de ne pas autoriser leurs points de vente à passer commande du raccordement ADSL à France Télécom (Kaptech et Easynet) ; que trois FAI ont adhéré aux solutions de France Télécom en signant d'ores et déjà des contrats (Magic OnLine le 25 avril 2002, Nordnet le 30 avril 2002 et Câble & Wireless - contrat signé non daté) leur permettant d'utiliser le système mis en place par France Télécom et ont reçu leurs codes d'accès ; enfin, que d'autres FAI auraient refusé les deux premières propositions de France Télécom en multipliant les demandes de modification des outils proposés, mais «*ont très bien accueilli la solution 3*» (AOL France, Tiscali France, T-Online France et Nerim) ; que la société France Télécom demande, en conséquence, au Conseil de la concurrence de constater qu'elle a rempli ses obligations en mettant en œuvre un serveur Extranet conforme à l'article 1^{er} de la décision n° 02-MC-03 du 27 février 2002 susvisée et de prononcer la levée de la suspension de la commercialisation des packs eXtense dans les agences commerciales de France Télécom ;

Considérant que la société T-Online France estime que la société France Télécom s'est contentée, soit de proposer aux FAI un «*service amélioré*» sur quelques aspects particuliers, ce qui ne permettrait pas de compenser «*l'avantage structurel*» dont bénéficierait Wanadoo par la distribution de ses offres par les agences de France Télécom, soit de reconduire ce qu'elle avait proposé antérieurement aux FAI, avant même le prononcé de la décision du Conseil, alors que l'ensemble des FAI, dont Club Internet (T-Online), se seraient efforcés d'apporter leurs contributions à l'élaboration du service demandé ; que l'avantage dont bénéficient les agences de France Télécom tient aux informations qu'elles détiennent tout au long du processus de commercialisation, en raison de leur implantation ou des outils que France Télécom a développés pour elles ; que l'acquisition par T-Online de 1 000 à 2 000 clients par jour est due à l'existence d'une offre

promotionnelle coûteuse (offre du modem d'une valeur de 990 frs pendant un mois) par nature limitée dans le temps ; qu'il résulte des divers échanges intervenus entre France Télécom et T-Online que les discussions ont été interrompues du 15 mars au 8 avril 2002 entre l'assignation et l'arrêt d'appel malgré les relances de T-Online, qu'elles ont finalement repris, le 25 avril par l'examen, du «*cahier d'expression des besoins*» de T-Online, avec la prévision d'une mise en service le 15 juillet 2002 après une phase de tests qui devait démarrer le 15 juin mais n'a jamais débuté, le processus ayant de nouveau été freiné (lettre du 5 juin 2002) par France Télécom, qui a saisi le Conseil le 11 juin 2002 ; que les principaux FAI n'ont pas des positions divergentes mais sont au contraire d'accord sur la définition des outils à mettre en place et qu'aucun FAI ayant une clientèle de résidentiels n'a accepté les propositions de France Télécom ; que le service proposé par France Télécom ne permettrait pas un traitement de masse en ligne, puisque les commandes d'accès sont transmises à France Télécom par lots toutes les deux heures, et non de façon continue, requête par requête ; qu'il ne serait pas susceptible d'apporter un suivi individuel des commandes, avec identification du client autrement que par le numéro de la ligne téléphonique, et ne prévoirait aucun retour d'information en temps réel sur le processus en cours (accusé de réception, compte rendu d'exécution, notification) ; que, pourtant, Wanadoo disposerait dans les agences commerciales de France Télécom, d'un serveur Intranet nommé «*Eko*» permettant le suivi par étapes de l'exécution de chaque commande d'accès, comme le montrerait le document produit par France Télécom en appel (annexe 39 des observations de T-Online) ; que la société T-Online déclare cependant que la mise à disposition par France Télécom de Webservices lui permettant d'alimenter directement son propre système d'éligibilité lui donnerait la possibilité de procéder à un traitement de masse en ligne, conforme à l'article 1^{er} de la décision, dans la mesure où il serait complété par le même service en ce qui concerne la passation de commandes ;

Considérant que les sociétés AOL et Tiscali, entendues au cours de la séance, confirment l'inadaptation des services mis en place par France Télécom à leurs besoins et soutiennent qu'ils ne permettent pas un traitement de masse en ligne compensant les avantages structurels dont bénéficie Wanadoo du fait de son intégration dans le groupe France Télécom et de la commercialisation de ses produits dans les agences France Télécom ; qu'elles dénoncent le manque de fiabilité des informations fournies par le fichier des communes et le serveur d'éligibilité, ainsi que le manque de souplesse du service «*accueil*» de France Télécom, avec lequel les échanges se font par mail et qui ne permet donc pas de répondre aux demandes des clients en temps réel, alors que tel serait le cas pour les clients de Wanadoo ; qu'elles soutiennent qu'un système de garantie sur la fiabilité des informations, la disponibilité du système et les délais de traitement des commandes est la règle dans tous les systèmes de commandes en ligne ; qu'elles ont fait observer que le traitement par lots des commandes et l'envoi une fois par jour d'accusés de réception et de notifications de raccordements ne permettent pas un suivi en temps réel de l'exécution des commandes et, qu'enfin, le refus de France Télécom de préciser sur le serveur si le client est déjà abonné auprès d'un autre FAI pour l'Internet par l'ADSL génère des incidents de

commandes coûteux à traiter ; que, comme T-Online, les sociétés AOL et Tiscali déclarent que la solution des Webservices est la plus adaptée mais estiment nécessaire qu'elle soit complétée par une fonction de passation de commandes, et expriment leurs doutes sur la volonté de France Télécom de poursuivre dans cette voie, dans l'hypothèse où le Conseil estimerait que les autres solutions satisfont aux conditions définies dans l'article 1 de la décision du 27 février 2002 ; qu'elles rappellent, enfin, que les services mis à leur disposition dans ce cadre par France Télécom devaient rester gratuits ;

Considérant que la société France Télécom fait valoir que les demandes de ces FAI l'ont amenée à apporter plusieurs modifications aux services proposés, par rapport à ses propositions initiales ; qu'en particulier, les horaires d'accès au service d'éligibilité et de commande ont été étendus, que de nouvelles informations, comme l'existence d'un abonnement Numéris et les prévisions de déploiement, ont été ajoutées ; que deux fichiers de compte-rendu et de notification seront désormais transmis par jour, au lieu d'un ;

Considérant que France Télécom soutient encore qu'un certain nombre de demandes formulées par les FAI ne peuvent être satisfaites, notamment parce que leur mise en œuvre serait coûteuse, alors que les améliorations demandées ne sont pas nécessaires aux FAI pour vérifier l'éligibilité des lignes et commander les accès ADSL dans des conditions autorisant le traitement de masse en ligne ; qu'elle ajoute que Wanadoo Interactive elle-même n'en dispose pas ; que France Télécom expose ainsi qu'un engagement portant sur la fiabilité des informations accessibles par le serveur ou les délais de raccordement, assorti de pénalités, est, d'une part, difficilement justifiable s'agissant d'un service mis gratuitement à la disposition des FAI, et, d'autre part, techniquement irréaliste, l'éligibilité des lignes ne pouvant être garantie à 100 % qu'après un test physique ; qu'il en est de même pour une garantie portant sur les temps de réponse du serveur ou sur les délais de remise en service en cas d'interruption, France Télécom ne pouvant être tenue pour responsable des retards occasionnés par des perturbations du réseau Internet, et qu'un test de raccordement sans passation de commande n'est pas envisageable, pour les mêmes raisons techniques ; que France Télécom explique également que le service ne peut être accessible 24 H sur 24 et 7 jours sur 7, en raison de la nécessité de fermer temporairement le serveur toutes les nuits pour en assurer la maintenance ; qu'elle fait valoir que certaines demandes de renseignements supplémentaires, comme celle portant sur les engagements préalables qu'un abonné aurait pu souscrire auprès d'un autre FAI, l'amènerait à communiquer aux FAI des informations confidentielles que sa licence d'opérateur lui interdit de communiquer et dont Wanadoo ne dispose pas, alors que rien n'interdit aux FAI de s'enquérir directement auprès de leurs prospects ; qu'elle estime que, s'agissant de la passation de la commande et de son suivi par le FAI, l'accroissement du nombre de transmissions de fichiers (toutes les deux heures pour les commandes, deux fois par jour pour les suivis de commandes) permet aux FAI un traitement de masse et qu'un fonctionnement du serveur en ligne, «*en temps réel*», ne leur apporterait pas une qualité de service supérieure dans la mesure où le service commandé, c'est-à-dire le raccordement de la ligne, est une prestation qui doit être effectuée sur le terrain par un technicien, qui nécessite, dans la plupart des cas, un déplace-

ment et ne peut donc être exécutée en ligne ; qu'elle fait, de plus, valoir que l'ajout d'une fonction de commande à son Web service (solution 3) l'obligerait à revoir l'architecture de son propre système de suivi informatique des opérations, représenterait un investissement considérable et est loin d'être généralisé dans d'autres secteurs, seul UPS en disposant ; qu'enfin, elle précise que le logiciel Eko est un outil de gestion des travaux techniques de raccordement utilisé par les directions techniques de France Télécom et dont Wanadoo ne dispose pas et qu'il contient, au demeurant, des précisions sur le déroulement des opérations de raccordement qui n'ont d'intérêt ni pour les FAI, ni pour leurs clients ;

Considérant qu'en ce qui concerne la mise à la disposition des FAI de «*web-services*», France Télécom soutient que cette solution ne s'apparente pas à celle d'un serveur Extranet tel que défini dans la décision du Conseil, puisqu'un tel serveur suppose un dialogue entre un système informatique et un homme assis derrière un clavier, alors que les Webservices impliquent uniquement deux systèmes informatiques qui échangent des informations ; que, si l'architecture de son système d'information lui permet d'envisager de fournir aux FAI un tel service en ce qui concerne la vérification de l'éligibilité des lignes, il ne lui est pas possible de fournir le même service pour la passation de commandes, pour des raisons de sécurité d'accès à son système ;

Considérant que le serveur Extranet, que le Conseil a enjoint à la société France Télécom de mettre à la disposition des FAI concurrents de la société Wanadoo Interactive, a pour finalité de fournir des informations sur l'éligibilité des lignes et de permettre la passation simultanée de commandes de connexions ADSL dans les mêmes conditions que celles dont dispose Wanadoo, et permettant le traitement de masse des commandes en ligne ; que la solution des Webservices proposée par France Télécom s'inscrit, comme elle le souligne, «*pleinement dans l'objectif fixé par le Conseil de mise en place au profit des FAI de procédures plus automatisées pour rester compatibles avec une relation avec la clientèle qui est essentiellement on-line*» et ne peut donc être considérée comme allant au-delà de l'injonction du Conseil ; qu'ainsi, et comme l'expose France Télécom dans son compte-rendu d'exécution du 11 juin 2002, elle a offert aux FAI trois solutions différentes afin de se mettre en conformité avec l'injonction définie à l'article 1 de la décision du 27 février 2002 ; que les deux premières solutions, l'une consistant à enrichir le serveur d'éligibilité Extranet préexistant par l'intégration d'une fonction de prise de commande du raccordement de la ligne (solution 1) et l'autre, à créer un lien de communication automatisé et sécurisé permettant de passer commande du raccordement auprès de France Télécom à partir de la prise d'abonnement au service ADSL du FAI (solution 2), sont opérationnelles depuis le 15 avril 2002 ; que France Télécom, dans ses observations du 2 juillet, s'est engagée à maintenir la troisième solution, consistant à mettre à la disposition des FAI qui en feraient la demande, via un lien API XML, appelé encore Webservice, les informations fournies par son serveur d'éligibilité et à leur permettre ainsi de développer, sur leur propre système d'information, leur propre serveur d'éligibilité, et ce quand bien même le Conseil validerait également les solutions 1 et 2 ;

Considérant, en premier lieu, que le dispositif gratuit mis en place par France Télécom dans le cadre de la première solution permet, à la fois, la vérification de la disponibilité ADSL de la ligne du client et la commande de connexion ADSL ; qu'à compter de juillet 2002, le serveur ne sera fermé la nuit que de 2 heures à 4 heures et la nuit du dimanche au lundi de 2 à 6 heures ; qu'il sera donc largement disponible ; que le serveur d'éligibilité contient les informations permettant de déterminer si la connexion est «possible», sera «possible ultérieurement» (avec la date prévisionnelle d'ouverture à l'ADSL de la commune concernée) ou «possible sous condition» (résiliation d'un abonnement Numéris) ; qu'à compter de juillet 2002, un service Accueil, ouvert du lundi au samedi de 7 à 20 heures, prendra en compte les incidents constatés par les FAI ; que la prise de commande ne nécessite plus de remplir les champs «code plaque» et «code postal» ; que le système (dès la réception des fichiers de commandes) fournit l'accusé de réception des commandes sur un rythme bi-journalier (tri-journalier en septembre, avec possibilité de repasser commande dans les deux heures après rejet pour non conformité) et par un doublement des fichiers de compte rendu et de notification des traitements de commandes (deux par jour au lieu d'un) ; que France Télécom fournit mensuellement, par département, un délai moyen de raccordement à la ligne ADSL ; que l'ensemble de ces améliorations répond à l'exigence de continuité du processus d'information et de prise de commande ordonné par le Conseil ; qu'il ressort des débats qui ont eu lieu au cours de la séance qu'un grand nombre de défauts dénoncés (erreurs, réponse en un jour, manque d'information sur le traitement en cours) résulte du fait que les FAI résidentiels (AOL, Tiscali et T-Online) n'ont pas testé les solutions qui leur ont été proposées ;

Considérant, en deuxième lieu, que les demandes des FAI relatives au suivi des commandes seraient motivées par un taux d'incidents élevé ; que la société T-Online avance ainsi qu'elle a eu, en avril, 856 incidents sur 5 000 commandes passées, soit un peu plus de 17 % ; que les sociétés AOL et Tiscali, ont fait état, en séance, d'un taux de rejet de leurs commandes d'accès d'environ 20 % ; que, cependant, France Télécom, dans une note en délibéré déposée le 5 juillet 2002, soutient que les taux de rejet pour ces deux sociétés sont, respectivement, de 3,8 % pour AOL et de 13,8 % pour Tiscali, et explique les taux élevés avancés par T-Online et Tiscali par le fait que ces FAI ne formulent que peu de requêtes d'éligibilité avant passation de commandes, ainsi que le montre un graphique comparant le nombre de commandes et celui de requêtes d'éligibilité (annexe 7 des observations de France Télécom) ;

Considérant, en troisième lieu, que les sociétés Magic Online (solutions 1 et 2), Nordnet (solutions 1 et 2) et Câble & Wireless (solution 2) ont contracté avec la société France Télécom et qu'ainsi la condition de l'article 2 de la décision du 27 février 2002 est respectée ; que la société T-Online ne peut utilement soutenir que Câble & Wireless ne serait pas un FAI, mais un opérateur de réseaux et services de télécommunications, dès lors qu'elle propose à sa clientèle d'entreprises des accès Internet utilisant la technique ADSL ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments, des offres faites par France Télécom et des engagements qu'elle a pris devant le Conseil quant à la réalisation et au maintien de certaines prestations au-delà de juillet 2002, que les mesures prises par la société France Télécom pour se conformer à l'injonction prononcée à l'article 1^{er} de la décision du Conseil, justifient que soit levée l'injonction prévue à l'article 2 de la même décision consistant en la suspension de la commercialisation des packs ADSL de la société Wanadoo Interactive dans les agences commerciales France Télécom ;

Décide

Article unique : L'injonction figurant à l'article 2 de la décision 02-MC-03 du 27 février 2002 relative à la suspension de la commercialisation des packs eXtense de la société Wanadoo Interactive dans les agences commerciales de France Télécom est levée.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Lavergne, par Mme Hagelsteen, présidente, M. Nasse, vice-président, MM. Bidaud, Gauron et Ripotot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-47

Décision n°02-D-47 du 25 juillet 2002 relative à une saisine de la société Vérimédia

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 15 janvier 1999, sous le numéro F 1117, par laquelle la société Vérimédia a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Médiamétrie et SECODIP, susceptibles d'entrer dans le champ d'application des articles L. 420-1 et suivants du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 6-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 4 juin 2002, la société Vérimédia ayant été régulièrement convoquée ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

Décisions / 02-D-47

619

I. - Constatations

■ A. - Les secteurs d'activité

L'expertise média

1. Les sociétés d'expertise média (ou d'audit média) effectuent, pour le compte des annonceurs, des missions d'audit des prestations des agences de publicité et des centrales d'achat afin d'en contrôler les performances. Leurs interventions peuvent porter sur les domaines suivants :

- audit des stratégies et du média-planning ;
- audit de l'achat d'espace (optimisation de l'achat, contrôle des tarifs et des conditions de vente des supports) ;
- contrôle de l'exécution des prestations (contrôle de la diffusion des messages et de la facturation) ;
- assistance et accompagnement de l'annonceur dans sa relation avec l'agence ou la centrale ;

- gestion des appels d'offre et des consultations pour l'attribution des budgets publicitaires.

2. Il existe actuellement trois sociétés d'expertise média : Vérimédia, Média-Audits, Média-Economy. La société Excellence Média, présente sur le marché à l'époque de la saisine, a été absorbée par Média-Audits.

La mesure de l'audience télévisuelle

3. Elle s'effectue au moyen d'un panel de téléspectateurs disposant d'un audimètre qui permet d'enregistrer de façon permanente et immédiate toutes les utilisations du téléviseur et le nombre de téléspectateurs devant l'écran. La société Médiamétrie est en situation de monopole pour cette activité.

La pige publicitaire télévisuelle

4. Elle consiste à effectuer le recensement des messages publicitaires diffusés à la TV (pige quantitative). Il existe aussi une pige qualitative, qui donne des éléments d'information sur les campagnes publicitaires. Elle est proposée par un opérateur unique : la société SECODIP (société d'études de la consommation, distribution et publicité).

Le traitement des données croisées d'audience et de pige

5. Il répond à une demande spécifique des intermédiaires publicitaires. Si les grands groupes d'achat d'espace (par exemple Carat) possèdent en interne leurs propres capacités de traitement et d'analyse, certains intermédiaires ont recours à des prestataires de service extérieurs. Ceux-ci sont des sociétés de service informatique (SSI) comme la société Popcorn, la société HDI, la société JFC, et la société CEMI, cette dernière commercialisant deux logiciels spécialisés dans ce traitement, Check-up et Surfer. C'est une filiale de Médiamétrie, Espace TV, qui effectue les traitements nécessaires au calcul du coût GRP (gross rating point), qui mesure le coût de l'achat d'espace publicitaire sur le media concerné par le prix à payer pour un point d'audience cible.

■ B. - Les opérateurs

La société Vérimédia

6. La société Vérimédia est une société «*d'expertise média*». Créée en 1991, elle emploie cinq salariés. Le chiffre d'affaires de la société s'est élevé, pour l'année 2000, à 6 245 544 F (952 127,04 €). La société a orienté son activité vers le contrôle des coûts publicitaires (contrôle de l'exécution des prestations). Elle revendique également une activité «*d'audit de l'achat d'espace publicitaire*», qui consiste à évaluer la pertinence des achats publicitaires, notamment en mesurant les performances des campagnes publicitaires par rapport aux investissements réalisés.

La société Médiamétrie

7. La société Médiamétrie a été créée en 1985. Son capital est réparti entre les chaînes de télévision (35 % du capital), de radio (27 %) et les agences de publicité (35 %). Toutefois, les quinze administrateurs de son conseil d'administration représentent, à parts égales, les différents acteurs du marché publicitaire concernés par la mesure d'audience des médias : télévision, radios, annonceurs et conseils publicitaires.

La société SECODIP

8. La société SECODIP est une filiale du groupe Taylor Nelson Sofres. Elle emploie 680 personnes. Elle a réalisé en 1999 un chiffre d'affaires de 365 millions de francs (55,64 millions d'euros) dont 80 millions de francs (12,20 millions d'euros) pour la pige publicitaire quantitative.

Le GIE Audipub

9. Ce GIE a été constitué par la mise en commun des ressources statistiques de Médiamétrie, de SECODIP et du savoir faire de la société Espaces TV. Cette dernière, filiale de Médiamétrie, se consacre depuis 1986 au traitement et à l'analyse d'audience grâce à des logiciels exploitant les données sources de Médiamétrie.

■ C. - Les faits

10. Dans une première lettre en date du 15 janvier 1999, la Société Vérimedia fait état de pratiques dilatoires de la part de la société Médiamétrie. Elle joint à sa saisine différents courriers échangés au mois de novembre et décembre 1998 avec Médiamétrie, SECODIP et le GIE Audipub, relatifs au produit GRP+. Ce produit, livré sur une disquette informatique, croise les données d'audience et de pige relatives à une campagne publicitaire donnée. Dans une lettre complémentaire en date du 8 octobre 1999, la société Vérimedia précise ses allégations à l'encontre des sociétés Médiamétrie et SECODIP. Elle dénonce la suppression du service GRP+ et son remplacement par le produit intitulé «*Micromarché TV étude standard papier*». Selon elle, ce nouveau produit ne fournirait pas les données relatives au «*total TV*», c'est-à-dire le coût GRP pour l'ensemble des secteurs qui ont fait de la publicité sur les chaînes de télévision, mais seulement celles relatives au secteur concerné. De plus, le support papier ne permettrait pas les mêmes traitements que le support disquette et n'offrirait pas les mêmes garanties de fiabilité. La société Vérimedia soutient également que les tarifs d'accès aux «*Micromarché TV*» sont trop élevés et constituent une barrière à l'entrée sur le marché pour une petite société comme la sienne.

11. En ce qui concerne la livraison du produit GRP+, il résulte des pièces du dossier que la commande de ce produit, concernant la société Bonduelle, qui avait été adressée par Vérimedia à Médiamétrie le 23 novembre 1998, a été honorée le 3 décembre, soit quinze jours plus tard. La facturation a

fait l'objet d'un courrier en date du 30 décembre 1998, conformément aux conditions tarifaires précédemment indiquées à Vérimedia, soit 3 200 F (487,84 €) pour deux études, correspondant à deux périodes de campagne.

12. S'agissant de la suppression du service GRP+ et de son remplacement par le produit «*Micromarché TV, étude standard papier*», les représentants du GIE Audipub ont déclaré que ce changement était justifié par l'évolution technologique des moyens informatiques et le fait que le service GRP+ n'avait été vendu que deux fois en 1998 et une fois en 1999, uniquement à Vérimedia. Il ressort des pièces du dossier que la société Vérimedia a effectué le 19 janvier 1999 une commande de ce nouveau produit, «*Micromarché TV étude standard papier*», pour une campagne de publicité concernant la Mercedes classe C, et a normalement réglé la facture correspondante, conforme au devis fournis, d'un montant de 1 500 F (228,67 €). Le GIE Audipub soutient, de plus, que le «*total TV*» est bien compris dans l'étude standard papier, comme il l'a précisé à la société Vérimedia, dans un courrier du 30 novembre 1998 : «*Toutes les variables de l'étude (notamment, investissements, nombre de spots, GRP, cibles) seront calculées, pour les tableaux «ensemble tous secteurs» sur la base des dates de campagnes des produits «Bonduelle préparation pour salade» et «Cassegrain conserves de légumes»*». Il précise, enfin, qu'il aurait été prêt, dans l'hypothèse où Vérimedia lui en aurait fait la demande, à livrer les données correspondantes sur disquette informatique.

622

13. L'accès aux données croisées suppose au préalable, l'achat des données sources recueillies par SECODIP (pige) et Médiametrie (mesure de l'audience). Les conditions d'accès au service «*Micromarché TV*», telles qu'elles ont été transmises par Médiametrie à la société Vérimedia, par un courrier en date du 10 décembre 1998, sont les suivantes : «*Précisons d'abord que si vous commandez le service Mediamat pour votre compte, vous pourrez souscrire selon vos besoins : A des résultats d'audience à l'unité, le tarif de chaque interrogation de la banque de données d'audience comprend un forfait de base de 2 000 FF HT, auquel s'ajoute le prix de la donnée (diffusion d'une émission ou d'émissions différentes) dégressif selon le nombre de données de 200 FF HT à 50 FF HT par diffusion d'émissions ; Ou à un service Mediamat hebdomadaire de base dont le prix est fixé à 210 000 F HT par an. S'agissant des services ponctuels Audipub que vous commanderiez pour le compte d'un annonceur précis et qui nécessiteraient nos données Mediamat, le droit d'accès ponctuel à ceux-ci (nécessaire pour bénéficier des dits services) est gratuit si l'annonceur est directement souscripteur ou si la centrale d'achat de l'annonceur est souscriptrice au service de base Mediamat pour l'année en cause. Pour nous permettre de vérifier que l'une ou l'autre de ces conditions est satisfaite, il vous appartient d'en justifier.*».

La réponse de la société Verimedia à ce courrier, en date du 15 décembre 1998, contient les remarques suivantes : «*Nous sommes fort étonnés de la teneur de votre courrier du 10 décembre 1998. En effet, vous n'êtes pas sans savoir que la société Médiametrie vient d'être condamnée par le Conseil de la concurrence, pour ses pratiques dilatoires à notre rencontre. Votre dernier courrier poursuit ces pratiques. En effet, comment pouvez-vous nous soumettre à une obligation de déclaration de l'identité de nos clients, alors que, comme vous le savez fort bien, ils achètent tous via des*

centrales d'achats, lesquelles sont d'ailleurs vos actionnaires. Nous devons donc accéder sans aucune condition aux services Audipub, puisque tous nos clients utilisent des mandataires qui, comme l'a démontré la DNEC dans ses enquêtes, sont tous vos clients». Le 6 janvier 1999, la société Verimedia demande à Audipub de lui confirmer que les données fournies dans le cadre de Micromarché TV «L'étude standard papier» correspondent bien à celles précédemment fournies dans le cadre du produit GRP+, et précise : «Comme vous avez pu le constater, notre bon de commande précise toujours automatiquement le client concerné puisque nous vous indiquons la campagne à étudier. Par conséquent, et afin de préserver la confidentialité de nos dossiers, merci de bien vouloir nous faire parvenir un accord de confidentialité contresigné par les trois membres du GIE Audipub». Par courrier du 13 janvier 1999, Audipub répond : «Pouvez-vous nous faire parvenir un exemple type d'accord de confidentialité. Le GIE Audipub vous le signera par retour du courrier. Il est évident que le GIE Audipub, qui existe depuis 1989, observe pour l'ensemble de ses clients une règle de confidentialité».

14. Il ressort également de l'instruction que les autres sociétés d'expertise média ne rencontrent pas de difficultés pour obtenir les données de Médiametrie. Média Economy achète de manière ponctuelle des données et a indiqué : «Depuis 1998, Médiamétrie est plus souple et plus à l'écoute des demandes spécifiques que peuvent formuler les structures d'audit. D'un droit d'accès forfaitaire de 60 000 F (9 146,94 €), on est passé à une facturation en relation directe avec les éléments statistiques demandés. Cette société a, par ailleurs, souscrit un abonnement à Médiamat le 1^{er} février 1999, aux mêmes conditions que celles proposées à Vérimedia. La société Média-Audits est également souscripteur de l'abonnement à Médiamat, et ne rencontre pas de difficultés pour se procurer les données nécessaires à l'exercice de son activité.

II. - Motifs

En ce qui concerne les pratiques relatives à la livraison du produit GRP+

15. La société Vérimedia allègue des manœuvres dilatoires de la part de la société Médiametrie à l'occasion de la commande du produit dénommé «GRP+», par la société Vérimedia, dans le cadre d'un audit de son client, la société Bonduelle.

16. Or, il ressort de l'enquête que la commande du produit dénommé «GRP+» à Audipub a été exécutée dans des conditions commerciales normales comme le montrent les faits rappelés au paragraphe 11. Il en résulte que les pratiques alléguées ne peuvent être qualifiées au regard des articles L. 420-1 et suivants du code de commerce.

En ce qui concerne les pratiques relatives à la suppression du service GRP+ et son remplacement par le produit «Micromarché TV étude standard papier»

17. La société VERIMEDIA fait valoir que l'étude papier «*Micromarché TV*» ne fournit plus les données relatives au «*total TV*», mais seulement celles relatives au secteur concerné, ce qui n'était pas le cas du GRP+. Elle précise que l'absence de substituabilité entre les deux produits constitue une entrave à l'accès au marché de l'expertise média, puisqu'elle ne dispose plus d'un instrument lui permettant de croiser les données d'audience et de pège pour une campagne publicitaire.

18. Il ressort des pièces du dossier, que l'étude papier «*Micromarché TV*» comporte bien le «*total TV*». En effet, les résultats sont fournis pour «*l'ensemble tous secteurs*». En ce qui concerne la différence de support (papier/disquette) entre les deux produits, la société Vérimédia ne prétend pas avoir demandé à Médiamétrie que les données lui soient livrées sur disquettes et s'être heurtée à un refus. Médiamétrie déclare, quant à elle, qu'elle aurait accédé à une telle demande. Il résulte de ce qui précède que la pratique consistant à avoir remplacé le GRP+ par l'étude papier «*Micromarché TV*» ne peut être qualifiée au regard des articles L. 420-1 et suivants du code de commerce.

624

En ce qui concerne les pratiques relatives aux conditions d'accès au service «Micromarché TV»

19. La société Vérimédia dénonce les conditions d'accès au service «*Micromarché TV*» et considère que celles-ci sont constitutives d'un abus de la part de la société Médiamétrie en position dominante sur le marché de la mesure de l'audience TV. Elle fait valoir, d'une part, que les tarifs d'accès sont trop élevés, d'autre part, que l'obligation de communiquer le nom de ses clients, annonceur ou centrale d'achat, pour éventuellement bénéficier d'un accès gratuit, pose des problèmes de confidentialité.

20. Ainsi qu'il a été indiqué dans la décision n° 98-D-53, du 8 juillet 1998, relative à des pratiques relevées dans les secteurs de la mesure d'audience des médias et de la pège publicitaire, l'activité consistant à effectuer la mesure de l'audience télévisuelle constitue un marché sur lequel la société Médiamétrie est en situation de monopole. Toutefois, le Conseil a considéré dans la même décision que, *«compte tenu de la nature particulière de la matière première que constituent les données d'audience, et alors même que Médiamétrie met ces données gratuitement à la disposition des sociétés de services informatiques, la liberté commerciale pour ces entreprises de vendre leurs services à des sociétés qui n'auraient pas par ailleurs souscrit un abonnement aux données Médiadata et/ou Médiamat n'est pas compatible avec le fonctionnement de ce secteur d'activité ; que, par suite, les contraintes imposées par la société Médiamétrie vis-à-vis de ces sociétés informatiques et visant, en contrepartie de la gratuité d'accès aux données Médiadata ou Médiamat, à ne leur permettre de vendre leurs services qu'à des sociétés qui sont par ailleurs abonnées à ces services ne constituent*

pas un abus anticoncurrentiel de la position dominante de la société Médiamétrie visé par les dispositions de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986». Aucun des éléments constatés ci-dessus ne justifient que cette analyse soit remise en cause.

21. De surcroît, les sociétés concurrentes de la société Vérimedia ne rencontrent pas de difficultés dans l'accès à ces données, comme le montrent les déclarations citées au paragraphe 14. Il ressort en particulier de l'enquête administrative que le tarif fait à Media Economy est le même que celui proposé à Vérimedia. Par ailleurs, il ne ressort pas de l'examen des pièces du dossier que les problèmes de confidentialité soulevés par Vérimedia n'ont pu être réglés du fait d'une attitude dilatoire du GIE Audipub

22. Il résulte de ce qui précède que les pratiques alléguées relatives aux conditions d'accès au service «*Micromarché TV*» ne peuvent pas être qualifiées d'abusives au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de Mme Geneviève Wibaux par M. Nasse, vice-président, présidant la séance, Messieurs Bargue, Bidaud, Charrière-Bournazel, Lasserre et Piot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président, présidant la séance,
Philippe Nasse

Décisions / 02-D-47

625

02-D-48

Décision n°02-D-48 du 29 juillet 2002 relative à des pratiques relevées sur des marchés de VRD dans les arrondissements de Cambrai, Valenciennes et Avesnes sur Helle

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre du 7 octobre 1996 enregistrée sous le numéro F 906, par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de concertation mises en œuvre à l'occasion de marchés de VRD (voirie et réseaux divers) susceptibles de constituer des pratiques prohibées par l'article 7 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, devenu article L. 420-1 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Vu les observations présentées par les sociétés Ets Descamps TP, Avesnoise de routes et canalisations, Société des travaux publics de Valenciennes Nord, Urbaine de construction et d'infrastructures-URFRA TP, Sade CGTH, Etablissements A. Cathelain et Cie, SNC Beugnet Hainaut, Eiffage et le commissaire du Gouvernement ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Avesnoise de routes et canalisations, Société des travaux publics de Valenciennes Nord, Urbaine de construction et d'infrastructures-URFRA TP, Sade CGTH, Etablissements A. Cathelain et Cie, SNC Beugnet Hainaut, Eiffage entendus au cours de la séance du 11 juin 2002, la société Ets Descamps TP, régulièrement convoquée ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - Constatations

■ A. - Les faits relevés

Les services de la DGCCRF ont constaté que sur plusieurs années, depuis 1988, les mêmes entreprises obtenaient presque systématiquement les marchés de travaux de voirie, assainissement et réseaux divers dans les

arrondissements où se situent leur siège, alors qu'à l'inverse, leurs offres n'étaient quasiment jamais compétitives sur des zones voisines, pourtant encore assez proches de leur siège. Ces services ont donc réalisé une enquête dans le cadre de laquelle quarante cinq marchés de travaux ont été examinés ; pour dix de ces marchés, l'administration, dans son rapport d'enquête, a considéré que les preuves d'une concertation entre des participants à la consultation étaient réunies. Au terme de l'instruction, huit marchés ont été retenus pour caractériser des pratiques anticoncurrentielles.

1. - La construction d'une chaussée nouvelle et de trottoirs rue d'Herpigny à Quiévy

Le 6 mai 1993 la commune de Quiévy a lancé une consultation pour la passation d'un marché négocié en vue de la construction d'une chaussée nouvelle et de trottoirs rue d'Herpigny, la date limite de dépôt des offres étant fixée au 4 juin 1993 à 17 heures. Cinq offres ont été reçues ; l'ouverture des plis a eu lieu le 9 juin 1993 à 9 heures. Le marché a été attribué à la société Beugnet qui avait présenté l'offre la moins disante (436 099,90 F), devant la société Descamps classée deuxième (451 447,94 F), et les sociétés Sorriaux, Desvignes et Ufra TP.

Lors de l'intervention au siège de la société Descamps le 18 janvier 1995, parmi les pièces recueillies dans le dossier concernant cette consultation, figuraient une télécopie datée du 2 juin 1993 ainsi que les doubles du détail estimatif et du bordereau de prix unitaires dactylographiés adressés par Descamps à la ville de Quiévy.

Sur la télécopie datée du 2 juin 1996 (mention 93-06-02), figurent des prix manuscrits qui correspondent aux prestations prévues dans le détail estimatif du marché en cause. Ces prix ont été exactement repris dans le détail estimatif dactylographié de la société Descamps daté, quant à lui, du 3 juin 1996, la seule différence par rapport au devis manuscrit concernant le montant de TVA avec un écart de un centime. En haut de la télécopie l'expéditeur a pris soin d'effacer les éléments permettant de l'identifier de facto. Ainsi, après la mention «DE..» ne figure pas le nom de l'expéditeur, et après la mention «33..», soit l'indicatif téléphonique d'identification international pour la France, ne figure pas l'indication du numéro de téléphone de l'expéditeur, comme on peut le relever sur d'autres télécopies jointes au dossier.

Auditionné par les enquêteurs le 20 novembre 1995 M. André Descamps a déclaré à propos de cette consultation : *«Je ne sais pas qui m'a envoyé le fax. Ce n'est pas mon écriture, ni celle d'aucun de mes collaborateurs. Je n'ai pas voulu prendre ce marché. Mon cahier de commandes ne me le permettait pas. Je ne me souviens plus avoir fait d'études de prix pour ce marché.»*

2. - L'aménagement de trottoirs sur la RD 98 à Troisvilles

Le 10 décembre 1993, la direction départementale de l'équipement du Nord a consulté cinq entreprises en vue de l'aménagement de trottoirs à Troisvilles, la

date limite de dépôt des offres étant fixée au 17 janvier 1994. Quatre entreprises ont remis une offre et le marché a été attribué aux Ets Desvignes qui ont présenté l'offre la moins disante (53 696,15 F), devant la société Descamps classée deuxième (56 133,38 F) et les sociétés MLTPet Détrieux.

Au siège de la société Descamps, le 18 janvier 1995, les enquêteurs ont recueilli la lettre de consultation de la DDE, le détail estimatif adressé à la DDE par la société Descamps le 14 janvier 1994 et une télécopie datée du 11 janvier 1994.

Cette télécopie a été adressée par M. Pierre Lombard, chef de centre de Desvignes TP, le 11 janvier 1994 à 16 h 53, soit trois jours avant la date du devis de la société Descamps et six jours avant la date limite de remise des offres. En page de garde la télécopie porte les mentions suivantes : *«Objet : Troisvilles. Texte : Monsieur Descamp, ci-joint les prix demandés. Bonne réception»*. Le second feuillet est le détail estimatif pour la consultation en cause comportant des prix manuscrits. Ces prix correspondent exactement à ceux qui ont été remis à la DDE par la société Descamps.

En outre, l'agenda de M. Descamps, à la page du 11 janvier 1995, mentionne : *«15 h 30. Mr Lombard Desvignes TP demande d'envoyer une grille de St Vaast à la STPV à Marchy Mr Démary. fax 27.29.77.66. (...) Desvignes fax = 27.83.12.09. il nous envoie la grille de Troisvilles»*.

Lors de son audition par les enquêteurs, le 20 novembre 1995, M. André Descamps a déclaré à propos de cette consultation : *«Je ne me souviens plus lui avoir demandé les prix. Le marché ne m'intéressait pas, donc j'ai soumissionné en donnant les prix que m'avait communiqués Desvignes. Je n'ai fait aucune étude de prix sur ce marché qui ne m'intéressait pas. Lorsque mon secrétariat note que Desvignes nous envoie la grille, cette dernière correspond à l'étude qui m'a été faxée. Quant à la grille que me réclamait M. Lombard, je ne me souviens plus ce dont il s'agit.»*

3. - Travaux d'assainissement route de Béthencourt à Caudry

Pour ces travaux, la municipalité de Caudry a lancé une consultation en vue de la passation d'un marché négocié dont l'ouverture des plis a eu lieu le 21 mars 1994. Par délibération du conseil municipal du 31 mars 1994, le marché a été attribué à la société Sade qui avait présenté l'offre la moins disante (426 337,35 F) devant les sociétés Jean Lefebvre, Descamps (506 718,50 F), Desvignes et Beugnet.

Au siège de la société Descamps, le 18 janvier 1995, ont été recueillis le détail estimatif et l'acte d'engagement, datés du 10 mars 1994, adressés à la mairie par la société Descamps dans le cadre de cette consultation et deux télécopies datées également du 10 mars.

Ces télécopies, qui représentent le devis du marché en cause, comportent des prix manuscrits, la seconde incluant des corrections sur les montants finals du devis qui sont d'une écriture différente. Les deux télécopies portent l'entête et le numéro de télécopie de Sade Sin Le Noble, ainsi que la référence et le numéro de téléphone de Sade Arras. Par ailleurs y figure la mention manuscrite «DESC» soit les premières lettres du nom Descamps.

Les prix manuscrits coïncident avec les prix effectivement remis par la société Descamps, en incluant les corrections figurant sur la deuxième télécopie qui, dans le devis définitif, correspondent au prix n° 5. La copie de l'agenda de M. Descamps, à la date du 10 mars 1994, éclaire cette correction avec la mention suivante : «8 h 50 Services techniques de Caudry concernant marché Route de Béthencourt- Prix n° 2 → 170 ml et non 117 ml -Envoyé rectificatif au prix n° 5». Sur cette même page, on trouve la mention : «14 h la Sade». Un agent de la société Sade, dans l'envoi de la télécopie de 11 h 42, avait fait, à la main, la correction concernant la longueur pour le prix n° 2 (170 ml) et avait inclus, également à la main, un prix n° 7 pour une valeur de «11 100», devenu sur le devis dactylographié de Descamps le prix n° 5 pour un montant de 18 500 F. De fait, le manuscrit de Sade comportait une erreur de calcul (5 unités à 3 700 F).

Lors de son audition par les enquêteurs le 20 novembre 1995, M André Descamps a déclaré à propos de cette consultation : «*La correction du poste 7 du DE faxé par la Sade à SIN Le Noble peut être celle de mon collaborateur Mr Gomez. J'ai remis les prix corrigés en soumission parce que il y avait une erreur sur le fax. Je n'ai pas fait d'étude de prix pour ce marché.*»

4. - Modification des chaussées à Sommaing sur Ecaillon

Pour ces travaux, le Conseil général du Nord a consulté trois entreprises par courrier du 29 mars 1994, la date limite de remise des offres étant fixée au 15 avril 1994. Le procès-verbal de la visite des enquêteurs, auprès des services du Conseil général signale que les offres des sociétés Descamps et Sorrieux sont parvenues le 14 avril 1994, celle de la société Urfra le 13 avril 1994. Le marché a été attribué à la société Urfra qui avait présenté l'offre la moins disante (37 943,40 F) devant la société Descamps classée deuxième (40 685,73 F) et la société Sorrieux.

Au siège de la société Descamps, les enquêteurs ont recueilli, le 18 janvier 1995, la lettre de consultation, le détail estimatif dactylographié de l'offre de Descamps daté du 14 avril 1994 et une télécopie datée du 11 avril 1994.

Cette télécopie, qui représente le devis du marché en cause, comporte des prix manuscrits et porte en entête la mention «*Exp : Urfra TP*» ainsi que le numéro de télécopie de cette entreprise (33 27 43 06 13). Y figure également la mention manuscrite «*A l'attention de M. Descamps*». Les prix manuscrits coïncident avec les prix effectivement remis trois jours plus tard par la société Descamps au Conseil général.

Lors de son audition par les enquêteurs, le 20 novembre 1995, M. André Descamps a déclaré à propos de cette affaire : «*La société Urfra TP m'a dit ne pas avoir de travail. Je lui ai donc laissé les 40 000 francs TTC en fournissant à l'unité territoriale de Cambrai les prix figurant sur le fax de la société Urfra.*»

5. - Poste de relèvement dans un parc industriel à Caudry

Le 25 mars 1994, la ville de Caudry a fait publier un avis d'appel d'offres restreint pour la construction d'une station de relèvement d'eaux usées dans le parc industriel de la pâture Mercier, fixant la date limite de dépôt des candidatures au 15 avril 1994. Le procès-verbal de la séance du conseil municipal du 25 mai 1994 permet de noter qu'à la date limite de remise des offres, fixée au 2 mai 1994, seules deux entreprises, Descamps et Sade, ont remis une offre. Leurs devis portent la même date du 2 mai 1994. Le marché a été attribué à la société Sade qui a présenté l'offre la moins disante (415 906,48 F) devant la société Descamps (460 927,04 F).

Au siège de la société Descamps, le 18 janvier 1995, les enquêteurs ont recueilli la lettre de la ville retenant la candidature de cette société, l'acte d'engagement et le détail estimatif dactylographié de l'offre, datés du 2 mai 1994, et une télécopie datée du 2 mai 1994 à 8 h 20.

Le premier feuillet de cette télécopie, à entête de la Sade, indique que le rédacteur en est M. Dollet, le destinataire étant «*Descamp*», et porte la mention «*ci joint offre de prix station Pature Mercier. Salutation*». Le deuxième feuillet représente le devis du marché en cause et comporte des prix manuscrits qui coïncident avec les prix effectivement remis le jour même par Descamps à la ville de Caudry. Par ailleurs, l'extrait de l'agenda de M. Descamps à la date du vendredi 29 avril 1994 mentionne : «*16 h 45 Mr Dollet de la Sade pour vous informer que les prix vous seront transmis lundi matin*». Le 2 mai 1994, date d'envoi de la télécopie, était effectivement le lundi suivant ce message.

Lors de son audition par les enquêteurs, le 20 novembre 1995, M. André Descamps a déclaré à propos de cette affaire : «*Les services techniques m'ont contacté pour répondre à l'appel d'offres. (marché négocié) quand j'ai eu le dossier, j'ai vu que les travaux n'étaient pas de ma compétence, j'ai donc demandé des prix à la Sade. J'ai remis en mairie les prix que m'avait fourni la Sade, pour être placé et ne pas faire de différence en prix. Lorsque M. Dollet m'informe le 29 avril que les prix me seront transmis, il s'agit bien des prix du marché en cause. Je n'ai pas fait personnellement d'étude de prix sur ce marché*».

6. - Construction de chaussée et trottoirs rue de Viesly à Quiévy

Pour ces travaux, la ville de Quiévy a lancé un appel d'offres restreint le 30 mars 1994, la date limite de dépôt des offres étant fixée au 10 mai 1994 à 15 heures. Le marché a été attribué à la société Beugnet qui avait présenté l'offre la moins disante et déclaré la société Sorriaux à titre de sous-traitant. La société Descamps se classait en deuxième position (1 114 229,21 F), suivie des sociétés Desvignes TP, Urfra TP, Detrieux, Val TP, et TCL.

Les enquêteurs ont recueilli, le 18 janvier 1995, au siège de la société Descamps, le détail estimatif dactylographié de l'offre de cette société, daté du 9 mai 1994, et un détail estimatif informatique.

Ce dernier document porte la mention manuscrite, en bas de page, «*Cyrille Vaillle Beugnet*». M. Vaillle a été identifié comme appartenant au service études de la société Beugnet. Les prix qui figurent sur ce document coïncident avec les prix effectivement remis par la société Descamps à la ville de Quiévy.

Par ailleurs, des extraits de l'agenda de M. Descamps permettent de relever qu'une réunion s'est tenue entre cinq des participants à l'appel d'offres. En effet, à la date du 3 mai 1994 figure la mention «*17 h 15 Sorriaux réunion demain 17 h*» et à la date du 4 mai 1994, la mention «*17 h Réunion entreprise Sorriaux avec Urfra. Desvignes. Beugnet.*» Des extraits du cahier d'appels téléphoniques des Ets Desvignes confirment la tenue de cette réunion, ainsi que des contacts avec M. Beneïto, directeur de l'agence Beugnet-Hainaut les 6 et 9 mai, soit dans les jours précédant immédiatement la remise des offres.

Lors de son audition par les enquêteurs, le 20 novembre 1995, M. André Descamps a déclaré à propos de cette affaire : «*Le tableau que vous me montrez n'a pas été réalisé par mes soins. Toutes mes études de prix sont faites manuscritement. Je ne connais pas M. Cyrille Vaillle et je ne connais pas la provenance du tableau. On s'est effectivement basé sur ce tableau pour donner notre soumission. Lors de la réunion du 4 mai, à laquelle j'ai sûrement participé, nous avons discuté travaux, de la charge de travail des uns et des autres. Lors de ce marché je n'ai pas eu connaissance des noms des entreprises qui avaient été retenues. L'entreprise qui m'a fait parvenir le tableau pensait que j'allais soumissionner. Nous soumissionnons systématiquement même si nous n'allons pas faire les travaux pour cause de planning. Ceci se passe généralement pour l'arrondissement de Cambrai. Pour ce marché je n'ai pas réalisé d'étude de prix.*»

7. - L'aménagement de rues pour le Sivom de Vinchy

Pour ces travaux, le Syndicat intercommunal à vocation multiple de Vinchy a lancé, le 18 août 1994, auprès de six entreprises, une consultation en vue de la passation de deux marchés négociés. La date limite de dépôt des offres était fixée au 1^{er} septembre 1994. Le Sivom a communiqué une fiche manuscrite récapitulant les montants des offres qui se classent comme suit :

Les marchés ont d'abord été attribués aux deux entreprises moins disantes sur chaque lot, soit la société Cathelain, pour la rue du Port (347 225,81 F), et la société Beugnet, pour la rue Lapierre (559 964,56 F). Dans les deux cas, la société Descamps se trouve en quatrième position (370 652,87 F pour la rue du Port ; 590 039,15 F pour la rue Lapierre).

Cependant, sur intervention de la sous-préfecture de Cambrai, les deux marchés ont été annulés au motif que les travaux relevaient d'une même opération dont le montant global imposait le recours à la procédure de l'appel d'offres. A l'issue de cet appel d'offres auquel douze entreprises ont répondu, le marché a été attribué, le 23 février 1995, au moins-disant, la société Urfra TP, pour un montant de 817 229,91 F.

les enquêteurs ont recueilli, le 18 janvier 1995, au siège de la société Descamps, les détails estimatifs dactylographiés de l'offre de Descamps, pour la première consultation, datés du 31 août 1994, et une télécopie de six feuillets datée du 31 août 1994 entre 9 h 31 et 9 h 34.

Cette télécopie transmet les détails estimatifs pour les travaux des rues du Port et Lapierre au titre de la première consultation. En haut de la télécopie figure le numéro «21 07 02 96», qui a été identifié comme étant celui de la télécopie de la société Cathelain, suivi des lettres «CA» soit les deux premières lettres de ce même nom. Les prix qui y figurent sont manuscrits et coïncident avec ceux qui ont été effectivement remis par la société Descamps au Sivom. En outre, sur l'agenda de M. Descamps figure, à la date du lundi 29 août 1994, la mention suivante «17 h 25 SA Cattelain à Hermies» signalant un appel de cette société. Sur la même page était agrafé un encart portant la mention : «SA Cathelain à Hermies - Banteux Rue du Port TTC → 370 000 F Rue la Pierre TTC → 590 000 F.». Ces éléments attestent que, dès la veille de l'envoi de sa télécopie, la société Cathelain a contacté Descamps pour l'informer du montant global des offres que cette dernière devrait remettre, ces montants étant arrondis aux milliers de francs.

Lors de son audition par les enquêteurs le 20 novembre 1995, M. André Descamps a déclaré à propos de cette affaire : *«Je ne sais pas à qui appartient l'écriture figurant sur le morceau de papier agrafé à l'agenda professionnel de l'entreprise. La SA Cathelain m'a appelé le 29 août pour me demander de ne pas «taper» sur Banteux. J'ai accepté et par la suite la société Cathelain m'a envoyé les prix. J'ai remis ces prix au Sivom aussi bien pour la rue du Port que pour la rue Lapierre. Ils m'ont dit (Sté Cathelain) avoir besoin de travail. Je n'ai pas fait d'étude de prix pour ces deux rues. Les écritures figurant sur les deux DE faxés n'appartiennent à personne de la société.»*

8. - Voirie et assainissement route de Sepmeries au Quesnoy

Pour ces travaux, comprenant un lot assainissement et un lot voirie, la commune du Quesnoy a lancé un appel d'offres auprès de vingt-deux entreprises, la date limite de dépôt des offres étant fixée au 13 septembre 1994. Pour le lot assainissement, les entreprises devaient proposer un rabais par rapport au montant du lot déterminé par la commune soit 526 285 F HT. Pour le lot voirie, elles devaient déposer un devis estimatif. Le procès-verbal d'ouverture des plis, du 14 septembre 1994, récapitule les rabais proposés pour le lot assainissement et les montants pour le lot voirie, la somme des deux éléments aboutissant à un montant global. La société Avesnoise de routes et de canalisations (ARC), en première position avec un montant total de 773 252 F (rabais assainissement : - 8,4 %), a été attributaire du marché en tant que moins disante. La société Descamps, était classée quatrième avec un montant total de 824 639 F (rabais assainissement : - 2,8 % - lot voirie : 313 090 F)

Les enquêteurs ont recueilli, le 18 janvier 1995, au siège de la société Descamps, un courrier de la DDE du Nord relatif à la date limite de récep-

tion des offres, un détail estimatif manuscrit et une télécopie de deux feuillets datée du 12 septembre 1994 à 7 h 55.

Cette télécopie transmettait le détail estimatif du lot voirie pour lequel les postes de prix sont portés de façon manuscrite avec deux encres distinctes, l'une plus épaisse pour les prix unitaires, l'autre plus fine pour les montants globaux. En haut de la télécopie figure le numéro «27 64 85 65» suivi de la mention «ARC» attestant ainsi que l'expéditeur de cette télécopie est la société ARC. Figurent également sur cette télécopie les mentions manuscrites «Descamps» et «SIAN Rabais - 2,8 %». Les montants manuscrits coïncident avec ceux qui ont été effectivement remis par Descamps au maître d'ouvrage de même que la mention sur le rabais au SIAN coïncide avec le rabais que Descamps a proposé dans son offre définitive.

Lors de son audition par les enquêteurs le 20 novembre 1995, M. André Descamps a déclaré à propos de cette affaire : *«En ce qui concerne le DE manuscrit, c'est mon écriture. Pour ce qui est du fax envoyé par la société Arc à mon attention, les calculs poste par poste ont été effectués par M. Gomez du secrétariat. Les prix unitaires m'ont été envoyés par la société Arc. J'ai accepté de les couvrir dans un coin où j'ai pas l'habitude de travailler. Je ne sais pas comment la société Arc savait que j'allais répondre à Le Quesnoy. J'avais commencé à faire une étude de prix pour ces travaux. J'ai abandonné ma propre estimation pour les laisser travailler dans leur coin»*. Le siège de l'entreprise Descamps est distant d'environ vingt kilomètres du chantier en cause, celui de la société ARC de vingt-trois kilomètres.

Il résulte de cette déclaration que la différence d'encre sur la télécopie s'explique par le fait que si les prix unitaires ont été établis par une personne appartenant à la société ARC, le calcul des montants globaux par postes a été effectué par un employé de la société Descamps. Par ailleurs, il est confirmé que l'entreprise Descamps avait d'abord élaboré un devis qui lui était propre pour le lot voirie et d'un montant total inférieur à celui du moins disant soit 287 015 F HT au lieu de 291 175 F HT pour ARC.

9. - Les déclarations de M. Descamps auprès du rapporteur

Auditionné par le rapporteur le 18 octobre 2000, M. Descamps a déclaré : *«Mon entreprise est en effet de taille modeste, avec des moyens restreints qui ne me permettent d'intervenir que dans un secteur géographique très limité, au maximum 3 à 4 cantons autour de Solesmes. Je suis sans doute dans le secteur la dernière entreprise indépendante face aux sociétés ou établissements des grands groupes nationaux. Mon activité est exclusivement centrée sur les travaux VRD, étant précisé qu'en enrobés nous ne faisons que de très petits chantiers au regard de nos moyens. Nous sommes donc très dépendants de cette activité et pour pouvoir travailler nous devons nécessairement tenir compte de la présence de nos grands concurrents.*

«Comme je l'ai signalé lors de mon audition du 20 novembre 1995 je réponds sur certaines affaires, bien que n'ayant pas de disponibilités, dans le souci de maintenir ma présence auprès du maître d'ouvrage. N'ayant pas

de mètreur, avec un effectif réduit, c'est moi qui prend en charge les études. Par conséquent, dans ces cas là n'ayant pas les moyens et le temps d'effectuer une véritable étude, je sollicite mes confrères susceptibles de répondre à la consultation pour qu'ils m'adressent les prix à remettre, m'évitant ainsi d'avoir à faire l'étude. Cependant dans la majorité des cas je suis plutôt sollicité par le confrère qui est intéressé par l'affaire pour remettre des grilles de prix qu'il m'adresse. Il m'est très difficile de ne pas accepter ces sollicitations. En effet, étant une entreprise indépendante et modeste, je ne pourrais résister à l'agressivité commerciale des entreprises nationales qui à tout moment pourraient proposer sur mon secteur des prix cassés, de telle sorte qu'il me deviendrait très difficile, voire impossible, de m'aligner et de subsister.

«Ce système permet à mon entreprise de continuer à travailler, sans pour autant me permettre de pratiquer des prix ou des marges élevées. Je suis dans l'obligation de participer à un système dont je n'ai pas la maîtrise. Je suis confronté à ces comportements depuis peu, une dizaine d'années à peine, suite au rachat des entreprises locales par les nationaux, ou leur disparition. J'ignorais d'ailleurs, d'une part du fait que je n'en est pas tiré d'avantages financiers particuliers par rapport à ce qui se passait avant, d'autre part au regard de la faible importance des marchés en cause, que ce soit répréhensible, à telle enseigne que je n'ai même pas songé à supprimer les documents se rapportant à ces comportements et que j'ai reconnu les faits sans difficultés.»

634

■ B. - Les entreprises mises en cause

Société Ets Descamps TP

La société Etablissements Descamps TP, à l'époque des faits, étaient constitués en société anonyme sise 4 rue Aristide Briand à Saint Vaast en Cambrésis (Nord) dont l'actionnaire majoritaire était M. André Descamps. L'activité de cette entreprise consiste essentiellement dans la construction de chaussées et plus généralement dans les travaux de voirie. En 1994, le chiffre d'affaires de l'entreprise s'est élevé à 23 millions de francs.

Par acte du 28 septembre 2000, M. Descamps a cédé son entreprise à l'un de ses fournisseur de matériaux, la Société Anonyme des Ciments Armés (SACA) sise à Inchy (Nord) dont le président du conseil d'administration est M. Bernard Lebrun. A l'occasion de cette transaction, la SACA a changé de dénomination sociale pour reprendre le nom de la société Ets Descamps TP. La cession inclut tous les éléments du fonds, tous les locaux, terrains et matériels. Il est également prévu que M. Descamps est maintenu dans l'entreprise en qualité de directeur technique pour une durée de six mois à compter du 1^{er} octobre 2000.

Ainsi l'entreprise poursuit son activité dans les mêmes conditions qu'auparavant ; avec la même dénomination, l'opération ayant consisté en un simple changement de propriétaire.

La société ARC

La société Avesnoise de routes et canalisations est une société anonyme sise rue Lempereur, ZI Les Longues Royes à Feignies (Nord). Son capital s'élève à 250 000 francs et est principalement détenue par la famille Lorban. M^{me} Josiane Lorban en est la présidente. En 1993, l'entreprise a réalisé un chiffre d'affaires de 17 239 000 francs.

Ets Desvignes

Les Anciens Etablissements Desvignes TP à Cambrai constituent une simple agence qui appartient à la Société des travaux publics de Valenciennes Nord (STPV Nord) sise rue du 19 mars 1962 à Marly (Nord), société anonyme détenue par la société Gerland Routes elle-même intégrée au groupe Eiffage. Le chiffre d'affaires de la STPV Nord s'est élevé, au 31 décembre 1999, à 135 428 600 francs.

Les faits relevés ont été mis en œuvre par l'agence Ets Desvignes TP qui ne dispose pas de la personnalité juridique.

Société Sade CGTH

Les faits exposés ont été mis en œuvre au sein de l'agence régionale Sade CGTH d'Arras (Pas-de-Calais) et du centre de travaux de Sin Le Noble (Nord). La société anonyme Sade CGTH dont le siège social est situé à Paris, 28 rue de la Baume, a pour président M. Jean Claude Douvry. Elle est intégrée au sein du groupe Vivendi. Son chiffre d'affaires s'est élevé à 3 394 millions de francs en 1994, à 2 817 millions de francs en 1998 et à 2 705 millions de francs en 1999, année où le résultat a atteint 99 millions de francs.

Urfra TP

La société Urbaine de construction et d'infrastructures est une société anonyme au capital de 1 250 000 francs sise 1 avenue Jules Guesde à Escaudain (Nord). L'entreprise a réalisé un chiffre d'affaires de 14 035 000 francs en 1994.

Ets Cathelain et Cie

La société anonyme Etablissements A. Cathelain et Cie, sise rue de la Gare à Hermies (Pas-de-Calais), dispose d'un capital de 1 155 000 francs détenu à 99 % par la société Gagneraud Construction. Son président est M. François Gagneraud. Son chiffre d'affaires a atteint 56 308 000 francs en 1994.

SNC Beugnet Hainaut

L'agence Beugnet Hainaut à Escaudoeuvres, à l'encontre de laquelle des pratiques ont été relevées, est un établissement de la SNC Beugnet France dont le siège social était situé à Arras. Par un jugement du tribunal de commerce d'Arras du 7 juillet 1995, cette société a été déclarée en redressement judiciaire ; par un arrêt du 12 octobre 1995, la cour d'appel de Douai a approuvé un plan de cession des actifs de cette société au profit de la société Eiffage. La SNC Beugnet France a été déclarée en cessation totale d'activité à compter du 1^{er} décembre 1995, et radiée du registre du commerce le 6 avril 1996.

Le 31 août 1995 a été constituée la SNC Beugnet Hainaut, sise 2 rue Louise Michel à Escaudoeuvres, soit à la même adresse que l'ancienne agence. La cessation d'activité de la société Beugnet France a été assortie de la vente des éléments d'actifs à plusieurs SNC locales dont la SNC Beugnet Hainaut qui a ainsi conservé les éléments d'exploitation de l'agence et a poursuivi son activité.

■ C. - Les griefs notifiés

Au stade du rapport définitif, les griefs suivants, fondés sur les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ont été notifiés aux entreprises concernées :

- le fait, pour la société Etablissements Descamps TP d'avoir présenté des offres de couverture au profit de ses concurrents pour huit marchés soit : la construction d'une chaussée nouvelle et de trottoirs rue d'Herpigny à Quievy, l'aménagement de trottoirs sur la RD 98 à Troisvilles, des travaux d'assainissement route de Béthencourt à Caudry, la modification des chaussées à Sommaing sur Ecaillon, le poste de relèvement dans un parc industriel à Caudry, la construction de chaussée et trottoirs rue de Viesly à Quiévy, l'aménagement de rues pour le Sivom de Vinchy, des travaux de voirie et assainissement route de Sepmeries au Quesnoy ;
- le fait, pour la Société des travaux publics de Valenciennes Nord (STPV Nord) d'avoir sollicité et obtenu de la société Ets Descamps TP qu'elle remette une offre de couverture à l'occasion de la consultation pour l'aménagement de trottoirs sur la RD 98 à Troisvilles en vue d'obtenir l'attribution de ce marché, résultat auquel elle est parvenue ;
- le fait, pour la société Sade CGTH d'avoir obtenu de la société Ets Descamps TP qu'elle remette une offre de couverture, d'une part, à l'occasion de la consultation pour des travaux d'assainissement route de Béthencourt à Caudry, d'autre part, à l'occasion de la consultation pour la construction d'un poste de relèvement dans un parc industriel à Caudry, en vue d'obtenir l'attribution de ces deux marchés, résultat auquel elle est parvenue ;
- le fait, pour la société Urbaine de construction et d'infrastructures d'avoir sollicité et obtenu de la société Ets Descamps TP qu'elle remette une offre de couverture à l'occasion de la consultation pour la modification des chaussées à Sommaing sur Ecaillon, en vue d'obtenir l'obtention de ce marché, résultat auquel elle est parvenue ;

- le fait, pour la société anonyme Etablissements A. Cathelain et Cie d'avoir sollicité et obtenu de la société Ets Descamps TP qu'elle remette une offre de couverture à l'occasion de la consultation pour l'aménagement de rues pour le Sivom de Vinchy, en vue d'obtenir l'obtention de ce marché, résultat auquel elle est parvenue dans un premier temps, avant annulation du marché initial ;
- le fait, pour la société Avesnoise de routes et canalisations d'avoir sollicité et obtenu de la société Ets Descamps TP qu'elle remette une offre de couverture à l'occasion de la consultation pour des travaux de voirie et assainissement route de Sepmeries au Quesnoy, en vue d'obtenir l'obtention de ce marché, résultat auquel elle est parvenue ;
- le fait, pour la société Beugnet France d'avoir obtenu de la société Ets Descamps TP qu'elle remette une offre de couverture, d'une part, à l'occasion de la consultation pour la construction d'une chaussée nouvelle et de trottoirs rue d'Herpigny à Quievy, d'autre part, à l'occasion de la consultation pour la construction de chaussées et trottoirs rue de Viesly à Quiévy, en vue d'obtenir l'attribution de ces deux marchés, résultat auquel elle est parvenue ;
- Ce grief est adressé, d'une part, à la société Eiffage, en tant que cessionnaire de la société Beugnet France à la suite de sa mise en liquidation judiciaire, d'autre part, à la SNC Beugnet Hainaut, intégrée au groupe Eiffage, en tant qu'entité juridique ayant assuré localement la continuité économique et fonctionnelle de l'activité de travaux relevant à l'époque des faits de l'ancienne société Beugnet France.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

■ A. - Sur la procédure

En ce qui concerne la prescription

Considérant que la société Cathelain fait valoir dans ses observations qu'aucun acte interruptif de la prescription ne serait intervenu entre la saisine du ministre le 28 juin 1996 et la convocation d'une partie par le rapporteur, le 9 octobre 2000.

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce 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»* ;

Considérant cependant que, par courrier daté du 16 juin 1998, lequel fait référence à une demande de communication du rapporteur, avec la mention *«votre courrier F 906 signé Philippe Komiha»*, la direction départementale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes du

Nord, secteur de Valenciennes, a transmis des pièces qui avaient été recueillies par ses services lors de l'enquête, dans le cadre des procès-verbaux qui avaient été joints à la saisine du ministre ; qu'en effet, le rapporteur, constatant que ces procès-verbaux étaient incomplets du fait de l'absence de ces pièces, en a demandé la communication afin de détenir l'intégralité des éléments recueillis dans le cadre de l'enquête diligentée par les services de la DGCCRF en vue de vérifier le fonctionnement de la concurrence sur les marchés de VRD dans les arrondissements de Cambrai, Valenciennes et Avesnes sur Helpe ; que cette demande de communication de pièces du rapporteur constitue un acte tendant à la recherche, à la constatation et à la sanction des faits dont était saisi le Conseil ;

Considérant, en premier lieu, que si le double de cette demande, conservé par le rapporteur, qui figure en annexe à la notification de griefs, ne porte pas la date à laquelle elle a été adressée à l'administration, la réponse de celle-ci, datée du 16 juin 1998, atteste de la matérialité de l'acte du rapporteur auquel elle fait expressément référence ; qu'en second lieu, dès lors que l'existence dudit acte est attestée et qu'il est nécessairement antérieur à la réponse de l'administration, la date certaine de cet acte d'instruction est au plus tard la date à laquelle l'administration a répondu à la demande du rapporteur ; qu'ainsi, les pratiques mises en œuvre sur les marchés visés par la saisine ne sont pas prescrites, les actes susvisés étant intervenus avant l'expiration du délai de trois ans suivant la saisine du ministre ;

638

En ce qui concerne le délai de la procédure

Considérant que la société Descamps TP invoque, sur le fondement de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme, l'atteinte aux droits de la défense, résultant de la durée excessive de la procédure eu égard au temps qui s'est écoulé entre les déclarations de M. Descamps, enregistrées par procès-verbal du 18 janvier 1995, et la notification de griefs du mois de mars 2001 ; qu'elle demande, en conséquence, que le Conseil abandonne les griefs retenus à son encontre ;

Considérant qu'aux termes de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne 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 ;

Mais considérant qu'à supposer excessive en l'espèce la durée de la procédure, la sanction qui s'attacherait à la violation par le Conseil de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable ne serait pas le prononcé d'un non-lieu, mais la réparation du préjudice résultant éventuellement de cette durée excessive ; que la sanction de la nullité ne serait encourue que s'il était établi que la longueur excessive de la procédure a fait obstacle à l'exercice normal des droits de la défense ;

Considérant que la société Descamps, qui a présenté des observations sur le fond, n'apporte, à l'appui de son argumentation, aucun élément permettant d'apprécier l'existence et la nature du préjudice qu'elle aurait subi du fait de la durée de la procédure ; que, par suite, le moyen d'abandon des griefs exposé par l'intéressée tiré de la durée de la procédure doit être écarté ;

■ B. - Sur les pratiques relevées

Considérant que l'article L. 420-1 du code de commerce dispose : «*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» ;

Considérant qu'en matière de marchés publics, une entente anticoncurrentielle entre entreprises peut, notamment, prendre la forme d'une coordination des offres et d'échanges d'informations antérieurement à la date où le résultat de la consultation est connu ; que les échanges d'informations entre entreprises soumissionnaires à un même marché préalablement au dépôt effectif de leurs offres, qu'il s'agisse de l'existence des compétiteurs, de leur nom, de leur importance, de leur disponibilité en personnel ou en matériel, de leur intérêt ou de leur absence d'intérêt pour le marché considéré, ou des prix qu'ils envisagent de proposer, sont de nature à limiter l'intensité de la concurrence entre les entreprises qui y participent et, comme tels, prohibés ;

Concernant le marché relatif à la construction de chaussée et trottoirs rue d'Herpigny à Quiévy

Considérant, en premier lieu, que M. Descamps a reconnu que, préalablement au dépôt de son offre, il avait reçu, pour cette affaire qui ne l'intéressait pas, une télécopie comportant les prix manuscrits correspondant au marché en cause ; qu'il est établi que l'offre qu'il a adressée à la commune de Quiévy est en tous points identique au contenu de cette télécopie ;

Considérant, en second lieu, que si les mentions habituelles identifiant l'expéditeur d'une télécopie ont été occultées sur la pièce reçue par la société Descamps, la comparaison de cette pièce comportant des chiffres manuscrits avec des documents similaires, également manuscrits, recueillis auprès de l'agence Beugnet-Hainaut permet de relever entre ces manuscrits des similitudes graphologiques ;

Considérant que les sociétés Eiffage et Beugnet font valoir, notamment, qu'à défaut de faire procéder à une expertise graphologique sur les documents précités, il subsiste un doute sérieux quant à la provenance de ces documents et qu'en conséquence, il n'est pas suffisamment établi que la télécopie litigieuse adressée à la société Descamps émanait de l'agence Beugnet-Hainaut ;

Mais considérant que la vérification d'une écriture contestée peut s'effectuer par le rapprochement d'indices précis et concordants, sans recours à l'expertise ;

Considérant que les documents recueillis au siège de l'entreprise Beugnet présentant de fortes similitudes avec la télécopie reçue par la société Descamps sont : document 1 : un bordereau de prix pour des travaux au lieu dit Riot de Tupigny ; document 2 : un devis concernant un marché à Villers en Cauchies ; document 3 : un détail estimatif pour une 2^{ème} tranche de travaux sur la Zac RN 43 à Caudry ; document 4 : une étude déboursés pour des travaux sur la RN 43 à Caudry ; que les principales identités constatées entre, d'une part, la télécopie recueillie auprès de la société Descamps et, d'autre part, les documents précités appartenant à la société Beugnet sont, notamment, les suivantes :

- lorsque deux ou trois zéros se suivent, la liaison entre eux est tout à fait similaire ; qu'ainsi les zéros des nombres figurant aux prix n° 1, 2, 14, 15, 16, 25 ou 26 du fax Descamps correspondent exactement aux zéros des nombres figurant notamment aux prix n° 111A, 122B, 124D, 341, HB02 à HB08 du document 1, aux prix des lignes 3, 4, 6, 10 à 12, 17, 18 du feuillet 1 du document 2, aux prix des lignes 1 à 11, 13, 14, 16, 20, 21, 29 à 31, et 35 du feuillet 2 du document 2, aux prix n° 1 à 6d, 14, 30, 8 à 19, 22, 25°, 27a, 35, du document 3, aux prix n° 1 à 15, 16b, 20a, 20b, 21b à 27, 28b et 28c du document 4 ;
- le rédacteur de ces documents utilise deux graphies pour la représentation du chiffre 2 ; qu'ainsi, sur le fax Descamps, pour le prix n° 8, on relève cette double graphie pour le 2 du nombre 256 et pour celui du nombre 72 960 ; que sur le document 4 de Beugnet, aux prix n° 13 et 14 on retrouve exactement ces deux graphies pour les nombres 211.50 et 12 600 ; qu'en outre, on constate que le 2 de ce dernier nombre est suivi d'un point en sa partie haute, la même particularité se retrouvant sur le fax Descamps ; que la double graphie du 2 se retrouve encore notamment aux lignes 4 (210 et 2.520) et 18 (210 et 4.200) du feuillet 3 du document 2, aux prix n° 22 (20.000) et 24 (215.600) du document 3 ;
- on retrouve, tant sur le fax Descamps que sur les documents Beugnet, la même façon d'écrire les centimes en plus petit et en partie haute ; que cette constatation est particulièrement nette pour les prix 12 et 16 du fax Descamps, comparés aux prix 9, 14 et 17d du document 4, aux prix 21 et 26 du document 3 et au prix HB9 du document 1, qu'en outre, les chiffres en cause, soit 5 et 0 formant 0,50 ont exactement la même graphie ;
- on retrouve, aussi bien sur le fax Descamps que sur les documents Beugnet la même double graphie pour le chiffre 4, soit fermée soit ouverte ; qu'il en est ainsi notamment, pour le fax Descamps, des prix n° 4, 25 et 26 en graphie fermée, et n° 5 à 7, 14, ou 24 en graphie ouverte, à comparer sur les documents Beugnet notamment avec les prix n° 111A, 121, 126.3, 234C, 321A, HB08 du feuillet 2 du document 1, n°HB17 et HB13 du feuillet 3 du document 1, n° 4b et c, 5d, 6i, 7d, 23a et 43 du document 3, n° 1, 15, 22 à 24 du document 4 ;
- les chiffres 1 et 5 sont identiques sur les deux séries de pièces Descamps et Beugnet ;
- le nombre 2000 est écrit à l'identique pour le prix n° 1 du fax Descamps, le prix n° 4 du document 4, le prix HB15b du document 1, les prix n° 2 et 35 du document 3, à la dernière ligne du feuillet 2 du document 2 ;

- on retrouve, tant sur le fax Descamps que sur les documents Beugnet, deux caractéristiques, d'une part, le placement derrière la plupart des nombres d'un tiret remontant légèrement vers le haut, d'autre part, le placement d'un point, situé soit en haut soit en bas, entre le chiffre des milliers et le chiffre des centaines.

Considérant que la présence de ces nombreuses similitudes, rapprochée des déclarations de M. Descamps qui reconnaît qu'il a remis ses prix sur la base de la télécopie provenant d'une autre entreprise, constitue un faisceau d'indices permettant de conclure que la télécopie reçue par Descamps le 2 juin 1993, soit deux jours avant la date limite de remise des offres, lui a été adressée par un représentant de l'agence Beugnet-Hainaut ;

Considérant qu'il est ainsi établi que la société Descamps a remis, à l'occasion de cette consultation, une offre de couverture au bénéfice de la société Beugnet, sur la base de prix qui lui ont été transmis par cette société, laquelle s'est vu attribuer le marché ; que, dès lors, les sociétés Descamps et Beugnet ont mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Concernant l'aménagement de trottoirs sur la RD 98 à Troisvilles

Considérant que M. Descamps a reconnu que, préalablement au dépôt de son offre, il avait reçu, pour cette affaire qui ne l'intéressait pas, une télécopie de l'entreprise Ets. Desvignes comportant les prix manuscrits correspondant au devis du marché ; que l'offre qu'il a adressée à la Direction départementale de l'équipement du Nord était en tous points identique au contenu de cette télécopie ; qu'il est ainsi établi que la société Descamps a remis, à l'occasion de cette consultation, une offre sur la base de prix qui lui ont été adressés par les Ets. Desvignes TP, lesquels se sont vu attribuer le marché ;

Considérant que la société STPV Nord, dont les Ets Desvignes TP constituent une agence, soutient qu'elle n'a pas participé à une entente anti-concurrentielle dans la mesure où elle n'aurait fait que répondre à une sollicitation de la société Descamps qui souhaitait simplement faire une offre «*carte de visite*» et non fausser la concurrence en obtenant de la société Descamps qu'elle remette une offre de couverture à son profit ;

Mais, considérant qu'en adressant à un concurrent, préalablement au dépôt des offres, les prix à remettre pour le marché en cause, l'entreprise Desvignes TP qui était ainsi assurée de la neutralité d'au moins l'un de ses concurrents et accroissait artificiellement ses chances d'obtenir le marché, alors que le nombre d'offres déposées pour ce marché s'est limité à quatre, a trompé le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence ; que dans le cadre du respect du libre jeu de la concurrence, cette société aurait dû s'abstenir de répondre à la sollicitation de la société Descamps ; que, dès lors, les sociétés Descamps et STPV Nord ont mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Concernant des travaux d'assainissement route de Béthencourt à Caudry

Considérant qu'il est établi que la société Descamps a reçu, préalablement au dépôt de son offre, deux télécopies provenant de l'agence Sade de Sin Le Noble, comportant les prix manuscrits correspondant au devis de ce marché et que l'offre qu'elle a adressée à la commune de Caudry est identique au contenu de cette télécopie ; qu'il est ainsi établi que la société Descamps a remis, à l'occasion de cette consultation, une offre sur la base de prix qui lui ont été adressés par la société Sade, laquelle a emporté le marché ;

Considérant que la société Sade soutient qu'elle n'a pas participé à une entente anticoncurrentielle dans la mesure où, en premier lieu, elle n'aurait fait que répondre à une sollicitation de la société Descamps qui souhaitait simplement faire une offre «*carte de visite*» et, en second lieu, elle ne souhaitait pas fausser la concurrence en obtenant de la société Descamps qu'elle remette une offre de couverture à son profit ;

Mais, considérant qu'en adressant à un concurrent, préalablement au dépôt des offres, les prix à remettre pour le marché en cause, la société Sade qui était ainsi assurée de la neutralité d'au moins l'un de ses concurrents et accroissait artificiellement ses chances d'obtenir le marché, alors que le nombre d'offres déposées pour ce marché s'est limité à cinq, a trompé le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence ; que dans le cadre du respect du libre jeu de la concurrence, cette société aurait dû s'abstenir de répondre à la sollicitation de la société Descamps ; que, dès lors, les sociétés Descamps et Sade ont mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Concernant des travaux sur chaussées à Sommaing sur Ecaillon

Considérant qu'il est établi que la société Descamps a reçu, préalablement au dépôt de son offre, une télécopie provenant de la société Urfra TP comportant les prix manuscrits correspondant au devis de ce marché et que l'offre qu'elle a adressée au Conseil général du Nord est identique au contenu de cette télécopie ;

Considérant que la société Urfra TP expose qu'elle n'aurait fait que répondre à une sollicitation de la société Descamps et qu'elle pensait que celle-ci sollicitait une sous-traitance ;

Considérant que ces arguments sont démentis par les déclarations de M. Descamps qui a reconnu avoir remis les prix communiqués par Urfra TP pour lui permettre d'obtenir le marché, car celle-ci se plaignait d'une activité insuffisante ; qu'il est ainsi établi que la société Descamps a remis, à l'occasion de cette consultation, une offre de couverture au profit de la société Urfra TP, laquelle s'est vu attribuer le marché ; que, dès lors, les sociétés Descamps et Urfra TP ont mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Concernant la construction d'une station de relèvement d'eaux usées à Caudry

Considérant qu'il est établi que la société Descamps a reçu, préalablement au dépôt de son offre, une télécopie provenant de la société Sade comportant les prix manuscrits correspondant au devis de ce marché, et que l'offre qu'elle a adressée à la commune de Caudry est identique au contenu de cette télécopie ; qu'il est ainsi établi que la société Descamps a remis, à l'occasion de cette consultation, une offre sur la base de prix qui lui ont été adressés par la société Sade, laquelle s'est vue attribuer le marché ;

Considérant que la société Sade soutient qu'elle n'a pas participé à une entente anticoncurrentielle dans la mesure où elle n'aurait fait que répondre à une sollicitation de la société Descamps qui souhaitait simplement faire une offre «*carte de visite*» et non fausser la concurrence en obtenant de la société Descamps qu'elle remette une offre de couverture à son profit ;

Mais, considérant qu'en adressant à un concurrent, préalablement au dépôt des offres, les prix à remettre pour le marché en cause, la société Sade qui était ainsi assurée de la neutralité d'au moins l'un de ses concurrents et accroissait artificiellement ses chances d'obtenir le marché, alors que le nombre d'offres déposées pour ce marché s'est limité à deux, a trompé le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence ; que dans le cadre du respect du libre jeu de la concurrence, cette société aurait dû s'abstenir de répondre à la sollicitation de la société Descamps ; que, dès lors, les sociétés Descamps et Sade ont mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Concernant le marché relatif à la construction de chaussée et trottoirs rue de Viesly à Quiévy

Considérant, en premier lieu, que M. Descamps a reconnu que, préalablement au dépôt de son offre, il avait reçu un tableau informatique émanant d'une des entreprises participant à l'appel d'offres, comportant les prix correspondant à ce marché, et qu'il est établi que l'offre qu'il a adressé à la commune de Quiévy est en tous points identique au contenu de ce tableau ; qu'au bas de ce tableau figure, écrit à la main, le nom de M. Cyrille Vaille qui a été identifié comme appartenant au service études de la société Beugnet ;

Considérant que les sociétés Eiffage et Beugnet font valoir que cette mention est insuffisante pour affirmer avec suffisamment de certitude que ce document a été adressé à la société Descamps par la société Beugnet et que l'on ne peut exciper du fait que cette société a obtenu le marché en cause pour en déduire qu'elle est à l'origine de ce document ;

Mais considérant, en premier lieu, que le tableau qui a servi de base à l'offre de la société Descamps portait le nom d'un salarié appartenant au service d'études de prix de l'agence Beugnet Hainaut ; qu'en deuxième lieu, M. Descamps a reconnu qu'il n'avait pas effectué d'étude de prix pour cet

appel d'offres et que le tableau précité lui avait été adressé par une entreprise qui *«pensait qu'il allait soumissionner»* ; qu'en troisième lieu, il est établi que, le 4 mai 1994, soit six jours avant la date limite de dépôt des offres, la société Descamps a participé à une réunion avec quatre des participants à l'appel d'offres, dont la société Beugnet et son sous-traitant, la société Sorriaux ;

Considérant qu'il existe ainsi un faisceau d'indices précis et concordants d'échanges d'information préalables entre les sociétés Descamps et Beugnet précédant la remise de leurs offres ; que, dès lors, il est établi que les sociétés Descamps et Beugnet ont mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Concernant le marché relatif à l'aménagement de rues pour le Sivom de Vinchy

Considérant que la société Descamps a reçu, préalablement au dépôt de son offre, une télécopie provenant de la société Cathelain, comportant les prix manuscrits correspondant au devis de ce marché et que l'offre qu'elle a adressée au Sivom est en tous points identique au contenu de cette télécopie ; que cet échange d'informations entre ces deux sociétés sur les montants à remettre, préalable au dépôt de leurs offres est confirmé par des mentions figurant sur l'agenda professionnel de M. Descamps ; que ce dernier a reconnu les faits lors de son audition par les enquêteurs, tandis que la société Cathelain, dans ses écritures, déclare *«qu'elle ne dénie pas la pratique dont il lui est fait grief»* tout en demandant qu'il soit tenu compte de sa faible importance ; que, dès lors, il est établi que les sociétés Descamps et Cathelain ont mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Concernant des travaux de voirie et assainissement route de Sepmeries au Quesnoy

Considérant que la société Descamps a reçu, préalablement au dépôt de son offre une télécopie de la société ARC, comportant les prix manuscrits correspondant au devis de ce marché et que l'offre qu'elle a adressée à la commune est identique au contenu de cette télécopie ;

Considérant que la société ARC expose qu'étant spécialisée en assainissement, elle a adressé ces prix à la demande de la société Descamps, pensant ainsi s'associer avec une entreprise spécialisée en voirie ;

Mais, considérant que l'hypothèse d'une offre conjointe pour expliquer son comportement est démentie par les déclarations mêmes de M. Descamps qui a reconnu qu'il avait accepté de faire une offre de couverture au profit de la société ARC *«pour les laisser travailler dans leur coin»*, alors même que le devis initial préparé par Descamps de manière indépendante était inférieur à celui remis par la société ARC au maître d'ouvrage et qui lui a permis d'emporter le marché ; que, dès lors, il est établi que les sociétés Descamps et ARC ont mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

■ C. - Sur les suites à donner

Considérant qu'ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante, et notamment de l'arrêt Enichem Anic du tribunal de première instance des Communautés européennes du 17 décembre 1991, lorsque l'existence d'une infraction est établie, il convient de déterminer la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise en cause au moment où l'infraction a été commise, afin qu'elle réponde de cette infraction et que lorsque la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise a juridiquement disparu les pratiques doivent être imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a juridiquement été transmise et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui assure, en fait, sa continuité économique et fonctionnelle ;

Considérant que, par jugement du tribunal de commerce d'Arras du 7 juillet 1995, la SNC Beugnet France a été déclarée en redressement judiciaire ; que, par un arrêt du 12 octobre 1995, la cour d'appel de Douai a approuvé le plan de cession d'actifs de la SNC Beugnet France présenté par la société Eiffage ; que la société Beugnet France a été radiée du registre du commerce à la date du 6 avril 1996 ; que les éléments d'exploitation de l'agence, dans le cadre de laquelle les pratiques ont été commises, ont été cédés à la SNC Beugnet Hainaut, constituée le 31 août 1995 ;

Considérant que la société Beugnet France a donc juridiquement disparu ; qu'il convient donc d'imputer les pratiques retenues contre la société Beugnet France à l'entreprise qui assure, en fait, sa continuité économique et fonctionnelle, c'est-à-dire la SNC Beugnet Hainaut ;

Mais, considérant que l'article L. 621-63 alinéa 3 du code de commerce précise que *«Les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation.»* ; que le cessionnaire ne peut donc se voir infliger une sanction pécuniaire pour des faits antérieurs à l'entrée en vigueur du plan de cession ; qu'en application de ces dispositions, il n'y a pas lieu de prononcer de sanction à l'encontre de la SNC Beugnet Hainaut ;

■ D. - Sur les sanctions

Considérant que les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-4 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; que, par suite, les dispositions introduites par cette loi dans l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles prévoient des sanctions plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 : *«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 que les représentants des sociétés Avesnoise de routes et canalisations, Société des travaux publics de Valenciennes Nord, Urbaine de construction et d'infrastructures, Sade, Etablissements A. Cathelain et Cie, présents à la séance, soutiennent qu'aucun élément du dossier ne permet d'établir qu'elles auraient pris l'initiative de solliciter le dépôt d'offres de couverture par la société Descamps ; qu'il y a effectivement lieu, notamment à la lumière des déclarations faites par M. Descamps aux enquêteurs, de retenir les observations des parties sur ce point ; qu'en revanche, les sociétés précitées n'ont pas contesté avoir adressé à la société Descamps le détail des prix qu'elles devaient déposer pour les marchés où elles se présentaient en concurrence ;

Considérant que, s'agissant de la gravité des pratiques, toutes les sociétés en cause exposent que les faits qui leur sont reprochés sont ponctuels ou isolés et qu'ils portent sur des marchés de faibles montants, ce qui devrait conduire à l'absence ou à une limitation de sanctions ;

Mais considérant que les pratiques en cause sont, de façon constante, considérées par les autorités de concurrence comme des pratiques graves par nature ; qu'elles constituent, vis-à-vis des maîtres d'ouvrage, une tromperie manifeste sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu ; que ces concertations ont eu pour objet et pour effet de faire échec au déroulement normal des consultations puisqu'en échangeant des informations préalablement à la remise des offres, les entreprises ont pu limiter la concurrence entre elles et s'assurer qu'elles déposeraient des propositions d'un niveau de prix permettant à l'une d'entre elles de remporter le marché ; que ces entreprises, habituées à répondre à des consultations, ne pouvaient ignorer la portée des infractions aux règles de concurrence ; qu'au surplus, la concurrence a pu d'autant plus être affectée que le nombre de participants à ces consultations était restreint : cinq pour la rue d'Herpigny à Quiévy, quatre pour la RD 98 à Troisvilles, trois pour les chaussées à Sommaing sur Ecaillon, cinq pour la route de Béthencourt à Caudry, deux pour le parc industriel à Caudry, sept pour la rue de Viesly à Quiévy, six pour le Sivom de Vinchy ; qu'il en résulte que la gravité de leurs pratiques anticoncurrentielles est ainsi établie ;

Concidérant que, pour apprécier le dommage à l'économie, il y a lieu de prendre en compte, en premier lieu, le montant des marchés ; qu'ainsi, pour les marchés concernant la rue d'Herpigny et la rue de Viesly à Quiévy, leur montant respectif était de 436 KF et 1 084 KF, cette commune comptant 1 800 habitants ; que le marché sur la RD 98 à Troisvilles est d'un faible montant à hauteur de 54 KF, financé par la direction départementale de l'équipement ; que le marché situé à Sommaing sur Ecaillon est d'un faible montant à hauteur de 38 KF, financé par le Conseil général ; que le marché concernant la route de Sepmeries au Quesnoy s'élève à 773 KF, cette

commune comptant 4 800 habitants ; que les marchés concernant la route de Béthencourt et la station de relèvement à Caudry s'élèvent à 426 KF et 416 KF, cette commune comptant 14 000 habitants, ; que le marché concernant le Sivom de Vinchy s'élève à 817 KF et est financé par un syndicat de communes ;

Considérant qu'il y a lieu de tenir compte également de la situation propre à chaque entreprise ;

En ce qui concerne la société Ets Descamps TP

Considérant que la société Ets Descamps TP a échangé avec d'autres entreprises soumissionnaires des informations préalablement au dépôt de ses offres et a remis des propositions sur la base des prix qui lui ont été adressés par ces autres entreprises à l'occasion de huit marchés ; que l'argument présenté par M. Descamps lors de son audition, selon lequel il se serait plié à ces pratiques par nécessité, pour lutter contre l'agressivité commerciale des entreprises nationales, est inopérant, dès lors qu'il est établi, d'une part, que la société Descamps a elle-même pris l'initiative de solliciter ses confrères de lui adresser les prix à remettre pour des affaires qui ne l'intéressaient pas et, d'autre part, qu'elle a déposé des offres de couverture sur la base de prix qui lui ont été communiqués par des entreprises locales de petite taille, parfois inférieure à la sienne, telle la société ARC ;

Considérant que la société Ets Descamps TP a participé à une concertation prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ; que cette entreprise a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxes de 1 660 134 euros (10 889 769 F) au cours de l'exercice clos le 30 septembre 2001, dernier exercice clos disponible, ; 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 33 200 euros ;

En ce qui concerne la société Sade CGTH

Considérant, en premier lieu, que la participation de la société Sade CGTH à une pratique prohibée avec la société Descamps est établie pour deux marchés ; qu'un tel comportement de la part d'une entreprise d'envergure nationale est de nature à accréditer l'idée selon laquelle les échanges d'information entre entreprises soumissionnaires aux mêmes marchés préalablement au dépôt de leurs offres est une pratique courante sur ce type de marchés, sentiment d'ailleurs exprimé par M. Descamps lors de son audition par le rapporteur lorsqu'il indique, notamment, qu'il est confronté à ce type de pratiques depuis le rachat des entreprises locales par les grands groupes nationaux ; qu'en conséquence, ces pratiques revêtent un caractère de particulière gravité ; que, compte tenu de cette circonstance, il n'est pas contraire au principe de proportionnalité des peines que la sanction assignée à la société Sade puisse être sensiblement supérieure à la valeur des marchés sur lesquels elle a mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions du titre III du code de commerce ;

Considérant, en deuxième lieu, que la société Sade CGTH fait valoir dans ses observations que son comportement était «*certes inadéquat, mais sans relation avec une quelconque intention anticoncurrentielle, et qui n'a pu emporter d'effets anticoncurrentiels*», notamment en arguant que la société Descamps n'avait pas les compétences requises pour soumissionner aux marchés concernés, ce que ne pouvait ignorer les maîtres d'œuvre, de telle sorte qu'elle n'était pas véritablement concurrente de la société Sade ; que, cependant, ces assertions sont démenties par les observations de la société Sade, elle même, qui admet, par ailleurs, qu'elle a «*voulu éviter de permettre à la société Descamps de cerner le montant de la soumission qu'elle allait remettre à la commune de Caudry*» en soulignant «*la notoriété et le positionnement commercial à Caudry très forts*» de cette entreprise locale, ce qui implique bien qu'elle considérait Descamps comme un concurrent potentiel ;

Considérant, en troisième lieu, que la société Sade CGTH fait valoir que le montant de la sanction proposée par le commissaire du Gouvernement à hauteur de 426 500 euros, soit un millième de son chiffre d'affaires, serait disproportionné en comparaison des sanctions proposées pour les autres entreprises mises en cause dans cette affaire ;

Considérant, toutefois, d'une part, que la participation de ces entreprises, à l'exception de la société Descamps, n'est établie que pour un seul marché et non sur deux marchés, comme c'est le cas pour la société Sade, d'autre part, que si les montants des sanctions proposées par le commissaire du Gouvernement pour les autres entreprises mises en cause apparaissent plus faibles en valeur absolue que celui proposé à l'encontre de la société Sade CGTH, ces montants représentent pour ces autres entreprises, une part plus importante de leur chiffre d'affaires ; qu'il y a lieu, à cet égard, d'observer que le chiffre d'affaires de la société Sade est près de vingt fois supérieur à celui des sociétés STPV et Cathelain, plus de 250 fois supérieurs à celui des sociétés ARC et Descamps, de telle sorte que, quand bien même les montants des sanctions ne serait-il pas en stricte corrélation avec le montant des chiffre d'affaires des entreprises en cause, il ne serait pas contraire au respect du principe de la proportionnalité des peines que la sanction appliquée à la société Sade représente, dans le cas d'espèce, un montant nettement plus important en valeur absolue, que le montant des sanctions infligées aux autres entreprises mises en cause ;

Considérant que la société Sade CGTH a participé à une concertation prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ; que cette entreprise a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxes de 426 486 756 euros (2 797 469 736 F) au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2000, dernier exercice clos disponible ; 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 426 500 euros ;

Considérant, en dernier lieu, que si la société Sade CGTH a demandé au Conseil de ne pas appliquer rétroactivement, à des faits remontant à 1994, l'accroissement récent des sanctions que celui-ci appliquerait aux pratiques d'entente prohibées constatées à l'occasion de marchés publics, il y a lieu d'observer qu'un taux de sanction qui représente un millième du chiffre d'affaires est particulièrement modeste, alors que dans de nombreuses

affaires du même type le Conseil a appliqué dans le passé des sanctions dont le taux par rapport au chiffre d'affaires était sensiblement supérieur à celui appliqué en la cause à la société Sade CGTH ;

En ce qui concerne la société Cathelain et Cie

Considérant que la société Cathelain et Cie a échangé des informations avec la société Ets Descamps TP préalablement au dépôt de leurs offres à l'occasion d'un marché d'un montant de 52 934 euros ; qu'elle a ainsi participé à une concertation prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ; que le marché concerné a été annulé pour des motifs de procédure, et, à la suite d'une nouvelle consultation, a été attribué à une autre entreprise ; que la société Cathelain et Cie a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxes de 19 423 683 euros (127 411 008 F) au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2001, dernier exercice clos disponible ; 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 38 000 euros ;

En ce qui concerne la société STPV Nord

Considérant que le représentant de la société STPV Nord, tout en reconnaissant qu'une sanction peut, sans violer le principe de proportionnalité des peines, être supérieure au montant du marché sur lequel l'entreprise a mis en œuvre la pratique prohibée, fait valoir que la sanction proposée par le commissaire du Gouvernement, d'un montant égal au triple de la valeur du marché sur lequel la STPV a fourni à la société Descamps des informations préalablement au dépôt des offres, serait excessif pour sanctionner une pratique isolée, portant sur un montant de faible ampleur ;

Considérant que la société STPV Nord a participé à une concertation prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ; que cette entreprise a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxes de 22 822 873 euros (147 084 411 F) au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2000, dernier exercice clos disponible, tandis que le marché sur lequel elle a mis en œuvre la pratique faisant l'objet d'un grief se montait à 8 185 euros ; 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 11 200 euros ;

En ce qui concerne la société Urfra TP

Considérant que la société Urfra TP fait valoir qu'il serait injustifié qu'elle soit sanctionnée sur la base de simples présomptions portant sur un seul marché d'un montant de 5 784 euros ; que cependant, cette entreprise est convaincue d'avoir échangé des informations avec la société Descamps préalablement au dépôt de leurs offres à l'occasion du marché d'un montant de 5 784 euros relatif à la modification des chaussées à Sommaing sur Ecaillon ; qu'elle a ainsi participé à une concertation prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ; que la société Urfra TP a réalisé en France un chiffre d'affaires

hors taxes de 3 095 772 euros (20 306 939 F) au cours de l'exercice clos le 30 septembre 2001, dernier exercice clos disponible ; 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 3 000 euros ;

En ce qui concerne la société Avesnoise de routes et de canalisations (ARC)

Considérant que la société ARC, qui a échangé des informations avec la société Descamps préalablement au dépôt de leurs offres à l'occasion d'un marché d'un montant de 117 881 euros, fait valoir qu'il serait excessif de la sanctionner pour une pratique isolée, portant sur un marché d'un montant de faible ampleur ; qu'elle a participé à une concertation prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ; que cette entreprise a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxes de 1 224 753 euros (8 033 856 F) au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2001, dernier exercice clos disponible ; 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 12 250 euros ;

Décide

Article 1^{er} - Il est établi que les sociétés Ets Descamps TP, SNC Beugnet-Hainaut, Avesnoise de routes et de canalisations, STPV Nord, Urfra TP, Cathelain et Cie, Sade CGTH ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du livre IV du code de commerce.

Article 2 - Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- 33 200 euros pour la société Ets Descamps TP
- 426 500 euros pour la société Sade CGTH
- 38 000 euros pour la société Cathelain et Cie
- 11 200 euros pour la société STPV Nord
- 3 000 euros pour la société Urfra TP
- 12 250 euros pour la société Avesnoise de routes et de canalisations

Délibéré, sur le rapport oral de M. Komiha, par M. Jenny, vice président, présidant la séance et MM. Gauron, Lasserre et Robin, membres.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

Le vice-président, présidant la séance

Frédéric Jenny

02-D-49

Décision n°02-D-49 du 4 septembre 2002 relative à des pratiques mises en œuvre lors de marchés publics passés pour la restauration des monuments historiques dans la région Auvergne

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 11 août 1998 sous le numéro F 1075, 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 lors de marchés publics relatifs à la restauration des monuments historiques dans la région Auvergne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 26 juin 2002 ;

Considérant que, par lettre en date du 4 août 1998, enregistrée le 11 août 1998, le ministre de l'économie des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre lors de marchés publics relatifs à la restauration des monuments historiques dans la région Auvergne et qu'il estime prohibées par l'article 7 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce dispose que *«le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de 3 ans, s'il n'a été fait aucun acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction»* ;

Considérant que si, par un arrêt du 5 mars 1999, la cour d'appel de Paris a considéré que le délai de prescription fixé par l'article 27 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 462-7 du code de commerce, était suspendu à l'égard de l'entreprise saisissante dès lors que celle-ci se trouve dans l'impossibilité d'agir pour faire exécuter un acte interruptif dans la procédure en cours devant le Conseil de la concurrence et si, par un autre arrêt en date du 12 octobre 1999, elle a étendu la même solution au cas de saisine du Conseil par le ministre chargé de l'économie, ces décisions ont été cassées par deux arrêts de la Cour de cassation en date respectivement des 17 juillet 2001 et 26 février 2002, rendus au visa de l'article L. 462-7 du code de commerce, au motif *«qu'en statuant ainsi, en ajoutant au texte susvisé un cas de suspension de la prescription qu'il ne prévoit pas, la cour d'appel l'a violé»* ; qu'il s'ensuit que les faits soumis au Conseil de la concurrence se prescrivent par trois ans à compter de la saisine dès

Décisions / 02-D-49

651

lors qu'aucun acte interruptif n'a été accompli postérieurement à cette saisine ou que trois années se sont écoulées depuis le dernier acte interruptif accompli postérieurement à la saisine ;

Considérant qu'en l'espèce, le seul acte susceptible d'interrompre le cours de la prescription a été accompli le 11 août 1998, date d'enregistrement au Conseil de la saisine ministérielle ; que la désignation d'un premier rapporteur, le 9 octobre 1998, en application des dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu l'article L. 450-6 du code de commerce puis celle d'un second rapporteur, le 17 décembre 2001, qui sont des mesures d'ordre interne, n'ont pas d'incidence sur le cours de la prescription (Cass. Com. 8 juillet 1997) ; qu'ainsi, plus de trois années s'étant écoulées depuis le 11 août 1998, sans que le cours de la prescription ait été interrompu par un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés, la prescription s'est trouvée acquise à la date du 11 août 2001 ; qu'il n'y a donc pas lieu de poursuivre la procédure.

Décide

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Deparis, par M^{me} Pasturel, vice-présidente, président la séance, M^{me} Mader-Saussaye et M. Gauron, membres.

652

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La vice-présidente, président la séance
Micheline Pasturel

02-D-50

Décision n°02-D-50 du 4 septembre 2002 relative à une saisine de l'Association de défense des justiciables à l'encontre du Crédit foncier de France

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 2 janvier 2002 sous le numéro 02/0001F, par laquelle l'Association de défense des justiciables et sa délégation de Dordogne ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par le Crédit foncier de France ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus au cours de la séance du 19 juin 2002, l'Association de défense des justiciables et la délégation de Dordogne ayant été régulièrement convoquées ;

Considérant que l'Association de défense des justiciables et sa délégation de Dordogne ont saisi le Conseil de la concurrence d'une pratique mise en œuvre par le Crédit foncier de France consistant, lors de l'attribution de prêts, dans la fixation d'un taux d'intérêt effectif global erroné et non porté à la connaissance de l'emprunteur ; qu'elles estiment que ces faits constituent une entente anticoncurrentielle et un abus de position dominante ;

Considérant que l'article L. 462-8, alinéa 1 du code de commerce énonce que le Conseil de la concurrence peut déclarer *«la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci (...)»* ;

Considérant que, hormis le cas de saisine d'office, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi, par application des dispositions combinées de l'article L. 462-5 et du deuxième alinéa de l'article L. 462-1 du livre IV du code de commerce, 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 l'une ou l'autre des catégories mentionnées ci-dessus ;

Considérant que l'Association de défense des justiciables, déclarée à la préfecture des Landes le 5 octobre 1998, n'a pas la qualité d'association agréée et qu'en conséquence, elle ne relevait, à la date de dépôt de la

saisine, le 2 juin 2002, d'aucune des catégories mentionnées aux articles L. 462-1 et L. 462-5 du code de commerce ; que cette association n'a donc pas qualité pour saisir le Conseil ; que, par voie de conséquence, il convient de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 alinéa 1, précité.

Décide

Article unique : La saisine enregistrée sous le n° 02/0001F est déclarée irrecevable.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Chaulet-Philippe, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente et M. Piot, membre, en remplacement de M. Nasse, vice-président empêché.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-51

Décision n°02-D-51 du 4 septembre 2002 relative à une saisine de l'UFC Que choisir de Nantes à l'encontre de l'Institution de retraite nationale interprofessionnelle de salariés (IRNIS)

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 3 septembre 2001 sous le numéro F 1322, par laquelle l'UFC Que choisir de Nantes a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques imputables à l'Institution de retraite nationale interprofessionnelle de salariés (IRNIS) ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus au cours de la séance du 19 juin 2002, l'UFC Que choisir de Nantes ayant été régulièrement convoquée ;

Considérant que, par lettre enregistrée le 3 septembre 2001, l'UFC Que choisir de Nantes a saisi le Conseil de la concurrence de faits qu'elle qualifie de «*discrimination positive*» de la part de l'Institution de retraite nationale interprofessionnelle de salariés (IRNIS) au profit des éditions Taitbout ; qu'elle expose que l'IRNIS assure, par le biais de prélèvements automatiques sur les prestations qu'elle verse à ses bénéficiaires, le recouvrement des abonnements à la revue «*Pleine vie*» éditée par les éditions Taitbout ; qu'elle dénonce les conditions d'exclusivité et d'opacité dans lesquelles sont recouverts les abonnements, qui lui «*paraissent constituer une contravention aux règles de la concurrence*» ;

Considérant que L'UFC Que choisir dénonce, par ailleurs, le manque de rigueur dans la gestion des abonnements et, notamment, le défaut de vérification, à l'échéance de l'abonnement, de la reconduction effective de celui-ci, défauts mis en évidence à l'occasion d'un litige à la consommation concernant une de ses adhérentes, Madame Gainet ;

Considérant que l'article L. 462-8 alinéa 2 du code de commerce énonce que le Conseil peut rejeter la saisine, «*(...) lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants*» ;

Considérant que l'UFC Que choisir n'apporte aucun élément pouvant laisser penser que les conditions d'opacité et d'exclusivité, qu'elle dénonce et dans lesquelles seraient recouverts les abonnements à la revue «*Pleine vie*» éditée par les éditions Taitbout constitueraient une pratique relevant des dispositions des articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce ; qu'en outre, aucun élément de la saisine ne permet de dire qu'une telle

Décisions / 02-D-51

655

facilité ne serait pas accordée à toute autre revue ou toute autre société d'édition qui en ferait la demande auprès de l'IRNIS ; qu'enfin, les dysfonctionnements, dénoncés dans la gestion du recouvrement des abonnements, relèvent du droit de la consommation et non de la compétence du Conseil de la concurrence ;

Considérant qu'en l'absence d'éléments probants permettant au Conseil de penser que seraient, en l'espèce, mises en œuvre des pratiques susceptibles de constituer une entente ou un abus de position dominante prohibés par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, il convient de faire application de l'article L. 462-8 alinéa 2 du code de commerce, précité ;

Décide

Article unique : La saisine enregistrée sous le numéro F 1322 est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Chaulet-Philippe, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente et M. Piot, membre, en remplacement de M. Nasse, vice-président empêché.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

La présidente

Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-52

Décision n°02-D-52 du 4 septembre 2002 relative à une saisine de Monsieur Lefrançois portant sur la convention nationale destinée à organiser les rapports entre les médecins généralistes et les caisses d'assurance maladie

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu les lettres enregistrées les 20 juillet et 27 juillet 2001 sous le numéro F 1337, par lesquelles Monsieur Lefrançois, médecin, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques qu'il estime anticoncurrentielles résultant des dispositions de la convention nationale destinée à organiser les rapports entre les médecins généralistes et les caisses d'assurance maladie ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et Monsieur Lefrançois entendus au cours de la séance du 19 juin 2002 ;

Considérant que l'alinéa 1 de l'article L. 462-8 du code de commerce énonce que le Conseil peut déclarer la saisine irrecevable, *«(...) s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans son champ de compétence»* ;

Considérant que Monsieur Lefrançois expose que la fermeture aux nouveaux médecins des secteurs tarifaires à *«honoraires différents»* (secteur 2), imposée par les conventions nationales de 1993 et de 1998 destinées à organiser les rapports entre les médecins généralistes et les caisses d'assurance maladie, crée une discrimination entre médecins généralistes ;

Considérant qu'il fait valoir que cette fermeture du secteur dit à *«honoraires libres»* aux nouveaux médecins a été imposée par la convention de 1993, signée entre les syndicats de médecins et les caisses d'assurance maladie ; que ce dispositif a été pérennisé par la convention de 1998 et que, depuis cette date, tous les généralistes qui s'installent sont contraints d'exercer en secteur à honoraires opposables (secteur 1) ;

Considérant que l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale prévoit que *«les rapports entre les organismes d'assurance maladie et les médecins sont définis par des conventions nationales conclues séparément pour les médecins généralistes et les médecins spécialistes, par la Caisse nationale de l'assurance maladie des travailleurs salariés, au moins une autre Caisse nationale d'assurance maladie et une ou plusieurs organisations syndicales les plus représentatives pour l'ensemble du territoire de médecins généralistes ou de médecins spécialistes ou par une convention nationale conclue par la Caisse nationale d'assurance maladie des travailleurs salariés et au*

moins une organisation syndicale représentative pour l'ensemble du territoire de médecins généralistes...» ; que cet article énonce, en outre, que les conventions nationales visées déterminent les conditions de l'exercice de la médecine générale et les mécanismes de maîtrise des dépenses médicales ;

Considérant que le Conseil constitutionnel, saisi des dispositions de l'article 17 de la loi n° 90-86 du 23 janvier 1990, reprises, notamment, dans les articles L. 162-5 et L. 162-6 du code de la sécurité sociale, a précisé, dans une décision n° 89-269 du 22 janvier 1990, que *«l'entrée en vigueur de l'une ou l'autre des conventions prévues par l'article L. 162-5 du code de la sécurité sociale est subordonnée à son approbation par l'autorité ministérielle ; que cette approbation a pour effet de conférer un caractère réglementaire aux stipulations de la convention qui entrent dans le champ des prévisions de l'article L. 162-6 du code précité»* ;

Considérant, ainsi, que les conventions mises en cause en l'espèce ont un caractère réglementaire et que, dès lors, seules les juridictions administratives sont compétentes pour en connaître ; qu'il convient, en conséquence, de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 alinéa 1, précité ;

Décide

Article unique : La saisine enregistrée sous le numéro F 1337 est déclarée irrecevable.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Chaulet-Philippe, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente et M. Piot, membre en remplacement de M. Nasse, vice-président empêché.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

La présidente

Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-53

Décision n°02-D-53 du 4 septembre 2002 relative à une saisine de Monsieur Blanc à l'encontre de France Télécom

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 7 juin 2001 sous le numéro F 1320, par laquelle Monsieur Nicolas Blanc a saisi le Conseil de la concurrence des pratiques mises en œuvre par France Télécom ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus au cours de la séance du 19 juin 2002, Monsieur Blanc ayant été régulièrement convoqué ;

Considérant que Monsieur Blanc a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques constitutives, selon lui, d'un abus de position dominante de la part de France Télécom et résultant du non respect, par cette société, de ses obligations contractuelles dans le fonctionnement du service «*Netissimo*», ainsi que de la facturation d'un service défectueux ;

Considérant que l'article L. 462-8, alinéa 1, du code de commerce énonce que le Conseil de la concurrence peut déclarer «*la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité à agir de l'auteur de celle-ci (...)*» ;

Considérant que, hormis le cas de saisine d'office, le Conseil de la concurrence ne peut être saisi, par application des dispositions combinées de l'article L. 462-5 et du deuxième alinéa de l'article L. 462-1 du livre IV du code de commerce, 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 l'une ou l'autre des catégories mentionnées ci-dessus ;

Considérant que Monsieur Blanc a précisé dans sa lettre de saisine qu'il s'adressait au Conseil en tant que «*simple usager des services des télécommunications*» ; qu'il n'a, à aucun moment de la procédure, démontré ni même prétendu qu'il agissait en qualité de représentant de l'une des catégories énoncées ci-dessus ; qu'il n'a donc pas qualité pour saisir le Conseil

et que, par voie de conséquence, il convient de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 alinéa 1, précité.

Décide

Article unique : La saisine enregistrée sous le n° F 1320 est déclarée irrecevable.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Chaulet-Philippe, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente et M. Piot, membre, en remplacement de M. Nasse, vice-président empêché.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

La présidente

Marie-Dominique Hagelsteen

Décisions

Décisions 663

Décision n°02-D-54 du 4 septembre 2002 relative à 669
une saisine de la SAS Congrès salons événementiels (CSE)
à l'encontre des sociétés Havas et Exposium

Décision n° 02-D-55 du 13 septembre 2002 relative à 672
des pratiques mises en œuvre dans le secteur
des transports routiers de voyageurs
dans le département de l'Isère

Décision n° 02-D-56 du 17 septembre 2002 relative à 677
des pratiques mises en œuvre par la société Apple dans
le réseau de distribution de ses produits
et des produits associés

Décision n° 02-D-57 du 19 septembre 2002 relative à 686
des pratiques dans le secteur des roulements à billes
et assimilés

Décision n° 02-D-58 du 23 septembre 2002 relative à 724
des pratiques mises en œuvre dans le secteur
des transports routiers de voyageurs
dans le département du Rhône

Décision n° 02-D-59 du 25 septembre 2002 relative à 747
des pratiques mises en œuvre dans le secteur
des transports routiers de voyageurs
dans le département de l'Ain

Décision n° 02-D-60 du 27 septembre 2002 relative aux 783
pratiques mises en œuvre par la Chambre syndicale
des entreprises de déménagement et l'Association
française de déménageurs internationaux

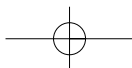
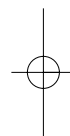
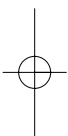
Décision n° 02-D-61 du 27 septembre 2002 relative à 801
la saisine de la Société moderne d'assainissement et
de nettoyage (SMA) dirigée contre des pratiques
relevées lors de l'attribution du marché
d'exploitation de la décharge de Bagnols-en-Forêt

Décision n° 02-D-62 du 27 septembre 2002 relative à	.816
des pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne	
Décision n°02-D-63 du 8 octobre 2002 relative à	.836
des pratiques constatées dans le secteur des télécommunications	
Décision n°02-D-64 du 23 octobre 2002 relative à	.849
une saisine et à une demande de mesures conservatoires de la société Speed rabbit pizza à l'encontre des sociétés Neptune, Domino's pizza France, RM Master et Télépizza France	
Décision n°02-D-65 du 28 octobre 2002 relative à	.858
la saisine de la société LMCA contre des pratiques d'EDF	
Décision n°02-D-66 du 6 novembre 2002 relative à	.873
des pratiques mises en œuvre par les sociétés d'assurance directe	
Décision n°02-D-67 du 7 novembre 2002 relative à	.880
une saisine des sociétés Jean Chapelle et Semavem à l'encontre des sociétés Darty, Caprofem et certains de leurs fournisseurs	
Décision n°02-D-68 du 14 novembre 2002 relative à	.891
des pratiques mises en œuvre sur le secteur des tuyaux de gaz flexibles	
Décision n°02-D-69 du 26 novembre 2002 relative	.905
aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom, l'Union fédérale des consommateurs Que Choisir et la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie	
Décision n°02-D-70 du 27 novembre 2002 relative	.914
aux pratiques de la société Scori et des cimentiers Lafarge, Calcia et Vicat dans le secteur des huiles usagées	
Décision n°02-D-71 du 27 novembre 2002 relative à	.915
la situation de la concurrence dans le secteur du transport fluvial sur le bassin Rhône-Saône	
Décision n°02-D-72 du 10 décembre 2002 relative à	.917
des pratiques mises en œuvre par l'établissement public Port autonome de Paris	
Décision n°02-D-73 du 10 décembre 2002 relative à	.919
des pratiques relevées dans le secteur de la location de véhicules sans chauffeur à l'aéroport St Denis-Gillot (Réunion)	
Décision n°02-D-74 du 13 décembre 2002 relative à	.922
la situation de la concurrence dans le secteur des glaces et crèmes glacées industrielles du marché de l'achat d'impulsion	
Décision n°02-D-75 du 17 décembre 2002 relative à	.923
la saisine et à la demande de mesures conservatoires des sociétés Scoot France et Fonecta France	

Décision n°02-D-76 du 19 décembre 2002 relative à 932
une saisine de la société CGU Courtage concernant
un marché public de l'OPAC de Villeurbanne

Décision n°02-D-77 du 27 décembre 2002 relative à 942
une saisine de la Société anonyme Daniel Grenin
à l'encontre des sociétés Imphy Ugine Précision,
Sprint-Métal et Usinor Achats

Décision n°02-D-78 du 27 décembre 2002 relative à 945
une saisine de l'Union nationale des prothésistes
dentaires de pratiques imputables à l'Ordre national
des chirurgiens-dentistes



02-D-54

**Décision n°02-D-54 du 4 septembre 2002 relative à une saisine de la SAS
Congrès salons événementiels (CSE) à l'encontre des sociétés Havas
et Expositum**

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 18 mai 2001 sous le numéro F 1311 par laquelle la société Congrès salons événementiels (CSE) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques anticoncurrentielles qui seraient mises en œuvre par les sociétés Expositum et Havas ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus au cours de la séance du 19 juin 2002, la société CSE ayant été régulièrement convoquée ;

Considérant que l'article L. 462-8 alinéa 2 du code de commerce énonce que le Conseil peut rejeter la saisine, *« (...) lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants »* ;

Considérant que la société CSE dénonce des pratiques d'entente et d'abus de position dominante mises en œuvre par les sociétés Expositum et Havas, résultant de procédures judiciaires engagées par ces sociétés, à son encontre, aux fins de faire annuler le salon pour l'organisation duquel elle a été créée, ainsi que du refus de certaines entreprises d'assurer la publicité de ce salon ou d'y participer ;

Considérant que la saisissante expose que la société Havas Business Information et sa filiale la société Expositum, qui vient aux droits de la société Sircom, l'ont assignée, ainsi que Monsieur Rouilleaux et Madame Catherine Stoutah épouse Rouilleaux, salariée de la société CSE, devant le tribunal de grande instance de Nanterre pour des faits de concurrence déloyale ; que ce tribunal, dans un jugement rendu le 27 février 2001, a considéré que, d'une part, Monsieur Rouilleaux, époux de Madame Stoutah, avait violé son obligation contractuelle de non-concurrence en participant à la création de la société CSE et en prenant part, indirectement, à l'activité de cette société consacrée à l'organisation du salon *« M.pi »*, que d'autre part, ces faits avaient été commis avec l'aide de son épouse et, enfin, que la société CSE, constituée d'anciens salariés de Sircom et d'Expositum, avait utilisé des moyens déloyaux pour organiser un salon directement concurrent de celui organisé par les demanderesses ; que ce jugement, assorti de l'exécution provisoire, a *« fait interdiction à Georges Rouilleaux, Catherine Stoutah et la*

Société Congrès salons événementiels (CSE), sous astreinte de 5 000 F par jour de retard (...) de poursuivre les agissements déloyaux et, notamment de participer, directement ou indirectement, à la conception, au développement et à la commercialisation du salon et du site web correspondant.» ; qu'à la suite de cette décision, les sociétés Exposium et Havas ont obtenu, en référé, une ordonnance du même tribunal enjoignant au CNIT de ne pas ouvrir ses portes au salon de la société CSE ;

Considérant que la société CSE indique qu'elle a néanmoins poursuivi la mise en œuvre du salon ; que le préfet des Hauts-de-Seine en a autorisé la tenue par un arrêté du 9 avril 2001 et qu'en dépit de cette autorisation préfectorale, elle a été confrontée à des difficultés ; qu'ainsi, *Le Moniteur*, organe de presse appartenant au groupe Havas, a refusé d'assurer la publicité du salon, qu'une tentative auprès du journal *01 Réseaux* est demeurée vaine et que la société Cegetel qui, comme le groupe Havas, appartient au groupe Vivendi, s'est désistée, ainsi que la société Siemens ;

Considérant que la saisissante soutient que les difficultés exposées ci-dessus s'expliqueraient par le fait que son président M. Guinard a voulu positionner la société CSE sur un nouveau segment de marché ce qui «*gêne Havas*» et que cette dernière société aurait, d'ailleurs, «*cherché à copier l'idée de CSE en intégrant l'internet mobile dans son salon intitulé «la semaine des Télécoms et des Réseaux» prévu du 23 au 25 octobre 2001*» ;

Considérant qu'il résulte d'une jurisprudence constante et, notamment, d'une décision de la commission européenne IV 35-268 du 21 mai 1996 Promedia NV/Belgacom que «*le fait d'intenter une action en justice, expression du droit fondamental d'accès au juge, ne peut être qualifié d'abus, sauf si une entreprise en position dominante intente des actions en justice qui ne peuvent pas être raisonnablement considérées comme visant à faire valoir ses droits et ne peuvent dès lors servir qu'à harceler l'opposant, et qui sont conçues dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer la concurrence*» (point 11 de la décision) ; que le Conseil de la concurrence a suivi une analyse analogue, fondée sur l'exigence des deux mêmes conditions cumulatives, dans ses décisions n° 99-D-77 du 7 décembre 1999 et n° 00-D-24 du 10 mai 2000 ; que la Cour de cassation, dans un arrêt de la chambre commerciale n° 1675 en date du 9 octobre 2001, a rappelé que l'abus de droit suppose l'intention de nuire ;

Considérant que, d'une part, la société saisissante n'invoque ni ne fournit aucun élément de nature à établir que les sociétés Havas et Exposium seraient en position dominante sur le marché des salons de la téléphonie mobile ; que les documents produits par la société CSE montrent au contraire qu'il existe un nombre important de salons organisés dans ce secteur ; que, d'autre part, la procédure intentée par Exposium et Havas a abouti à un jugement au fond faisant droit à leurs demandes et ne saurait donc être qualifiée d'abusives, qu'il en est de même concernant la décision obtenue par ces mêmes sociétés devant le juge des référés faisant interdiction au CNIT d'accueillir le salon incriminé ;

Considérant que la société saisissante n'apporte aucun élément permettant d'établir le refus des sociétés Cegetel et Siemens de participer au salon

qu'elle organise, de même que le refus du journal *01 Réseaux* d'assurer la publicité de l'organisation du salon, ni que les refus allégués procèderaient d'une entente anticoncurrentielle ;

Considérant que la fin de non-recevoir, opposée par «*le Moniteur*» en ce qui concerne la publicité du salon, a été motivée par l'argument selon lequel «*les Éditeurs de presse disposent d'un droit de refus discrétionnaire d'insérer de la publicité dans leurs colonnes*» ; que la raison avancée ne suffit ni à démontrer l'existence de liens de dépendance entre Havas et le groupe *Le Moniteur*, ni que le refus de cet organe de presse résulterait de pressions exercées par la société Havas ou d'une quelconque pratique prohibée par les dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la saisine n'est pas appuyée d'éléments permettant au Conseil de penser que des pratiques susceptibles d'être qualifiées au regard des articles L. 420-1 et L. 420-2 auraient été mises en œuvre par les sociétés Havas et Exposium ; qu'il convient, dans ces conditions, de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 alinéa 2 du code de commerce précité ;

Décide

Article unique : La saisine enregistrée sous le numéro F 1311 est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Chaulet-Philippe, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente et M. Piot, membre, en remplacement de M. Nasse, vice-président empêché.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente
Marie-Dominique Hagelsteen

Décisions / 02-D-54

671

02-D-55

Décision n°02-D-55 du 13 septembre 2002 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Isère

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 20 avril 1999, sous le numéro F 1136-3, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de la situation de la concurrence dans le secteur du transport routier de voyageurs dans les départements de l'Ain, du Rhône et de l'Isère ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement et par la société Jean Perraud et fils ;

Vu les pièces relatives aux pratiques mises en œuvre dans le département de l'Isère, du dossier référencé, après disjonction, sous le numéro F 1136-3 ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, le représentant de la société Jean Perraud et fils entendus au cours de la séance du 21 mai 2002 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) suivants ;

672

I. - Constatations

Les règles régissant le secteur du transport routier de voyageurs ont été considérablement modifiées par la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs dite LOTI, et par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée, relative à la prévention et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques dite loi Sapin.

La loi du 30 décembre 1982 a, notamment, mis fin au caractère *«patrimonial»* des lignes régulières de transport de voyageurs lesquelles, lorsqu'elles ne sont pas gérées en régie par les collectivités publiques, doivent faire l'objet de conventions à durée déterminée signées avec l'autorité compétente.

L'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993 dite *«loi Sapin»* a modifié les règles d'attribution des lignes de transport routier, en précisant les

conditions de mise en concurrence des candidats pour l'attribution de délégations de service public.

Les contrats de délégation de service public de transport en cause dans la présente affaire s'inscrivent dans ce nouveau contexte réglementaire.

Le conseil général de l'Isère a décidé, en 1994, de mettre en application les dispositions de la loi Sapin, pour attribuer l'exploitation des lots constitués par les lignes de transport scolaire et des lignes régulières interurbaines de voyageurs, qui était alors assurée par 424 contrats.

La collectivité locale a organisé entre 1994 et 1998 huit procédures d'appel à candidatures pour l'attribution de délégations de services public de transport, tout en réorganisant les transports de voyageurs du département par la suppression, le regroupement ou la création de circuits.

C'est dans ce cadre que le conseil général de l'Isère a organisé, en 1996, une mise en concurrence en vue d'attribuer des lots de transport scolaire dans le secteur Basse Isère-Saint Marcellin.

■ 1. - Les sociétés concernées

1.1. - La SA Jean Perraud et fils

La société Jean Perraud et fils est une société anonyme présidée par M. Serge Perraud. Elle est implantée à Roybon dans l'Isère.

Cette société a pour activité le transport public de voyageurs et dispose de deux établissements situés à Roybon et à Beaurepaire ; elle exploite une vingtaine de lignes régulières et de transports scolaires.

1.2. - La Société Voironnaise de Transport et d'Entreprise, dite SVTE

La SARL Voironnaise de Transport et d'Entreprise dite SVTE, qui exploitait son activité sous le nom commercial de «*Radicini Tourisme*», était, au moment des faits, implantée à Renage et son gérant était M. Serge Perraud ; cette entreprise a été radiée du registre du commerce et des sociétés le 31 décembre 1998 ; son activité est poursuivie par la société Jean Perraud et fils.

■ 2. - Le marché concerné

Le marché concerné est celui des transports scolaires organisés par le conseil général de l'Isère pour desservir les secteurs de Saint-Marcellin, La Tour du Pin, Pont de Chérucy, Villard de Lans. La procédure d'appel à candidatures et d'attribution des lots a été organisée par le conseil général de l'Isère au cours de l'année scolaire 1995-1996 ; les prestations de transport scolaire étaient réparties en 72 lots, représentant un chiffre d'affaires annuel de 16,8 MFF soit 2 561 143,49 €.

■ 3. - Les pratiques relevées

Le rapport de la commission chargée des délégations de services publics de transport, en date du 27 juin 1996, constate que, pour les lots n° 96401, 96404, 96407 et 96408, les sociétés Perraud et Radicini, ont formulé des offres strictement identiques :

Lot	Entreprise	Montant	Attributaire	Nombre d'offres pour le lot
96401	Perraud	4 550 F/4 550 F	Perraud	6
	Radicini	4 550 F/4 550 F		
96404	Perraud	5 500 F/6 900 F	Janin	5
	Radicini	5 500 F/6 900 F		
96407	Perraud	4 260 F	Alpes ambulances	5
	Radicini	4 260 F		
96408	Perraud	5 850 F	Perraud	4

Ainsi qu'il a été précisé ci-dessus «*Radicini Tourisme*» correspond à l'enseigne commerciale de la Société Voironnaise de Transport et d'Entreprise-SVTE.

M. Serge Perraud, président de la société Jean Perraud et fils, et gérant de la SVTE au moment des faits, a reconnu être l'auteur des offres des deux sociétés, présentées lors de la procédure d'appel à la concurrence : «*s'agissant des propositions de prix identiques sur certains circuits avec Radicini, c'est bien l'entreprise Perraud qui les a formulées pour le compte de Radicini, cette dernière ayant été rachetée en mars 1996*».

■ 4. - Les griefs notifiés

Sur la base des constatations rapportées ci-dessus et en application des dispositions de l'article L. 463-2 du code de commerce, il a été fait grief à la société Jean Perraud et fils et à la société Voironnaise de Transport et d'Entreprise d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles d'entente prohibées par l'article L. 420-1 du code de commerce, au motif que les sociétés s'étaient entendues pour fixer le prix de leurs offres respectives empêchant ainsi l'exercice normal de la concurrence, et l'indépendance de la fixation des prix.

Compte tenu de la disparition de la SVTE, la notification de griefs a été transmise à la seule société Jean Perraud et fils, la rapporteure ayant considéré que celle-ci assurait la continuité juridique et fonctionnelle de la SVTE.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-6 du code de commerce : *«Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, 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».*

Considérant qu'en matière de marchés publics ou privés sur appels d'offres, l'entente anticoncurrentielle entre entreprises est établie dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles ont convenu de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations portant, notamment, sur les prix qu'elles envisageaient de proposer, antérieurement à la date limite de dépôt des offres ; que, toutefois, ainsi que la cour d'appel de Paris l'a précisé dans un arrêt du 9 janvier 2001, SA d'Etudes et d'Entreprises électriques (SEEE) *«(...) il importe cependant, pour que la pratique puisse être sanctionnée sur le fondement des articles L. 420-1, L. 462-6 et L. 464-2 du code de commerce, que les entreprises aient librement et volontairement participé à une action concertée, en sachant qu'elle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché»* ;

Considérant que les offres présentées au conseil général de l'Isère par les sociétés Jean Perraud et fils et SVTE qui étaient deux entités distinctes, ont été élaborées par une seule et même personne, M. Serge Perraud qui était, respectivement, président de la première et gérant de la seconde ; qu'il résulte de ce procédé que ces deux entreprises qui n'étaient pas indépendantes entre elles ont déposé des offres concertées, présentées au conseil général de l'Isère comme émanant d'entreprises concurrentes ;

Considérant que M. Serge Perraud, qui n'a jamais contesté ni cherché à dissimuler qu'il était l'auteur des offres émanant des deux sociétés, a expliqué que, le 19 janvier 1996, il avait, d'une part, signé un compromis de vente, sous conditions suspensives, afin d'acquérir le fonds appartenant à la société Radicini Tourisme et, d'autre part, déposé une offre de reprise des actifs appartenant à M. Maurice Radicini, commerçant en nom personnel mis en redressement judiciaire par jugement du tribunal de commerce de Grenoble en date du 19 janvier 1996 ; que, par un jugement du 31 mai 1996, le tribunal de commerce de Grenoble a écarté l'offre de reprise de la société Perraud et fils et arrêté le plan de cession de l'entreprise de M. Maurice Radicini au profit de la SA Cars Philibert ; que M. Perraud a encore exposé qu'au moment du dépôt des offres, il espérait que le plan de cession des actifs de M. Maurice Radicini serait adopté en sa faveur, mais qu'il ignorait comment serait répartie cette acquisition entre la société Jean Perraud et fils et sa filiale la SVTE, créée pour la reprise de la société Radicini Tourisme ; que c'est dans ces conditions que, dans le cadre de la procédure d'appel d'offres concernant les transports scolaires dans le sec-

teur Basse Isère-Saint Marcellin, il a déposé des offres identiques pour les sociétés Jean Perraud et fils et SVTE, faute de savoir alors avec quels moyens les prestations seraient assurées et, notamment, si le personnel et les véhicules employés seraient issus de la société Jean Perraud et fils ou de l'entreprise en cours d'acquisition ;

Considérant qu'il ressort de ces explications qu'en agissant ainsi qu'elles l'ont fait, les entreprises Jean Perraud et Fils et SVTE n'ont pas volontairement mis en œuvre une action concertée en sachant qu'elle avait un objet ou pouvait avoir un effet anticoncurrentiel ;

Considérant que les offres déposées par ces deux sociétés, d'une part, indiquent chacune clairement que le responsable de la société est M. Serge Perraud, d'autre part, sont strictement identiques en ce qui concerne les tarifs proposés pour exécuter les prestations de transport des quatre lots concernés et, enfin, ont été concurrencées par les offres d'au moins deux autres entreprises ;

Considérant ainsi, que, nonobstant le caractère concerté de ces deux offres, il résulte des circonstances particulières de l'espèce qu'elles n'ont eu ni pour objet ni pour effet de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence ou de fausser le jeu de la concurrence ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure introduite à l'encontre des sociétés Jean Perraud et Fils et SVTE ;

676

Décide

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} Nguyen-Nied, par M. Nasse vice-président, président la séance, M^{mes} Mader-Saussaye et Perrot, MM. Charrière Bournazel et Piot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président, président la séance,
Philippe Nasse

02-D-56

Décision n°02-D-56 du 17 septembre 2002 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société Apple dans le réseau de distribution de ses produits et des produits associés

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 27 décembre 1999 sous le numéro F 1198, par laquelle la société Alexandre William Setruck (AWS) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre par la société Apple Computer France ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu la décision de secret des affaires n° 01-DSA-22 du 10 décembre 2001 par laquelle la présidente du Conseil de la concurrence s'est prononcée sur la demande présentée par la société Apple Computer France ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 11 juin 2002, les sociétés Alexandre William Setruck (AWS) et Apple Computer France, ayant été régulièrement convoquées ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés.

Décisions / 02-D-56

677

I. - Constatations

■ A. - Les entreprises

1. La société AWS (Alexandre William Setruck), société anonyme créée en 1988, avait pour activité principale, à l'époque des faits, la vente de matériels et de produits informatiques et était spécialisée dans la commercialisation des produits Apple. Elle disposait de deux magasins à Paris, dont un Centre Service Après Vente Apple, et réalisait 50 % de son chiffre d'affaires en matériel Apple (90 % en tenant compte de l'environnement Apple).

Une procédure de redressement judiciaire a été ouverte à son égard par le tribunal de commerce de Paris, le 30 décembre 1997. Par jugement en date

du 16 novembre 1999, le tribunal a arrêté le plan de continuation de l'entreprise. Sur déclaration de cessation des paiements déposée le 3 septembre 2001 au greffe, le tribunal, par jugement du 18 septembre 2001, a prononcé la résolution du plan de continuation et la liquidation judiciaire de la société.

Au cours des exercices 1996, 1997 et 1998, la société AWS a réalisé un chiffre d'affaires de l'ordre de 80 MF et estime avoir été, à cette époque, un des cinq plus importants distributeurs de matériel Apple en France.

2. La société Apple Computer Inc. a son siège aux Etats-Unis, à Cupertino dans l'Etat de Californie, et intervient en Europe par le biais de multiples filiales. La société Apple Computer France, dont le capital est détenu à 100 % par sa société mère et par la filiale du groupe, Apple Computer Ltd, située en Irlande (elle-même détenue à 100 % par la société mère), est titulaire d'un mandat d'agent commercial qui lui a été consenti jusqu'au 25 septembre 1999 par la société Apple Computer BV puis, à compter de cette date, par la société Apple Computer International (filiale à 100 % de Apple Computer Ltd en Irlande), autre société irlandaise du groupe.

Le groupe occupe en France une part du marché des ordinateurs personnels, tous processeurs confondus, inférieure à 5 %.

Ses produits sont commercialisés en France :

- soit par des revendeurs directs liés à la société Apple Computer BV par un contrat de revendeur (avant 1996, les contrats étaient signés avec Apple France),
- soit par l'intermédiaire de grossistes liés contractuellement à la société Apple Computer BV et dont l'activité consiste dans la revente à des revendeurs dits revendeurs indépendants ou indirects,
- soit par des revendeurs indépendants (ou indirects) qui se fournissent auprès des précédents,
- soit encore par le groupe Apple directement au travers de son service en ligne «*Apple Store*» qui fonctionne sur Internet ou par téléphone et qui permet aussi de commander des configurations hors standard.

3. La société FAZ est une société anonyme dont l'objet, très large, consiste dans «*l'achat, la vente, l'import, l'export de produits et services de toute nature, notamment informatiques, la maintenance et la vente de prestations notamment informatiques...*». Elle n'a aucun lien capitalistique avec la société Apple mais distribuait, à l'époque des faits, des logiciels Apple, fournis par la filiale spécialisée d'Apple dénommée FileMaker (ex Claris). Elle a, en outre, réalisé pour le compte d'Apple Computer France des opérations de gestion d'opérations marketing dont une opération de promotion du nouveau logiciel d'exploitation Mac OS 8-1. Dans cette opération, la société FAZ intervenait pour gérer les demandes des clients et leur adresser le produit en retour (prestations effectuées sans contrat, sans facturation et sans paiement). Une autre opération intitulée «*mettez un PC dans votre Power Macintosh*» a consisté dans l'expédition, à chaque acheteur d'un Power Macintosh G3 et d'un moniteur Apple qui en faisait la demande, d'un supplément de mémoire de 32 Mo et d'un logiciel d'émulation Virtual PC (cette opération a donné lieu à facturation et a été lancée après la

réalisation du mailing effectué pour l'opération Mac OS 8-1). Les acheteurs devaient, notamment, renvoyer à la société FAZ une copie de la facture du revendeur ainsi que leurs coordonnées personnelles, mettant, de ce fait, ladite société en possession d'une liste d'acheteurs de produits Apple.

Par ailleurs, la société FAZ a effectué, pour le compte de la société FileMaker, un certain nombre de prestations consistant dans la mise en place et la gestion d'un centre d'appels et d'un numéro azur, l'envoi en nombre et la gestion des mises à jour. En contrepartie de ces prestations, qui n'ont donné lieu ni à l'établissement d'un contrat ni à paiement, la société FAZ a pu obtenir livraison de produits FileMaker à des prix de gros, bien qu'elle n'ait que le statut de détaillant. Elle n'a toutefois pas bénéficié de toutes les remises accordées aux grossistes, notamment celles qui rémunèrent des interventions spécifiques. Cette pratique de compensation a pris fin à compter d'octobre 2000.

4. La société FileMaker est une filiale à 100 % du groupe Apple qui a pour objet le développement et la commercialisation d'un logiciel de gestion de base de données, dénommé FileMaker. Ce logiciel, développé à la fois sous environnement Apple et sous environnement Window, représente environ 2 % des ventes de ce type de matériel. Dans l'environnement Apple proprement dit, le logiciel FileMaker représente 40 % des ventes et est concurrencé par le produit 4D, qui représente 50 % des produits vendus pour cet environnement, les 10 % restants étant constitués de divers indépendants.

Lors d'une restructuration intervenue en 1998, la société FileMaker a pris la suite de la société Claris qui était la filiale d'Apple en charge, à l'époque, des logiciels du groupe. Son champ d'activités a été réduit au logiciel FileMaker alors que la société Claris commercialisait aussi des logiciels développés par la maison mère.

La société FileMaker a réalisé en France, au cours de la période en cause, un chiffre d'affaires annuel d'environ 20 MF.

■ B. - Les relations entre Apple et AWS

Dès 1994, la société AWS a bénéficié dans l'exercice de son activité d'un contrat de *«revendeur direct»*. Il s'agit d'un contrat non exclusif qui permet à son titulaire de bénéficier de remises importantes en fonction des volumes achetés et de la part de son chiffre d'affaires réalisé en produits Apple. En 1995, elle a obtenu des conditions encore plus intéressantes en contrepartie du lancement d'un magasin *«Superstore»*.

A compter du 5 août 1996, Apple a modifié l'ensemble de ses contrats *«revendeurs»* dans le cadre d'un changement de politique de vente, l'idée étant *«d'évoluer d'une stratégie basée sur le volume vers une stratégie de solutions à valeur ajoutée»*. La société AWS estime que la mise en place de ce nouveau contrat a entraîné pour elle une perte de marge brute par rapport aux conditions Superstore de l'ordre de 12 % et qu'elle est à l'origine des difficultés financières ayant conduit à la procédure de redressement judiciaire signalée plus haut.

Durant ladite procédure, AWS a obtenu de conserver le bénéfice de son contrat de revendeur. Ce n'est qu'à la fin de l'année 1998 que ce contrat, comme tous ceux du même type, a pris fin à la suite d'un nouveau changement de la politique de distribution de la société Apple. A compter de cette date, la société AWS n'a plus bénéficié d'un contrat de revendeur direct mais a dû s'approvisionner par le canal des grossistes.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil de la concurrence

■ A. - Sur les personnes mises en cause

Considérant que la société Apple fait valoir que la plainte de la société AWS est dirigée contre la société Apple France alors que cette société ne jouerait aucun rôle dans les pratiques dénoncées ;

Considérant, toutefois, que le Conseil de la concurrence est saisi *in rem* du fonctionnement d'un marché et qu'il n'est tenu ni par les griefs articulés par le requérant ni par la liste des personnes à qui ce dernier impute les pratiques dénoncées ;

■ B. - Sur les pratiques alléguées

Considérant que l'article L. 464-6 du code de commerce énonce : «*Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, 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*» ;

Sur les pratiques susceptibles, selon la requérante, de fausser le jeu de la concurrence entre les distributeurs d'ordinateurs personnels de marque Apple :

Considérant que la requérante soutient, en premier lieu, qu'en renégociant ses contrats de distribution deux fois en moins de trois ans (1996 et 1998), la société Apple cherchait à obtenir de ses distributeurs toujours plus d'avantages sans contrepartie réelle ; qu'elle indique que les changements intervenus en 1996 lui auraient fait perdre en moyenne 12 % de marge brute et seraient à l'origine de sa cessation de paiements ;

Mais considérant qu'un fabricant est libre de modifier la structure de son réseau de distribution comme il l'entend sans que ses cocontractants bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation ; qu'il n'est pas allégué, en l'espèce, que les nouveaux contrats mis en place par la société

Apple auraient limité le jeu de la concurrence entre les distributeurs par l'imposition de prix de revente minimaux ou par l'instauration d'une protection territoriale absolue de leur zone de chalandise ; que le reproche formulé par la société AWS à l'encontre de la société Apple du chef de la modification unilatérale de leurs relations contractuelles n'est pas de la compétence du Conseil ;

Considérant que la requérante allègue, en second lieu, avoir essuyé divers refus et retards de livraison au cours de l'année 1998, qui a suivi sa mise en redressement judiciaire, alors que d'autres revendeurs étaient livrés normalement ; que, cependant, la société Apple explique cette situation, pour partie, par la situation financière d'AWS dont les achats, garantis par un dépôt en espèces depuis l'ouverture de sa procédure collective, ne pouvaient dépasser un certain montant, pour partie, par des défauts de paiement et, enfin, par la survenance de ruptures de stocks ; que les refus et retards dénoncés ne sauraient, dans ces conditions, être qualifiés de pratiques anticoncurrentielles ;

Considérant que la requérante se plaint, en troisième lieu, de ne pas avoir reçu en temps utile les formulaires nécessaires à l'exécution, au prix d'origine, des commandes portant sur du matériel qui, entre le moment de la commande et celui de la livraison, avait été retiré du catalogue ; qu'il ne ressort pas, toutefois, de l'examen des pièces figurant au dossier qu'AWS aurait été informée avec retard de la procédure applicable à ce type de commandes, qui avait fait l'objet d'une communication aux grossistes en date du 21 octobre 1999 et aux revendeurs directs et indirects en date du 22 octobre 1999, ni qu'il aurait incombé soit à la société Apple soit à ses grossistes de prendre l'initiative d'adresser aux détaillants les formulaires dont il s'agit ; qu'il apparaît, au contraire, que le délai de renvoi de ces formulaires étant fixé au 28 octobre 1999, ce n'est que par lettre du 29 octobre que la société AWS, se déclarant *« toujours dans l'attente de la procédure Power Mac G4 qu'Apple devait adresser à l'ensemble des revendeurs indirects »* a envoyé au grossiste Tech Data *« l'intégralité (des) commandes afin d'effectuer le nécessaire auprès d'Apple »* ; que le grief invoqué manque donc en fait ;

Considérant que la société AWS soutient, en quatrième lieu, que les conditions commerciales plus favorables consenties par Apple à la grande distribution et la prise en charge par Apple de la formation des vendeurs constitueraient une discrimination positive en faveur de ce canal de distribution ; que la requérante n'apporte, toutefois, aucun élément circonstancié propre à faire apparaître que l'octroi de tels avantages ne constituerait pas la contrepartie des services spécifiques rendus au fabricant par ce type de distribution ; que, s'agissant de la discrimination particulière résultant, selon la société AWS, de la priorité accordée par la société Apple à la grande distribution et à Apple Store pour le lancement du nouveau produit dénommé i-book, priorité qui n'est pas contestée par la société Apple, cette dernière fait valoir qu'en raison d'une pénurie de matériel, elle a choisi de privilégier le mode de distribution en ligne sur le site Apple Store qui venait d'être lancé ou encore les revendeurs directs ayant le plus investi dans la promotion du produit (grande distribution) ; que cette différence de traitement,

qui résulte d'une adaptation de la société Apple à une situation commerciale donnée, ne peut constituer une pratique anticoncurrentielle au sens des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant que la requérante expose, en cinquième lieu, qu'alors que les grossistes auprès desquels elle s'est approvisionnée à partir de novembre 1998, du fait de sa qualité nouvelle de «*revendeur indirect*», pouvaient consentir deux types de remises, soit à leur propre initiative soit à l'initiative d'Apple, elle n'a, contrairement à ses concurrents et malgré des quantités supérieures commandées, jamais eu accès aux remises accordées à l'initiative d'Apple ; que cette dernière société aurait même refusé de lui communiquer ses conditions de remise ;

Considérant qu'il ressort de l'instruction qu'il existe bien, dans le contrat Apple/grossistes applicable à l'époque des faits, une disposition faisant obligation à ces derniers de gérer gratuitement un fonds permettant de faire transiter vers les détaillants les remises consenties par Apple aux revendeurs pour leur participation à des actions de marketing commercial ; qu'au cours de l'instruction, la société Apple a été amenée à préciser les différentes actions menées par les revendeurs indirects pour lesquelles elle était susceptible d'intervenir financièrement et que ces indications recouperont celles fournies par la requérante (remise éducation, remise grands comptes, remise journaliste, accords de coopération, remise d'objectifs), à l'exception de deux remises, la remise qualité et la remise «*Apple Center*» ; que pour ces deux dernières remises, la société Apple déclare, sans être contredite, que seuls les revendeurs directs pouvaient en bénéficier ; qu'en ce qui concerne les autres remises destinées aux revendeurs indirects, elle soutient qu'elle n'en a jamais usé de façon discriminatoire à l'égard de la société requérante, laquelle ne produit aucun élément plus circonstancié à l'appui de ses allégations ; que s'il n'est pas contesté que la société Apple, en considération des mauvaises relations qu'elle avait avec la société AWS, a effectivement refusé de communiquer à cette dernière le détail des conditions des interventions effectuées par elle au soutien de l'action des revendeurs indirects, il n'est pas établi que cette circonstance ait pu avoir des conséquences négatives pour la société AWS ; que, notamment, compte tenu de l'ancienneté des relations commerciales entre les sociétés Apple et AWS, cette dernière avait nécessairement une bonne connaissance générale des conditions à remplir pour bénéficier des remises Apple, y compris des conditions spécifiques d'attribution de ces aides dans le cadre de sa nouvelle relation commerciale avec la société Apple ; qu'enfin, dans une correspondance datée de juillet 1999, versée au dossier, la société Apple prend acte de la demande de remise «*grands comptes*» et «*éducation*» présentée par la société AWS et lui indique les détails de la procédure à suivre pour en obtenir le versement ; que la pratique alléguée ne saurait donc, en tout état de cause, avoir eu un effet sensible sur le fonctionnement de la concurrence ;

Considérant que la société AWS reproche, en sixième lieu, à la société Apple la sélection discriminatoire que celle-ci aurait opérée au profit de certains distributeurs auxquels elle aurait accordé, par l'intermédiaire des grossistes, le bénéfice d'une assurance de leur stock en cas de baisse des prix décidée par le producteur ;

Considérant qu'il est constant qu'à une certaine époque, la société Apple avait mis en place un système permettant de garantir ses revendeurs directs les plus importants contre les risques attachés aux changements de tarification des matériels, fréquents dans le secteur informatique compte tenu de la rapidité de l'évolution technique et de l'importance du phénomène d'obsolescence ; que, lors de la survenance d'un tel ajustement, la société Apple, aidée de ses grossistes, sélectionnait les revendeurs qui lui paraissaient devoir être protégés et les faisait bénéficier de cette assurance laquelle consistait, dans des conditions précises, à effacer, pour les produits en stock, la différence entre le prix payé lors de leur acquisition et le nouveau prix arrêté sensiblement inférieur ; que, cependant, si la requérante se plaint de ce que ce dispositif, contractuellement réservé aux revendeurs directs, aurait pourtant bénéficié, de manière discriminatoire, à quelques revendeurs indirects, la société Apple explique, sans être contredite, que ces exceptions n'ont concerné, de manière ponctuelle, que certains revendeurs indirects, eu égard aux volumes importants de produits Apple achetés par ceux-ci ; qu'en tout état de cause, il n'est pas établi que la pratique alléguée ait pu avoir un effet sensible sur le fonctionnement de la concurrence ;

Considérant que la requérante soutient, enfin, que la société Apple a mis en oeuvre deux procédés lui permettant de connaître les prix de vente de ses revendeurs et de conduire ainsi une politique d'harmonisation des prix de ses matériels sur le marché de détail par la prise en compte du niveau des prix au détail appliqué par ses revendeurs, au moment de fixer les prix de vente pratiqués par son propre système de vente directe Apple Store ;

Considérant que les deux pratiques dénoncées sont, d'une part, celle mise en oeuvre pour la promotion du Mac Intosh G3, dont le détail figure ci-dessus au point I.A.3, d'autre part, celle qui permettait aux revendeurs de demander l'exécution de commandes portant sur des matériels retirés du catalogue, analysée ci-dessus, les deux procédures exigeant que soit fournie à Apple ou à son représentant copie de la facture du matériel acheté ; que, cependant, et même si ces opérations ont pu permettre à la société Apple de connaître les prix de vente de ses revendeurs, ce qui n'est pas prohibé par les dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, il n'est, en revanche, pas allégué, que cette société aurait utilisé les informations recueillies pour exercer une quelconque influence ou un quelconque contrôle sur le niveau des ces prix ; que le grief est donc sans fondement ;

Sur les pratiques susceptibles, selon la requérante, de fausser le jeu de la concurrence entre les distributeurs de logiciels compatibles Apple :

Considérant que la société AWS reproche à la société Apple d'avoir favorisé la société Faz dans ses opérations de distribution de logiciels appartenant à l'environnement Apple ; qu'elle soutient que la société Faz, qui n'est pas seulement une société prestataire de services informatiques mais aussi une société de distribution de produits informatiques opérant sur le même

marché qu'elle, aurait bénéficié de logiciels à des prix préférentiels ; qu'elle fait, en outre, grief à société Faz d'avoir utilisé les listes de prospects obtenues par Apple dans le cadre de l'opération «*mettez un PC dans votre Power Mac Intosh*» (ci-dessus I.A.3°) pour mener son opération de promotion du nouveau logiciel d'exploitation Mac OS-8-1 ; qu'elle soutient, enfin, que la société Faz aurait fait un usage abusif de l'image de la société «*Apple*» en se présentant à ses interlocuteurs téléphoniques sous la raison sociale de cette société ;

Mais considérant, sur le premier point, que l'instruction a révélé que l'avantage de prix dont a bénéficié la société Faz lui a été consenti en contrepartie de services rendus à la société FileMaker, tels que la mise en place et la gestion d'un centre d'appel et d'un numéro azur, l'envoi en nombre et la gestion des mises à jour ; que, dans ces conditions et si l'on réintègre le coût de la prestation de service rendue par la société Faz à la société FileMaker, il n'est pas établi que les prix consentis par la société FileMaker à la société Faz aient été discriminatoires ;

Considérant, sur le deuxième point relatif à l'utilisation de listes de prospects fournies par la société Apple, qu'il est constant que la société Faz, qui était associée aux campagnes de promotion du réseau Apple et, notamment, à la campagne de promotion du Power Mac Intosh G3, a eu connaissance de listes d'acheteurs de matériels Apple ; que, cependant, si le requérant reproche à la société Faz d'avoir utilisé de telles listes pour conduire son opération de promotion du logiciel Mac OS-8-1, il a été indiqué ci-dessus que cette opération avait, en fait, été commanditée par la société Apple elle-même ; qu'au surplus, cette dernière société soutient sans être contredite que la promotion du Mac OS-8-1 a été lancée avant même que la campagne de promotion du Power Mac Intosh G3 ne permette à la société Faz d'entrer en possession des listes de clients litigieuses ; qu'au total, l'instruction n'a pas permis de démontrer que la société Faz, ou la société Apple, auraient fait de ces listes un usage prohibé par les articles L. 420-1 ou L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant, sur le troisième et dernier point relatif à l'utilisation de la raison sociale «*Apple*» par la société Faz, qu'il ressort de l'instruction que cette utilisation s'est inscrite dans le contexte de la campagne de promotion «*Apple/Mac OS 8.1*» commanditée par la société Apple elle-même ; qu'une telle utilisation n'est pas susceptible de porter atteinte à la concurrence sur un marché ;

Considérant, dès lors, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la délimitation exacte des marchés pertinents, ou encore sur l'existence d'une éventuelle position dominante ou d'un état de dépendance économique, que l'ensemble des griefs relatifs au comportement des sociétés Apple et Faz doit être rejeté soit parce que les pratiques manquent en fait soit parce qu'en aucun cas elles n'ont eu pour objet ou pu avoir pour effet de fausser de manière sensible le jeu de la concurrence ; qu'il y a donc lieu de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce ;

Décide

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de M. Grandval, par M^{me} Pasturel, vice-présidente, présidant la séance, M^{me} Mader-Saussaye et M. Ripotot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La vice-présidente, présidant la séance
Micheline Pasturel

Décisions / 02-D-56

685

02-D-57

Décision n°02-D-57 du 19 septembre 2002 relative à des pratiques dans le secteur des roulements à billes et assimilés

Le Conseil de la concurrence (section III A),

Vu la lettre en date du 20 janvier 2000, enregistrée sous le numéro F 1204, 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 de la vente et de la distribution des roulements à billes et assimilés ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par les sociétés Koyo, FAG France, SKF, SNR Roulements, NSK-France, INA Roulements, NTN-France, Martin-Belaysoud, Binetruy, Orefi, Trumel, Efrapo, Doucet, Loudet, Centre Roulement Dauphiné, GDFI, Roulement Service, CETIB, Tremeau industries, CIR, Lefranc, Lechiffart, Jade PSRT, Chessa distribution, Fair, Sefi, Sonotec, Sedimat, RJ International, Pene Industrie, Houtmann, Centre Roulement, Leviel et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Centre Roulement, Doucet, Lechiffart, Lefranc, Loudet, Sefi, Pene industrie, Chessa distribution, Leviel, Fair, Michaud et Chailly (venant aux droits de la société Sonotec), Tremeau industries, Jade PSRT, Sédimat, RJ International, Houtmann industrie, CETIB (venant aux droits de la société Tremeau), Dube-Fulcor, GDFI, Vulin Fournitures Industrielles, Binetruy, Martin-Belaysoud, Orefi, Trumel, Centre Roulement Dauphiné, SNR Roulements, SKF France, INA Roulements, FAG France, Koyo-France, NTN-France et NSK-France SA anciennement NSK-RHP France, entendus lors de la séance du 11 avril 2002, les sociétés Luquot outillage, Comptoirs de l'industrie Guiffroy et Cie, Mogra, Efrapo, CMTPI, Roulement Service, Compagnie industrielle du roulement, Motelec Industrie, régulièrement convoquées ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

I. - Constatations

■ A. - Présentation du secteur

Les roulements (roulement à billes, à aiguilles et à rouleaux, cylindrique, sphérique ou conique...) sont des composants de base des systèmes mécaniques. Ils remplissent la fonction de «*coussinet*» sur les équipements dont certaines parties sont en rotation. Les roulements sont utilisés dans toutes les industries. Le secteur du roulement est une industrie qui a atteint le stade de la maturité. Cette maturité a conduit à l'émergence de fabricants de taille internationale et se retrouve au stade de la distribution où les structures de la commercialisation sont anciennes.

1. Les produits

La gamme des roulements est vaste : le prix unitaire peut être d'une dizaine de francs pour un roulement à billes simple à plusieurs milliers de francs pour un roulement spécial.

La profession distingue :

- les roulements dits standard ou sur catalogue : l'ISO (International standard organisation ou Organisation internationale de la normalisation)¹ s'est employée à normaliser les roulements les plus couramment utilisés. La conformité aux normes permet une parfaite interchangeabilité entre les roulements de même référence, quel qu'en soit le fabricant.

Par exemple, c'est ainsi que la norme distingue les principales séries :

- séries 6 000, 6200, 6300, 6400, correspondant aux roulements à billes,
- séries 22000, 23000, 24000... correspondant aux roulements dits à rotule sur rouleaux,
- séries 7200, 7300, 7400 correspondant à des roulements à contact oblique.

Au sein des roulements dits standard, le marché distingue les superstandards, ou startypes (quelques 600 références), pour qualifier les produits les plus demandés.

- les roulements non-standard, c'est-à-dire conçus pour une application particulière. Le produit s'écarte alors des normes internationales.

2. Le marché français

Le marché intérieur français (production locale, plus importations, moins exportations) était estimé à environ 5,9 milliards de francs en 1998.

Les utilisateurs finaux se répartissaient ainsi en 1996 :

Secteur	Part
Automobile	51 %
Industrie	21 %
Négoce ²	18 %
Aéronautique et armement	7 %
Ferroviaire	3 %
Total	100 %

Source : *Industries mécaniques*, janvier 1997, cité par XERFI

L'activité internationale (exprimée par les importations et exportations) est très importante. La balance export était positive en 1998 avec 1, 4 milliards de francs de surplus sur les importations.

Le chiffre d'affaires de la profession est soumis à des fluctuations en fonction du cycle économique général et de celui de l'industrie automobile, en particulier. Ainsi, les fabricants européens affirment que les années 1991 à 1993 ont été particulièrement difficiles du fait de la récession et de l'arrivée de nouveaux producteurs sur le marché, en provenance d'Asie et d'Europe de l'est.

3. Les fabricants

Seize fabricants étaient présents en France en 1998, dont les principaux étaient les suivants :

Part des ventes totales en France

• SKF (société suédoise)	25 %
• SNR (société française)	24 %
• INA (société allemande)	17 %
• NSK-RHP, NTN, Koyo.(sociétés japonaises)	10 %
• TIMKEN (société américaine)	8 %
• FAG (société allemande)	5 %
• Nadella (société franco-américaine)	4 %
• Autres	7 %

La plupart ont des usines en France, à l'exception des fabricants japonais et de l'allemand FAG.

SKF-France, qui contrôle également la société briarde de roulements, la société RKS et la Société vendéenne de roulement, est présente sur l'ensemble de la gamme :

- roulements à billes (25 %),
- roulements à rouleaux cylindriques (15 à 20 %),
- roulements à rouleaux coniques (10 %),
- roulements à rouleaux sphériques (15 %),
- pièces et accessoires divers (20 à 25 %).

SNR-Roulements est une filiale à 99,99 % de Renault et détient 50 % de Nadella et 99,99 % de SNR Cévennes. Sa production couvre également l'ensemble de la gamme :

- roulements à billes (58 %)
- roulements à rouleaux cylindriques (6 %)
- roulements à rouleaux coniques (18 %)
- roulements à rouleaux sphériques (4 %)
- roulements spéciaux (2 %)
- pièces et accessoires divers (12 %).

INA-Roulements est une filiale de Industriewerk Schaeffer (Allemagne). Sa gamme de produits est plus réduite que celle de ses concurrents :

- roulements à aiguilles (80 à 90 %)
- autres roulements, pièces et accessoires divers (10 à 20 %)

FAG-France était, à l'époque des faits, une filiale de FAG Allemagne. et se présente encore comme telle dans sa correspondance du 11 mai 2002, nonobstant l'annonce de sa fusion avec INA faite en séance.

Sa gamme de produits de roulement est étendue :

- roulements à billes (38 %)
- roulements à rouleaux cylindriques (18 %)
- roulements à rouleaux coniques (12,5 %)
- roulements à rouleaux sphériques (21 %)
- roulements spéciaux (15,5 %)

Koyo-France est une filiale de Koyo Seiko (Japon), présente sur une large gamme de produits :

- roulements à billes et à rouleaux de tout type,
- paliers, coussinets,
- boulonnerie, câbles, rivets, chaînes etc..

NSK-RHP France est une filiale du groupe japonais NSK. Sa gamme de produits est étendue :

- roulements à billes et à rouleaux de tout type,
- paliers, coussinets,
- boulonnerie, câbles, rivets, chaînes etc.,
- moteurs électriques rotatifs et linéaires,
- robots industriels.

A l'instar d'autres sociétés japonaises, Koyo-France et NSK-RHP ont fait l'objet de mesures antidumping édictées par les instances communautaires, mesures qui ont été levées il y a quelques années.

4. Les quatre secteurs du marché intérieur

Le marché intérieur se divise en quatre secteurs technico-commerciaux, selon la destination de la fourniture (première monte ou utilisateur final), ou selon la taille des clients (grands comptes ou comptes ordinaires).

Les clients de première monte sont des industriels qui intègrent les roulements dans les équipements qu'ils fabriquent. On y trouve tous les secteurs de l'industrie mécanique et des machines tournantes électriques, en particulier l'industrie automobile.

- Le secteur de première monte des grands comptes : ce marché est le plus important (de 50 à 55 % de l'ensemble). L'industrie des véhicules (pour les moteurs, boîtes de vitesse, accessoires et axes de roues) est la principale acheteuse. Les clients sont souvent des sociétés internationales, disposant de bureaux d'études et de services achat très puissants. Prix et respects des délais sont critiques pour les fournisseurs. Les fabricants traitent ce marché en vente directe et utilisent les réseaux électroniques d'échanges de données (EDI) pour gérer les commandes.
- Le secteur de première monte des autres comptes. Il est composé des industriels dont le montant des achats peut ne pas justifier la vente directe et la mise à disposition de systèmes d'échanges de données importants (le palier du montant annuel d'achats pourra varier selon les fabricants). Il peut s'agir de fabricants de moteurs électriques, de systèmes de guidage mécanique, de matériels de chemins de fer, de machines outils, etc... Les prix sont, en général, un critère second par rapport à la qualité de l'assistance technique. Ce marché est traité habituellement par les distributeurs qui s'appuient sur les conseils fournis par les fabricants.

Ces secteurs de première monte s'élèvent à environ 70 % du marché intérieur total.

Le secteur, dit de l'utilisateur final, couvre l'achat pour remplacement, amélioration, maintenance de roulements en service. Il se décompose en deux sous-marchés selon l'importance des clients et la complexité des applications :

- Les grands comptes industriels : les roulements sont des composants utilisés dans les machines de production : machines-outils, trains de lami-noirs, rotatives d'imprimerie de presse, etc.. L'utilisateur final est très exigeant sur la disponibilité du stock afin de limiter les arrêts de fabrication pour manque de pièces de rechange. Les grands comptes industriels qui disposent de services achats importants préféraient traditionnellement acheter directement aux fabricants. Leurs méthodes d'acquisition évoluent vers un approvisionnement par les distributeurs, permettant de réduire les frais de gestion interne et d'améliorer la logistique.
- Les autres comptes : il s'agit des petites industries et des réparateurs divers (garagistes, par exemple), qui ont besoin de roulements en remplacement de composants hors d'usage. Cette clientèle est servie par les distributeurs.

Les ventes effectuées par le canal des distributeurs se sont élevées à 1,53 milliards de francs en 1995, 1,43 milliards en 1996, et 1,4 milliards en 1997, soit environ un milliard de francs, aux prix fabricants. En 1997, les produits SKF représentaient 22 % de ces ventes, ceux d'INA, 19 %, SNR, 12 %, FAG, 8 %, SNK RHP, 7 %, et Timken, 5 %.

En 1996, les groupes de distributeurs réalisaient 62 % de ces ventes, neuf grands distributeurs indépendants, 17 %, et environ deux cents petits distributeurs indépendants, le solde.

5. Les distributeurs

Leur nombre peut être estimé à environ 250, de taille très variable, implantés localement depuis de nombreuses années. Ce sont des grossistes en fournitures industrielles diverses (pièces mécaniques, courroies, joints, moteurs électriques, outillage, lubrifiants...). La revente de roulements représente, en moyenne, de 10 à 20 % de leur chiffre d'affaires, à l'exception de Roulement Service qui s'est spécialisé dans la vente de roulements.

Depuis une dizaine d'années, on assiste à une réduction de leur nombre et à la constitution de groupes nationaux. L'émergence de ces groupes de distribution s'est réalisée soit par rachat de distributeurs indépendants, soit par création de points de vente, soit par regroupement d'indépendants. Auparavant, chaque distributeur représentait exclusivement un seul fabricant de roulements. Mais le mouvement de concentration et l'arrivée des fabricants asiatiques, puis est-européens, ont favorisé la diversification des marques commercialisées. Toutefois, on retrouve une certaine spécialisation par marque au niveau des diverses agences d'un groupe de distributeurs.

Les distributeurs concernés par les pratiques décrites ci-après sont les suivants :

Le Groupe Orefi et sa filiale Trumel : basé à Lyon, il dispose de 70 points de vente répartis sur l'ensemble du territoire et distribue des équipements et des pièces de rechange relevant de la mécanique. Les filiales ou agences OREFI, situées en Ile-de-France, sont des distributeurs FAG, celles de la région Franche-Comté représentent SKF et celles de la région Languedoc-Roussillon, SNR.

Le groupe Martin-Belaysoud et ses filiales, Binetruy et Vulin, distribuent des équipements et des pièces de rechange relevant de la mécanique, du sanitaire et du thermique. La maison-mère Martin-Belaysoud est distributeur agréé SKF. Les principales filiales du groupe sont SNC Binetruy, distributeur SNR à Besançon, et SA Fayard, distributeur NSK- RHP à Saint-Etienne.

La société Doucet a son siège à Grenoble. La société distribue des équipements et des pièces de rechange relevant de la mécanique dans les secteurs de l'automobile et de l'industrie. Elle est distributeur agréé SKF depuis 1969. Sa zone de chalandise couvre l'Isère et ainsi que le département de la Savoie.

La société Efrapo a son siège social à Strasbourg. Elle est distributeur agréé FAG et dispose de plusieurs agences. Sa zone de chalandise couvre la Meurthe-et-Moselle, la Moselle, le Bas-Rhin, le Haut-Rhin et le Jura.

La société Loudet, installée à Montélimar, est distributeur agréé SKF et dispose également de plusieurs agences. Elle opère sur les départements de l'Ardèche, de l'Aude, des Bouches-du-Rhône, de la Drôme, du Gard et du Vaucluse.

■ B. - Les pratiques relevées

1. Les hausses des tarifs «distributeurs» et la fixation des remises

a) Les modes de fixation des prix, des remises et des bonus

Chaque fabricant édite un catalogue des produits référencés, avec un prix unitaire variable selon les quantités commandées. Ces documents ont des dénominations différentes selon les entreprises :

- FAG-France : liste de prix nets distribution au 08 juin 1998,
- NTN : tarif 951,
- INA : tarif 95/01 G),
- SKF : barème d'achats des distributeurs agréés industrie,
- SNR : liste de prix LP794.

Les prix nets facturés aux distributeurs sont fixés à partir des prix catalogue, desquels sont déduits plusieurs remises : une remise ordinaire de distribution, de l'ordre de 30 à 75 % ; des remises techniques (nombre de lignes de commandes, commande via l'informatique, chaîne d'intervenants..) ; des remises diverses (par client pour aider l'obtention d'une affaire, promotionnelle, ...). A ces remises s'ajoute un jeu de bonus répartis sur l'année en fonction des efforts et des performances du distributeur. Les hausses sont appliquées en général à toute la gamme des roulements, hausses dites linéaires, mais peuvent aussi différer selon les produits, et sont alors annoncées comme étant «pondérées».

b) Les hausses des tarifs de référence des fabricants appliquées en 1993/1994, 1995 et 1998

Les pièces du dossier mettent en évidence quatre vagues de hausses parallèles des tarifs établis par les fabricants à l'attention des distributeurs : 3 % au dernier trimestre 1993, 4,5 % au second trimestre 1994, 4,5 % au premier semestre 1995, 3,5 % en 1998.

Pour INA :

L'agence Sonotec, distributeur à Dijon, a communiqué un courrier du 07/12/93 émanant de la société INA Roulements faisant état d'une hausse de 3 % applicable à partir du 17/01/94 (cote 28).

CRD, distributeur à Grenoble, a communiqué une lettre de la société INA, en date du 23/06/94, l'informant d'une hausse de 4,50 % à compter du 01/07/94 (cote 40).

Par courrier du 27/02/95, INA informe Sonotec d'une hausse de 4,50 % de son tarif distribution GL 94 pour toute commande à compter du 03/04/95 (cote 49).

INA fait état dans une note interne du 23/12/97 d'une hausse de 3 % prévue pour mars 1998 (cote 63).

Pour SNR :

SNR a annoncé à l'agence Sonotec, par courrier du 4 novembre 1993, une hausse moyenne pondérée de 3 %, à compter du 3/1/94 (cote 27).

Par courrier du 17/06/94, elle informe la société IMA d'une hausse de 4,5 % à compter du 11 juillet 1994 (cote 35).

Le 01/02/95, elle annonce par courrier circulaire une hausse de 4,50 % à compter du 1^{er} mars 1995 (cote 52).

Un document saisi dans le bureau de M. Pinchon, directeur marketing SNR, daté du 29/09/97, fait état des dates d'annonce et d'effet d'une hausse de 3,5 % des tarifs des principaux concurrents de la société SNR, et, pour cette société, indique que cette hausse sera annoncée le 15/12/97, avec effet au 01/02/98 (cote 76).

Pour FAG :

Deux circulaires de FAG, datées du 11/10/93, indiquent *« nous avons entrepris depuis deux ans, une harmonisation européenne de nos prix et la dernière étape nous amène à appliquer, à compter du 2 novembre 1993, une hausse moyenne pondérée de »*, concluant pour l'une, à une hausse de 3 %, et pour l'autre, à une hausse de 4,5 % (cotes 25 et 26).

FAG a adressé à l'ensemble de ses distributeurs un courrier daté du 8/6/94 annonçant une hausse des tarifs de 4,50 % à partir du 1^{er} juillet 1994 (cote 41).

Le 31/01/95, elle a adressé un courrier type à ses distributeurs les informant d'une hausse tarifaire de 4,50 % sur toutes les livraisons à partir du 20 février 1995 (cote 50).

Par courrier du 27/09/95, FAG annonce une hausse linéaire de 5 % sur toutes ses livraisons à compter du 06/11/95 (cote 54).

Une lettre circulaire de FAG aux distributeurs annonce le 20/10/97 une hausse linéaire de 3,5 % à compter des livraisons au 20/1/98 (cote 60).

Pour SKF :

Par courrier du 20/10/95, SKF a récapitulé les hausses de tarifs distributeurs qu'elles a annoncées au cours de la période : une hausse de 3,2 % le 01/01/93, une hausse de 3 % le 15/11/93, une hausse de 4,5 % le 20/06/94 et une hausse de 4,5 % le 06/02/95 (cote 56). Une lettre du 07/10/97 annonce cette dernière hausse (cote 44). La hausse du 20/06/94 est mentionnée dans un courrier du 31/05/95 (cote 34).

Une lettre circulaire de SKF aux distributeurs annonce le 1/10/97 une hausse linéaire de 3,5 % linéaire à compter des livraisons au 1/1/98 (cote 57).

Pour NTN :

NTN a annoncé, le 20 juin 1994, le relèvement de son tarif 932 «distributeur» de 4,50 %, hausse entrant en vigueur au 11/7/94 (cote 31).

Une lettre circulaire de NTN aux distributeurs annonce le 17/12/97 une hausse linéaire de 3,5 % linéaire à compter des livraisons au 16/2/98 (cote 62).

Tableau 1 : Récapitulation des hausses annoncées

Tarif	Date d'annonce	Date d'effet	Hausse notifiée
FAG	11/10/93	02/11/93	3,0 %
SNR LP 194	04/11/93	03/01/94	3,0 %
SKF		15/11/93	3,0 %
INA 94/01G	07/12/93	17/01/94	3,0 %
FAG	08/06/94	01/07/94	4,5 %
SNR	17/06/94	11/07/94	4,5 %
SKF	31/05/94	20/06/94	4,5 %
INA	23/06/94	01/07/94	4,5 %
NTN	20/06/94	11/07/94	4,5 %
FAG	31/01/95	20/02/95	4,5 %
SNR	01/02/95	01/03/95	4,5 %
SKF	07/10/94	06/02/95	4,5 %
INA	27/02/95	03/04/95	4,5 %
FAG	27/09/95	06/11/95	5,0 %
SKF	01/10/97	01/01/98	3,5 %
FAG	20/10/97	20/01/98	3,5 %
SNR	15/12/97	01/02/98	3,5 %
INA	23/12/97	03/98	3 %
NTN	17/12/97	16/02/98	3,5 %

c) Les déclarations et les documents recueillis sur les hausses de tarifs

Plusieurs déclarations et documents recueillis semblent attester d'une volonté d'harmonisation des tarifs distributeurs des différents fabricants et de l'existence d'échanges d'information préalables aux annonces des hausses aux distributeurs :

Dans un procès-verbal du 5 janvier 1999, M. Le Dosseur, PDG de la société INA Roulements, déclare : «Enfin, s'agissant des échanges d'information avec certains de nos concurrents fabricants : Il est à noter que cette situation n'a rien d'exceptionnel ni de répréhensible à mes yeux. En effet, le produit faisant l'objet d'une normalisation, les tarifs des producteurs de roulements ont toujours été similaires ou positionnés sur ceux des leaders SKF, FAG, SNR (notamment sur le marché allemand). Concernant les roulements à aiguille, notre spécialité, le positionnement des tarifs des fabricants s'est toujours opéré par rapport au tarif INA Allemagne. En outre, la recherche

d'une harmonisation des tarifs bruts ne me paraît pas constituer une pratique contraire aux règles de la concurrence. En effet, sur la base de ces tarifs bruts, nous consentons des remises de l'ordre de - 50 % à - 70 % et donc la concurrence s'exerce au travers des prix nets qui en résultent. Je considère également ne pas commettre de faute en annonçant, à l'occasion d'une réunion entre confrères à la chambre syndicale, la date et le taux de hausse applicables à mon prochain tarif.» (cote 3 à 9).

Un document manuscrit, daté du 06/09/93 et établi par M. P. Kempf, directeur réseau France de la société SNR, a été saisi dans les locaux de la société SNR le 26 mars 1998 (cote 479 à 481). Il porte la mention «*Confidentiel*» :

PIECE 1

«Tarif 94

K France (lire SKF FRANCE) a reçu des instructions de Suède :

- hausse au 1.10.93 de + 3 % minimum

(...)

Décision K. France

- application au 1.11.93

- réserves sur le niveau de 3 % eu égard à la faible inflation en France

- établissement des documents suivants :

- 1. 1 tarif confidentiel pour ses distributeurs (...)*
- 2. 1 tarif publié à diffusion restreinte (...)*
- 3. 1 barème d'achat à l'usage des distributeurs (8000 références) avec prix nets calculés avec des remises de 56 % si Q mini faible ou non respectée*

ou 60 % remise générale

ou 64 % pour les prof

En fait, la «fameuse» remise de 65,6 % devient remise 60 % et les + 10 % accordés aux «prof» -> 64 %

- Au 1.1.94, avec la suppression des aides, K fera bénéficier ses distributeurs 1 amélioration de 10 % sur ses superstandard ce qui mettra les prof à 67,6 % et les autres à 64 %

Décision FAG FRANCE

- suit la méthode K en souhaitant

- un rendement net de 3 % mini (...)

- une harmonisation commune des super standard

Ce que nous demandent K et FAG

être les premiers à sortir 1 tarif au 1/11/93 (surtout FAG) en prenant comme référence le tarif allemand et en appliquant les mêmes remise qu'eux cad

60 % sur remise générale

64 % sur les prof...»

M. Paul Bordeaux, directeur commercial SNR, et M. Paul Kempf, déjà cité ci-dessus, déclarent dans un procès-verbal du 2 décembre 1998 :

«Les fabricants de roulements NSK, Koyo, FAG, SKF et nous-mêmes se sont rencontrés le 17 décembre 1993. Cette réunion a eu lieu dans un café de la région parisienne dont on ne se rappelle plus l'adresse... lors de cette réunion, SKF a remis à l'ensemble des participants présents des grilles de remises maximums qu'il aimerait bien voir appliquer par les participants... le représentant FAG a remis une grille de remises établie par sa maison-mère en Allemagne, suggérant aux participants de s'en inspirer (...).

Effectivement courant septembre 1993, SKF et FAG ont demandé à SNR de sortir le tarif 94, applicable en 94, le 1.11.93 et d'appliquer les mêmes remises commerciales qu'eux. Cette demande n'a pas été suivie d'effet par SNR. Cette demande de la part de SKF et FAG à notre égard s'est déroulée de manière informelle, vraisemblablement à l'issue d'une rencontre dans un salon professionnel. M. Kempf a fait un résumé de différentes informations recueillies auprès de plusieurs sources (distributeurs, SKF, FAG) par un compte-rendu de 3 pages daté du 14/9/93 intitulé «tarif 94», document qui a été saisi par la DGCCRF le 26 mars 1998 dans le bureau de M. Bordeaux SNR Annecy.» (cote 69 à 71).

La grille FAG, citée ci-dessus, est datée du 12 août 1993, et précise les taux de remises applicables en fonction des types de produits, du mode de distribution et du pays (cote 83 à 84).

Une note manuscrite, saisie dans le bureau de M. Pinchon, responsable marketing SNR, datée du 29/09/97 (cote 76), comporte les annotations suivantes :

PIECE 2

«Hausse tarif +3,5 % !! 1/1 ou 1/3 distribution

K 1/1 F 19/1 T1/2 INA 1/3

6 semaines avant tarif information

SNR application 1/2 info 15/12 diffusion 1/1»

Ce document est à rapprocher des dates d'effet des hausses de 3,5 % annoncées par les principaux fabricants fin 1997 : pour SKF, 01/01/98 ; pour FAG : 19/01/98 ; pour Timken : 01/01/98 ; pour INA : 01/03/98 ; pour SNR : 01/02/98.

M. Rey, responsable de l'agence Roulement Service de Clermont-Ferrand, distributeur de roulements FAG et SKF, déclare :

«En début d'année 1998, il y a eu une hausse identique chez nos fournisseurs FAG et SKF. Je suis sûr qu'il y a eu une entente entre ces 2 sociétés pour fixer un prix marché équivalent. Pour une référence donnée, il y a le même prix chez FAG et SKF. Ce prix de base est le prix d'achat net remises... Un écart de prix entre ces produits serait forcément préjudiciable à la marque qui resterait à un prix plus élevé.... Les clients sont de moins en moins fidèles à une marque» (cote 306).

Un ancien responsable des achats chez Péchiney, Monsieur Verstraet, déclare :

«Une hausse de 9 % sur les produits standard a été signifiée en juillet 2000 aux distributeurs et à la direction des achats de Péchiney. Les principaux auteurs de cette hausse sont FAG, SKF et SNR. Cette concomitance des hausses, s'ajoutant à de longues constatations depuis 1994, est trop flagrante pour être considérée comme aléatoire ou innocente. Un groupe comme Péchiney se trouve dans l'impossibilité de négocier à ces occasions là et leur seule possibilité est d'introduire un fabricant japonais qui ne suit pas ces mouvements» (cote 422).

d) Les échanges d'informations sur le niveau des remises consenties aux distributeurs

Le PV de déclaration de MM. Bordeaux et Kempf, cité ci-dessus (cote 69 à 71), et la note manuscrite saisie le 26 mars 1998 chez SNR (cote 479 à 481) montrent que les échanges d'informations sur les hausses des tarifs bruts distributeurs étaient doublés d'échanges d'informations sur le niveau des remises faites aux distributeurs. D'autres documents et déclarations font état de ces échanges.

Un compte-rendu de réunion du 17 décembre 1993, établi par MM. Bordeaux et Kempf (cote 77 à 85), contient les précisions suivantes :

PIECE 3

«3) Distribution

K (lire SKF), FAG et SNR ont signalé à M. Constant que le 72 % accordé sur toute la gamme était à revoir (écart de l'ordre de 20 % avec nos cota-tions)

Un nouveau tarif NSK/RHP devrait voir le jour au 1/4 !!

4) Grilles

K (lire SKF) a remis à tous les participants les 3 grilles ci-jointes (guide pour servir de garde-fou).

A appliquer sur le tarif K (lire tarif SKF)

Excellent outil mais pas de décisions de la part des intéressés...

5) NTN

Il nous est demandé, comme à tous, de se plaindre de l'attitude de NTN !».

M. Constant était, à l'époque des faits, directeur général de la société NSK-RHP.

Les grilles SKF, dont il est question dans la déclaration ci-dessus, précisent les taux de remises (R 63, R60, ...) en fonction :

- du secteur de l'acheteur (mécanique générale, constructeurs, moteurs électriques),
- du montant facturé (moins de 15 KF, entre 15 et 100 KF, plus de 100 KF),

Décisions / 02-D-57

697

- du potentiel d'achat annuel du distributeur : (moins de 50 KF, entre 50 et 200 KF, de 200 à 500 KF, plus de 500 KF).

Suivant le cas, les remises varient de 61 à 77 %.

En pied de tableau, figure la mention «*Les remises indiquées sont des valeurs maxi*» (cote 80 à 82).

Au cours de la même réunion du 17 décembre 1993, FAG a remis une grille de remises établie par sa maison-mère en Allemagne, suggérant aux participants de s'en inspirer : [Cf. déclarations de MM. Paul Bordeaux, directeur commercial SNR, et Paul Kempf, directeur réseau France SNR, relatées dans le procès-verbal du 2 décembre 1998, cotes 69 à 71 et pièces figurant à la cote 83-84].

M. Cateland, PDG de la société Centre roulement Dauphiné témoigne également : «*En mars 1995, NSK-RHP a baissé son tarif général de 10 à 15 % suivant les lignes de produit et a également réduit ses remises sur factures de 72 % en 1994 à 67 % en 1995. Cette double baisse a été adoptée par SKF en vue d'harmoniser les prix de marché français avec les prix des marchés européens. Cette pratique a été réalisée dans le but de contrecarrer les importations parallèles de produits SKF uniquement en ce qui concerne les roulements standard à savoir les roulements à bille et les roulements à rouleaux cylindriques. SNR a également adopté cette stratégie commerciale : baisse de tarif général 1995 et baisses des remises*» (cote 37 à 38).

e) Évolution comparée des prix d'une référence standard

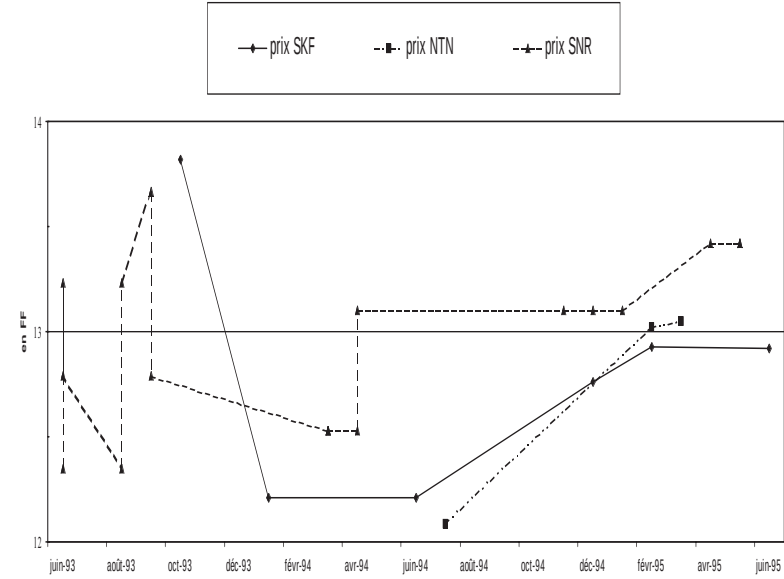
Les prix nets facturés aux distributeurs par SKF, NTN et SNR ont été comparés pour un roulement à bille standard, référence 6203-2RS, sur la période 1993-1995 :

Tableau 2

6203-2RS1 (SKF) facture et date	Quantité	PU net HT	PU catalogue
facture Thome du 27/10/93	100	13,82	
facture Brie Transmission du 07/01/94	150	12,21	
facture Thome du 29/06/94	120	12,21	
facture Thome du 06/12/94	120	12,76	
facture Thome du 16/02/95	120	12,93	
facture Thome du 12/06/95	120	12,92	
facture Martin-Belaysoud du 01/09/98	60	15,15	16,46
6203-LLU 15 AU1 (NTN)			
facture michaud-chailly du 13/07/94	100	12,09	44,5
facture michaud-chailly du 10/02/95	30	13,02	43,5
facture michaud-chailly du 28/03/95	130	13,05	43,5
facture michaud-chailly du 31/03/95	200	13,05	43,5
6203-EE (SNR)			
facture safim du 11/06/93	150	12,35	44,1
facture SCMR du 18/06/93	40	13,23	44,1

	Quantité	PU net HT	PU catalogue
facture OREFI du 30/06/93	200	12,79	44,1
facture safim du 20/08/93	200	12,35	44,1
facture SCMR du 31/08/93	100	13,23	44,1
facture valoutil du 17/09/93	50	13,67	44,1
facture carrière du 24/09/93	200	12,79	44,1
facture safim du 25/03/94	120	12,53	46,4
facture OREFI du 31/03/94	200	12,53	46,4
facture carrière du 31/03/94	1	12,53	Facture non prise en compte car quantité insuffisante
facture valoutil du 08/04/94	200	12,53	46,4
facture valoutil du 14/04/94	100	13,1	46,4
facture safim du 09/11/94	150	13,1	43,2
facture carrière du 09/12/94	200	13,1	43,2
6203-2RS1 (SKF) facture et date			
facture safim du 20/01/95	900	13,1	43,2
facture OREFI du 21/04/95	200	13,42	43,3
facture SCMR du 12/05/95	20	13,42	43,3
facture Valoutil du 16/05/95	2	14,76	Facture non prise en compte car quantité insuffisante
facture Safim du 26/05/95	140	13,42	43,3

Graphique 1
Evolution prix facturés distributeur 6203-2RS



Le graphique ci-dessus, pour ce produit très vendu, montre que la fourchette des prix sur la période 1993-1995 se situe entre 12 et 14 FF HT. A partir de décembre 1994, les prix deviennent tous très proches de 13 FF HT.

2. Les hausses de prix appliquées à des clients industriels

Une partie de la clientèle industrielle, dite de première monte, est desservie par les distributeurs ou par les fabricants directement.

Le compte-rendu d'une réunion qui s'est tenue le 17 décembre 1993, rédigé par P. Kempf, directeur réseau France SNR (cote 77 et 78), donne les précisions suivantes :

PIECE 5

«Présents : NSK, Koyo, FAG, SKF, SNR

«1) Résultats dossier Leroy-Sommer

Une hausse de 2,5 % a été passée par tous les compétiteurs.

Résultats des courses :

NSK passe de	12 MF à 9 MF
Koyo	5 à 4
FAG	2 à 1,6
SKF	12 à 10,5
NTN	?

La part d'ISO en rlts coréens KBC et polonais CLT aurait sérieusement augmenté de façon à ce qu'en global le responsable des achats Leroy-Sommer puisse présenter un bilan sans hausse de prix....

2) Autres dossiers évoqués : USOCOME, KUHN, ICBT

N'avons pas évoqué les prix 94 symbole par symbole compte tenu de l'absence de NTN qui ne semble plus vouloir participer à ces réunions....

USOCOME

Avons échangé sur les parts de chacun (sauf NTN) et retenu un mini de hausse de 2 %.

KUHN

Avons retenu une hausse de 3 %....

3. L'organisation des réseaux de distribution

Les réseaux de l'est et du sud de la France de trois fabricants de roulements SKF, SNR et FAG ont fait l'objet d'une enquête auprès des distributeurs et des fabricants.

a) Le fonctionnement du réseau SNR

Selon les déclarations recueillies, il n'existe pas de contrat écrit qui formalise les relations commerciales entre SNR et ses distributeurs. M. Thi, responsable des achats des Etablissements Guiffray déclare : *«... il n'y a pas de contrat de distribution écrit qui nous lie à SNR...»* (cote 160).

De même, M. Guy Rivalan, de la société CMTPI confirme : *«... il n'y a pas de contrat écrit entre SNR et nous-mêmes.....»* (cote 196).

Les distributeurs agréés par SNR bénéficient d'une exclusivité de vente sur un territoire, généralement un département ou une partie de ce département. Plusieurs déclarations attestent du caractère absolu de cette exclusivité, le fabricant retirant au distributeur tout appui technique et/ou commercial dès lors que la vente se situe *«hors zone»*.

M. Michel Bricotte, PDG de la société Sonotec, déclare dans un procès-verbal du 19 octobre 1995 : *«...nous avons une zone géographique que nous respectons. Pour SNR, nous avons le territoire de la Côte d'Or.... nous évitons d'en sortir car en cas de problèmes techniques, le fabricant n'assurera pas d'assistance technique...»* (cote 152).

M. Thi, déjà cité ci-dessus, témoigne également : *«... nous sommes distributeur agréé SNR... notre zone géographique est l'est de l'Isère et quelques communes limitrophes de la Loire, du Rhône et de la Drôme. Si un client hors de cette zone décide d'ouvrir un compte... pour acheter du SNR nous le renvoyons systématiquement sur le distributeur SNR local. Cette exclusivité territoriale est renforcée par le fait que SNR retire son assistance technique pour un client hors zone...»* (cote 160).

M. Gruel, de la société Vulin confirme : *«... Vulin a toujours distribué la carte SNR sur le sud de la Saône-et-Loire, en-dessous d'une ligne Le Creusot-Tournus. Sur le nord de la Saône-et-Loire, donc au-dessus de la ligne précédente, le distributeur SNR est CMTPI.... Le Creusot dépend du territoire de CMTPI, Tournus fait partie de notre zone. Les territoires sont bien partagés entre nous et CMTPI. L'arbitrage se fait par SNR qui retire son appui technique à tout distributeur qui intervient hors de cette zone ou chez un client déjà référencé chez un distributeur SNR concurrent. Si par ailleurs, on demande un prix spécial pour de gros potentiels, SNR demandera l'identité du client et décidera qui, de Vulin ou de CMTPI, sera aidé sur ce client.... Si un client lyonnais nous démarche pour acheter du SNR, nous le renvoyons sur le distributeur local SNR....»* (cote 192).

De même, M. Guy Rivalan, déjà cité ci-dessus, déclare : *«Notre zone de vente définie avec le fournisseur couvre la partie nord de la Saône-et-Loire, Mâcon et le sud du département étant réservés à Vulin. Si on sort de la zone concédée, le fabricant nous retire toute assistance technique. Si un client hors zone nous démarche pour une commande importante, nous prévenons SNR pour savoir si on le livre ou si c'est le distributeur local qui prendra l'affaire...»* (cote 196).

M. Klesse, directeur de la société Binetruy à Besançon, soutient également : *«Pour tous les territoires respectifs de nos cinq agences, nous avons l'appui*

technique du fabricant SNR. Effectivement, nous n'avons pas cet appui technique dans le nord de la Saône-et-Loire où est présent un distributeur SNR, à savoir CMTPI. Egalement, nous n'avons pas cet appui technique sur les départements limitrophes tels que les Vosges, la Marne, le Haut-Rhin, l'Ain, le Rhône, la Nièvre qui sont approvisionnés par d'autres distributeurs SNR. Il se vend en effet du roulement SNR sur nos territoires par des distributeurs SNR qui n'ont pas d'appui technique sur ces territoires.» (cote 204).

La déclaration de M. Paul Kempf, responsable du réseau France SNR, corrobore les témoignages des distributeurs : *«Sur le marché de la pièce de rechange, SNR a un réseau de 200 à 250 distributeurs. Il n'y a pas de contrat écrit de distribution. Ils ont en général un territoire de vente qu'ils ont construit en fonction de leur stratégie commerciale. Si SNR est d'accord avec la zone ainsi définie, il apportera un appui technique et commercial à ce distributeur uniquement sur cette zone. Les distributeurs peuvent vendre des roulements SNR en dehors de leur zone mais SNR ne participera pas à des visites en clientèle hors zone. Par exemple, le distributeur SCMR, distributeur SNR dans le Rhône, a ouvert des agences à Grenoble et à Annecy pour lesquelles SNR n'apportait pas d'appui technique à l'origine, compte tenu des distributeurs déjà en place. De même, le distributeur Guiffroy, distributeur SNR à Vienne, vend des roulements SNR à des usines de tissage de Castres et ce, sans l'appui de SNR. Il y a une troisième catégorie de revendeurs qui peuvent acheter du roulement SNR mais toujours sans notre appui : par exemple, Centre Roulement, distributeur SKF à Clermont Ferrand ou Baret, distributeur NSK-RMP à Lyon. En PACA, nous avons plusieurs distributeurs : Dubuisson dans les Bouches du Rhône et le Var, Azur Roulement dans le Vaucluse, Orefi Sud dans les Bouches du Rhône, le Gard, Nice Roulements dans le 06. Chacun de ces distributeurs dans sa zone de chalandise bénéficie de l'appui de SNR. Dans le Gard, Dubuisson a gardé 2 clients : Perrier et Salins du Midi qu'ils avaient depuis toujours. Nous apportons effectivement à Dubuisson pour ces 2 clients notre appui technique.» (cote 216).*

b) Le fonctionnement du réseau SKF

Les relations commerciales entre SKF et ses distributeurs sont formalisées par un contrat de distributeur industrie agréé SKF, dénommé *«Passeport pour l'avenir»* (cote 118 à 122). Ce contrat prévoit l'exclusivité de vente sur un territoire convenu.

La clause 3.1 de ce contrat de distribution précise que :

«... dans sa zone de chalandise (zone d'activité et zone d'action), le distributeur agréé s'engage à :

*avoir une bonne connaissance du marché ;
s'assurer une part de marché significative ;
être un relais d'information entre le marché et SKF.»*

Cette zone de chalandise, dont il est fait mention au contrat, n'est jamais précisée au plan géographique, mais correspond généralement à un département.

Sous la rubrique *«article 3-7, fidélité»* du contrat standard de distributeur agréé SKF, il est précisé que le distributeur agréé s'abstiendra de promouvoir des produits directement concurrents. Selon SKF, le seul distributeur dont le contrat fut

rompu en application de la clause de fidélité était les Etablissements Vast et cette rupture eut lieu en 1988. M. Monnet Claude, gérant de la société Mogra, distributeur SKF depuis 1984, déclare cependant, le 4 février 1999 : *«Depuis juillet 1998, je suis devenu distributeur FAG. Ayant fait ce choix, je sais que SKF me retirera sa carte d'ici fin 99. SKF ne tolère pas en effet qu'un distributeur puisse distribuer une carte concurrente (...) SKF ne tolère pas qu'un distributeur puisse distribuer plus de 10 % de son chiffre d'affaires roulement dans une marque concurrente...»* (cote 335). Chaque année, SKF demande à ses distributeurs agréés de remplir un questionnaire concernant les achats en roulements effectués auprès des concurrents.

Sous la rubrique *«article 3-10, rétrocessions»* du contrat standard de distributeur agréé SKF, il est précisé que le distributeur agréé s'abstiendra de vendre les produits contractuels à des distributeurs non agréés SKF.

Une autre pratique en vue d'encourager la fidélité des distributeurs à la marque SKF est d'octroyer un bonus de 5 % sous forme de ristournes, dit support de marques. Pour en bénéficier, le distributeur doit s'abstenir de faire de la publicité sur les marques concurrentes et limiter son chiffre d'affaires avec elles.

Les ventes hors zones exclusives ne bénéficient pas de l'assistance technique du fabricant, comme en attestent plusieurs déclarations :

M. Monnet, déjà cité ci-dessus, déclare : *«Si je vends en dehors de cette zone, SKF ne me donne pas son appui»* (cote 335).

M. Tardieu, de la société Loudet, précise : *«Nous sommes distributeur agréé SKF sur les 3 agences de Valence, Avignon et Nîmes et également sur Montélimar. Sur ces quatre zones, nous bénéficions de l'appui technique de SKF (étude d'un produit, assistance au montage, problème de garantie...). Nous sommes les seuls à en pouvoir bénéficier. Sur les produits banalisés de la gamme SKF, produits série 6000, les distributeurs SKF se concurrencent sans respecter la zone de chalandise. Nous le faisons sur les agglomérations de Marseille et Montpellier. Sur les produits spécifiques SKF, roulements série 24000 ou roulements qui ont une fonction stratégique, les zones de chalandise sont respectées car les clients ne s'engageront qu'avec le distributeur officiel local»* (cote 180).

M. Michel Basset, de la société Martin-Belaysoud, confirme :

«Nous sommes distributeur agréé SKF dans le département de l'Ain depuis une vingtaine d'années. Nos commerciaux démarchent les clients de ce département et également des départements limitrophes de l'Ain. Les livraisons que nous faisons hors du département de l'Ain ne peuvent bénéficier de l'assistance technique de SKF. Ainsi sur l'Ain, nous bénéficions de l'assistance technique de SKF pour nos clients de ce département...» (cote 172).

M. Longeroche, directeur général de l'agence Centre Roulement à Clermont-Ferrand :

«SKF nous apporte son assistance technique sur le 63 et le 03. Sur les autres départements, nous livrons sans l'appui technique de SKF. Cet appui technique, lorsqu'il nous est retiré par SKF, nous dissuade de livrer hors zone» (cote 66).

M. Caron, de la société Tremeau Industrie : *«TREMEAU a une zone d'activité limitée au département de la Saône-et-Loire. Il est vrai que SKF nous retirerait son appui technique si on sortait de la Saône-et-Loire, aussi sommes-nous moins tentés de prospecter en dehors de ce département»* (cote 208).

M. Amet, de la société Trumel Orefi :

«Mon territoire de vente pour les produits SKF est limité au département du Doubs. Il n'y a pas d'autres distributeurs agréés SKF sur ce territoire. On est le seul distributeur à pouvoir bénéficier de l'appui technique de ce fabricant pour les clients situés dans le Doubs (visite en clientèle, préconisation et étude de produits...). Il nous arrive de vendre des produits SKF à la demande de clients situés dans des départements limitrophes (21, 239, 70) sans l'appui technique du fabricant. Ces ventes portent uniquement sur des produits standards et jamais sur des produits stratégiques. Nous ne prospectons pas de clients dans le pays de Montbéliard pour la vente de roulements SKF car d'autres distributeurs tels que Roulement service et Schoefflé sont agréés SKF dans la région de Montbéliard» (cote 220).

M. Conon, responsable de l'agence Sonotec :

«... l'agence Sonotec Dijon distribue officiellement les roulements SKF... sur la Côte d'Or... effectivement nous ne démarchons pas de clients hors Côte d'Or pour la vente de roulements car SKF nous retirerait son assistance technique pour de telles ventes...» (cote 176).

M. Lavarello, chef de l'agence Roulement Service à Châlon-sur-Saône :

«.. Effectivement, sur la Nièvre et le Jura, existent des distributeurs officiels SKF tels que CETIB à Nevers et Berger à Lons-le-saunier. Il est vrai que SKF ne nous accompagnera pas en clientèle ou ne nous apportera pas d'appui technique sur le terrain dans ces 2 départements. Les fabricants essaient de maintenir des territoires par distributeurs mais cela ne gêne pas forcément Roulement Service» (cote 212).

M. Barnier, PDG de la société Doucet, a fait, à quelques années d'intervalle, deux déclarations contradictoires : *«Mon territoire se situe dans l'Isère et dans un rayon de 50 km autour de Grenoble. Je suis également distributeur SKF sur la Savoie et là, mon rayon d'action s'étend sur tout ce département»*, (PV de déclaration du 25 octobre 1995, cote 472) ; *«Je suis distributeur agréé SKF sur l'Isère et la Savoie. Je ne démarque pas de clients en dehors de ces deux départements. Toutefois, si un client hors de ces deux zones me sollicite, je lui vends»*, (PV de déclaration du 24 juin 1998, cote 330-331).

c) Le fonctionnement du réseau FAG

La société FAG France a mis en place un contrat de distribution au cours de l'année 1998. Auparavant, il n'existait pas de contrat écrit entre FAG et ses distributeurs et la politique de la société se résumait ainsi selon les déclarations de M. Schilder François, chef de département de la société FAG : *«Je considère que mes distributeurs n'ont pas de territoire concédé. Ils ne sont pas exclusifs. Nous n'acceptons pas qu'un distributeur fasse la promotion d'une marque telle que SKF ou SNR ou NTN»* (cote 288).

Le contrat standard FAG prévoit une exclusivité d'approvisionnement (cote 253 à 284) :

«Article 1 : 1.1. FAG concède au distributeur le droit non exclusif de commercialiser les produits FAG.. «contractuels». (...)

1.3.. le distributeur s'approvisionnera exclusivement chez le distributeur pour les produits contractuels... (...)

Article 4 : Le présent contrat étant non exclusif, FAG est en droit de vendre directement à la clientèle.»

Tant les distributeurs que les sous-distributeurs ont un territoire de vente concédé qui n'est pas précisé dans le contrat de distribution FAG mais qui est admis en pratique par les distributeurs. Pour les ventes en dehors de ce territoire, FAG n'assure pas l'assistance technique comme en témoignent de nombreuses déclarations de distributeurs :

Mme Barbieux, cadre commercial de la société ACBI, à Châlon sur Saône : *«A l'origine, ACBI était distributeur officiel FAG. Courant 1995, un litige commercial a eu lieu entre FAG et ACBI. FAG nous reprochait une baisse de nos achats vis-à-vis de cette marque ainsi que le développement de la carte concurrente NSK-RHP... Du temps où nous étions distributeur officiel FAG, nous n'avions que la Saône-et-Loire comme territoire de vente. Si l'on sortait de ce département, FAG nous retirait son assistance technique»* (cote 297).

M. Gauthier, responsable de l'agence Transmissions Stocks à Auxerre : *«Pour la distribution de roulements FAG, l'agence d'Auxerre a comme territoire l'Yonne, plus précisément Auxerre et le sud du département. Une autre agence, située à Sens... a le nord du département comme zone de chalandise. Il est vrai que FAG nous retire tout appui technique et/ou commercial si l'on souhaite concrétiser des ventes hors zone, même à la demande des clients»* (cote 224).

M. Malon, de la société Gagneur à Montmorot : *«Je suis distributeur FAG sur le bassin lédonien (plaine du Jura Sud). Sur le Haut-Jura, il y a un autre distributeur FAG à Morez, à savoir Luquot Outillage. Sur mon territoire, je bénéficie de l'appui technique de FAG.»* (cote 301).

M. Luquot, PDG de la société Luquot Outillage à Morez : *«FAG a été d'accord pour me donner la carte sur le Haut-Jura (Morez, St Claude, Champagnole). En accord avec FAG, je respecte ce territoire de distribution pour le roulement. Je ne sors pas de ce territoire car je ne bénéficierai pas de l'appui technique du fabricant en dehors de ma zone»* (cote 200).

M. Monnet, déjà cité ci-dessus : *«Depuis 1984, je suis distributeur SKF. Ma zone de chalandise sur laquelle je bénéficie de l'appui technique et éventuellement de prix aidés de la part de ce fabricant est la Haute-Saône et les 2 arrondissements du sud du Doubs (Pontarlier, Besançon). Si je vends en dehors de cette zone, SKF ne me donne pas son appui. Depuis juillet 98, je suis devenu distributeur FAG. Ayant fait ce choix, SKF me retirera sa carte d'ici fin 99... Pour la distribution des roulements FAG, j'ai gardé le même territoire que j'avais avec SKF. FAG pratique la même politique d'appui technique que SKF suivant que le distributeur vend ou non en dehors de sa zone»* (cote 335).

■ C. - Les griefs notifiés

Les griefs suivants ont été maintenus dans le rapport :

- Aux sociétés FAG, INA, SKF et SNR, la participation à une entente sur les hausses tarifaires et les remises, prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;
- Aux sociétés FAG, SKF, SNR, NSK et Koyo, la participation à une entente sur sur les prix à l'encontre de certains clients industriels, prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;
- Aux sociétés FAG, SKF, SNR, Doucet, Efrapo, Loudet, Martin-Belaysoud et ses filiales Binetruy et Vulin, Orefi et ses filiales Transmissions Stock et Trumel, la participation à une entente visant à une protection territoriale absolue des zones exclusives de vente, prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil

706

■ Sur la procédure

En ce qui concerne la régularité des procès-verbaux

Considérant que les sociétés Loudet et Doucet dénoncent l'absence dans les procès-verbaux des questions auxquelles il est répondu et prétendent que l'article L. 429 du code de procédure pénale, modifié par la loi n° 2000-516 du 15 juin 2000, exige que les questions soient mentionnées ;

Mais considérant qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'exige la transcription des questions dans les procès-verbaux, ainsi que cela est énoncé par la cour d'appel dans un arrêt du 23 mai 2000 (Climespace/EDF) ;

Considérant que les sociétés Loudet et SNR soutiennent que le procès-verbal d'audition des représentants de la société SNR, en date du 2 décembre 1998, en se référant seulement aux dispositions générales relatives à la vérification du respect des titres III et IV de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, ne précise pas l'objet de l'enquête et ne peut donc être retenu contre elles ; qu'elles font valoir que l'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 23 mai 2000 a rappelé que la mention imprimée ci-dessus « *ne permet pas en soi, de vérifier que les exigences légales et réglementaires de l'enquête administrative ont été respectées, dès lors qu'il n'est pas précisé de façon concrète l'étendue et l'objet de celle-ci* » ;

Mais considérant que l'audition des responsables de SNR, en date du 2 décembre 1998, faisait suite à une visite et saisie dans les locaux de la société, en date du 26 mars 1998, et à une audition de M. Pinchon

Philippe, responsable marketing, en date du 6 juillet 1995 ; que les responsables ne pouvaient donc ignorer ni l'objet ni l'étendue de l'audition du 2 décembre 1998 ; qu'enfin, la Cour de cassation, dans un arrêt du 20 novembre 2001, SACER et autres, a énoncé que : *«la mention pré-imprimée sur le PV selon laquelle l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance de la personne entendue suffit à justifier, jusqu'à preuve du contraire, de l'indication de cet objet»* ; qu'en l'espèce, cette preuve contraire n'est pas rapportée ;

Considérant que la société Loudet prétend que le contrat type de distribution SKF qu'elle a signé avec cette société le 29 janvier 1990 ne fait pas l'objet d'un procès-verbal de communication de pièces ;

Mais considérant que ce contrat a bien été remis lors de l'audition du 9 novembre 1995, ainsi qu'il est indiqué dans la liste des pièces du rapport d'enquête, et que ce fait n'est pas contesté par la société Loudet ; qu'aucune disposition légale ou réglementaire n'exige l'établissement d'un procès-verbal séparé de communication de document lors d'une audition ; qu'au surplus, un contrat standard similaire, celui de la société Doucet, a été remis aux enquêteurs lors d'une audition en date du 25 octobre 1995, ainsi qu'en témoigne une mention expresse du procès-verbal d'audition ;

En ce qui concerne l'imprécision des griefs notifiés

Considérant que la société SKF soutient, de manière générale, que les griefs qui lui ont été notifiés sont imprécis, certaines pratiques étant tantôt qualifiées de licites, tantôt qualifiées d'illicites, ou évoquées comme illicites dans le corps de la notification de griefs mais non mentionnées dans l'énoncé des griefs, et que, de plus, l'énoncé des griefs ne comporte aucune indication sur la période visée par chacune des pratiques reprochées ;

Mais considérant que la société SKF ne dénonce en fait que l'imprécision d'un seul grief, celui de restrictions verticales dans les réseaux ; que ce grief s'appuie sur l'analyse détaillée faite, dans le corps de la notification de griefs, du fonctionnement du réseau de distribution de la société SKF ; que la cour d'appel, dans un arrêt du 18 février 1997, ODA et CMS, a jugé que le grief notifié doit être interprété par référence aux développements préalables du rapporteur dans l'acte de notification des griefs ;

Considérant que la société Orefi soutient qu'il existe une contradiction dans la notification de griefs entre les paragraphes 8.3 (grief par entreprise, liste dans laquelle Orefi n'est pas mentionnée) et 9 (tableau résumé des griefs dans lequel Orefi est mentionnée) ; que cette erreur matérielle a été reconnue dans le rapport ;

Mais considérant qu'en dépit de cette erreur matérielle, la société Orefi a répondu au grief et a été en mesure de faire valoir ses arguments en défense à toutes les étapes de la procédure ;

En ce qui concerne l'irrégularité de la notification des griefs

Considérant que la société Trumel soutient que le Conseil n'a pas reçu l'accusé de réception de la notification de griefs, alors que l'article 22 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 prévoit que les notifications et les convo-

cations font l'objet d'envois recommandés avec demande d'avis de réception ; qu'elle fait, par ailleurs, valoir que le caractère contradictoire de la procédure n'a pas été respecté, les griefs retenus contre elle ne s'appuyant que sur des déclarations d'un responsable de Trumel ou d'autres responsables de la distribution ;

Mais considérant, en premier lieu, que la société Trumel ne conteste pas avoir reçu la notification de griefs et y a répondu dans le délai de deux mois, ses observations ayant été reçues par le Conseil le 24 novembre 2000 ; que l'absence au dossier de l'accusé de réception est donc sans incidence sur la régularité de la procédure ;

Considérant, en second lieu, que dès lors que les déclarations du responsable de la société Trumel ont été régulièrement recueillies et, notamment, qu'il a été informé de l'objet de l'enquête, ses déclarations sont opposables à la société qu'il représente ; que les procès-verbaux recueillant ces déclarations, ainsi que celles des autres personnes auditionnées, quand bien même elles appartiendraient au même secteur d'activité que l'entreprise destinataire des griefs, font foi jusqu'à preuve contraire, ainsi que l'énonce l'article L. 450-2 du code de commerce, et peuvent donc fonder les griefs notifiés ;

En ce qui concerne la régularité de la notification de griefs complémentaire

708

Considérant que les sociétés Koyo, SNR, FAG et SKF soutiennent que le grief notifié dans la notification de griefs complémentaire, relatif à l'entente entre les fabricants à l'égard des clients industriels, avait été écarté dans la notification de griefs d'origine ; qu'elles rappellent que, dans son rapport d'activité pour l'année 1999, le Conseil a commenté ainsi un arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 septembre 1998 (Coca Cola Beverages) : *«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 expressément prononcé sur la proposition de non-lieu initiale»* ; que la société Koyo considère qu'un non-lieu doit donc être prononcé ; que les sociétés SNR, FAG et SKF considèrent que la notification de griefs complémentaire est irrégulière ;

Mais considérant que l'absence d'un grief 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 L. 464-6 du code de commerce prévoit le déroulement d'une procédure contradictoire avant le prononcé d'un non-lieu par le Conseil ; qu'en l'absence de mise en oeuvre d'une telle procédure, les parties mises en cause ne sont pas fondées à estimer qu'elles ont *«bénéficié d'un non-lieu»* pour la pratique ayant fait l'objet d'un grief complémentaire ; que, par ailleurs, ainsi qu'en a jugé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 19 septembre 1990, société Herlicq et autres, l'article L. 463-2 du code de commerce ne fait pas obligation au conseil de dénoncer simultanément tous les griefs qu'il retient, et qu'en particulier, il peut procéder à une notification

complémentaire de griefs sans porter atteinte aux droits de la défense à la condition que, comme en l'espèce, cette formalité soit accompagnée de toutes les garanties prévues par cet article pour permettre un déroulement pleinement contradictoire de la procédure ; que tel a bien été le cas en l'espèce ;

Considérant que la société Koyo soutient qu'il y a contradiction, dans la notification de griefs complémentaire entre le paragraphe 8.1, dans lequel le premier grief, visé au paragraphe 8,1 de la notification de grief initiale relatif à l'entente sur les tarifs de référence et les remises, lui est notifié, et le paragraphe 9 (tableau récapitulatif des griefs), dans lequel la société Koyo n'est pas concernée par ce premier grief ;

Mais considérant que la contradiction résulte d'une erreur matérielle et qu'il ressort clairement des paragraphes 6.1.1 et 6.1.8. de la notification de grief complémentaire que seul le grief d'entente entre fabricants à l'encontre de clients industriels dits de première monte fait l'objet de la notification de griefs complémentaire et a été retenu contre la société Koyo ; que cette erreur matérielle a été rectifiée dans le rapport ;

Considérant que la société Koyo soutient que les sociétés destinataires de la notification de griefs initiale ont bénéficié d'un délai supplémentaire par rapport à elle, puisqu'elle n'a reçu que la notification de griefs complémentaire en date du 31 janvier 2001 ; qu'en conséquence, les droits de la défense ne sont pas respectés ;

Mais considérant que la société Koyo a disposé, pour déposer des observations en réponse à la notification de griefs complémentaire, du délai de deux mois prévu à l'article L. 463-2 du code de commerce ; qu'au surplus, il lui appartenait de solliciter un délai supplémentaire, conformément à l'article L. 463-2 alinéa 4 du code de commerce, si elle estimait que des circonstances exceptionnelles le justifiaient, ce qu'elle n'a pas fait ; que son moyen doit donc être écarté ;

En ce qui concerne la régularité du rapport

Considérant que, selon la société SKF, des intitulés de griefs ont changé entre les notifications et le rapport, et qu'un nouveau grief d'*«interdiction aux distributeurs français de SKF-France de s'approvisionner auprès des distributeurs SKF en Italie»* a été ajouté par rapport aux notifications de griefs ; qu'on peut relever, dans le rapport 1994 du Conseil (page 28), que *«le Conseil, dans ses décisions, ne peut retenir à la charge des entreprises dont les comportements sont examinés que des griefs ayant fait l'objet d'une notification»* ;

Mais considérant qu'en dépit d'intitulés légèrement différents, les griefs notifiés sont dépourvus d'ambiguïté, ainsi qu'en témoignent les observations faites sur le fond par les parties ; qu'en revanche, l'interdiction d'approvisionnement en Italie, n'ayant pas été mentionnée dans la notification de griefs, ne peut être retenue à l'encontre de la société SKF ;

Considérant que la société Koyo soutient que le caractère contradictoire de la procédure n'a pas été respecté, du fait que le rapport n'a pas répondu de façon approfondie à diverses observations faites par elle dans son premier mémoire ;

Mais considérant qu'aucune obligation légale ou réglementaire ne fait obligation au rapport de répondre dans le détail à l'argumentation des parties, dès lors qu'il contient l'essentiel des considérations permettant d'établir de façon précise, motivée et reposant sur des éléments de preuve spécifiques, les griefs finalement retenus à l'encontre de chaque partie ; qu'il n'est pas contesté que la société Koyo, comme les autres parties, a disposé des délais prévus à l'article L. 463-2 du code de commerce pour produire des observations en réponse au rapport et que le caractère contradictoire de la procédure a donc été pleinement respecté ;

En ce qui concerne l'ancienneté des faits

Considérant que la société Koyo soutient que l'ancienneté des faits ne lui permet pas d'infirmer ou de confirmer les informations figurant dans la notification de griefs et dans le rapport, qu'elle ignorait qu'une action contentieuse se préparait et qu'elle n'avait donc aucun motif de conserver des archives ; qu'en conséquence, la durée excessive de la procédure a porté atteinte aux droits de la défense ;

Mais considérant que la preuve de la violation alléguée 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 particulier, en quoi les délais qui se sont écoulés entre la date des faits dont le Conseil est saisi d'une part, l'enquête administrative et les étapes de la procédure devant le Conseil d'autre part, auraient porté atteinte aux droits de la défense ; que, de plus, la société Koyo, comme toutes les entreprises destinataires des griefs, a eu la possibilité de consulter l'intégralité du dossier et a été à même de préparer sa défense ;

En ce qui concerne le défaut de signature de la notification de griefs et du rapport par le rapporteur

Considérant que la société SNR soutient que les notifications de griefs et le rapport ne sont pas signés de leur auteur et ne respectent donc pas les prescriptions de la loi du 12 avril 2000 ; qu'en conséquence, ils sont entachés d'un vice de forme les rendant irréguliers ;

Mais considérant que la loi du 12 avril 2000 relative aux actes administratifs prescrit la signature des décisions à caractère administratif ; qu'en l'espèce, la notification des griefs n'est pas une décision administrative mais revêt le caractère d'un acte préparatoire, dont la validité n'est pas conditionnée par la signature du dit acte ; que la cour d'appel a jugé dans un arrêt du 21 novembre 2000, TF1, que la notification de griefs et le rapport *«sont suffisamment authentifiés par la mention portée en première page de chacun d'eux, qu'ils ont été établi[s] par [M. J.-R. B.], rapporteur auprès du Conseil de la concurrence»* ;

En ce qui concerne les risques de sanction auxquels s'exposent les sociétés

Considérant que la société Koyo soutient que le rapport ne lui permet pas

d'apprécier le risque de sanction auquel elle est exposée et que le paragraphe «*dommages faits à l'économie*» figurant dans le rapport n'évalue pas spécifiquement le dommage imputable aux griefs d'entente à l'encontre des clients de première monte ; qu'en conséquence, la société Koyo n'est pas en mesure d'apprécier le risque d'une sanction pécuniaire et qu'il en résulte un manquement aux exigences d'une procédure contradictoire ;

Mais considérant que l'évaluation du dommage à l'économie ne constitue qu'un élément d'appréciation pour la détermination des sanctions ; que les sanctions auxquelles s'exposent les entreprises sont suffisamment explicitées par les dispositions de l'article L. 464 - 2 du code du commerce, dans sa rédaction en vigueur à l'époque des faits selon lesquelles : «*Les sanctions pécuniaires sont proportionnelles 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 % d'un montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos.*» ; que le moyen est sans fondement ;

■ Sur les pratiques constatées

En ce qui concerne les prix et les remises des fabricants à l'égard des distributeurs

En ce qui concerne la société NTN

Considérant que la société NTN fait valoir qu'une erreur de transcription de date a été commise dans le rapport concernant la date d'annonce de la hausse de juillet 1994, NTN ayant annoncé la sienne le 20 juin 1994 (cote 31) et non pas le 31 mai 1994 ; qu'elle était informée à cette date des hausses annoncées par les sociétés SKF, FAG et SNR, respectivement le 31 mai, le 8 juin et le 17 juin 1994 et qu'elle a donc simplement aligné ses prix sur ceux de ses principaux concurrents ; qu'aucune preuve d'échanges d'information entre elle-même et les autres fabricants ne figure au dossier et qu'un simple parallélisme de comportement ne peut suffire à qualifier une entente anticoncurrentielle ;

Considérant que la date d'annonce des hausses de juillet 1994 par NTN est en effet le 20 juin 1994 ; que cette erreur matérielle corrigée, aucun élément ne permet d'établir que la société NTN se serait concertée avec les autres fabricants afin d'aligner ses hausses de prix sur les leurs, à l'égard des distributeurs ; que d'ailleurs, un tel grief ne lui a jamais été notifié ;

En ce qui concerne les sociétés FAG-France, INA Roulements, SNR et SKF France

Considérant que la société FAG-France prétend que la hausse de 1993 est une hausse moyenne pondérée de 3 % et, qu'en conséquence, la hausse

effectivement supportée par chaque distributeur est fonction du profil de ses commandes ; qu'aucune preuve d'entente n'a été apportée sur la hausse de 4,5 % de 1994 ; que la hausse de 4,5 % annoncée en janvier 1995 est également une hausse moyenne et qu'aucune preuve d'entente entre fabricants n'est apportée ; que la hausse de 5 % de novembre 1995 est spécifique à FAG ; que la preuve de la hausse, annoncée en 1997 et applicable en 1998, n'est apportée que par une note manuscrite d'un responsable SNR (cote 76), indiquant que celui-ci était informé des hausses des autres fabricants dès le 29 septembre 1997, sans qu'il soit établi que ce responsable n'a pas été informé de cette hausse par les distributeurs ;

Considérant que la société FAG soutient encore avoir établi ses propres taux de remise de façon totalement indépendante ; qu'elle affirme que la communication de la grille FAG (cotes 083 et 084 des annexes du rapport) des remises était un geste unilatéral de FAG aux autres constructeurs présents à la réunion du 17 décembre 1993, non suivi d'effets ; que la remise de la grille FAG à SNR était justifiée dans le cadre de leurs relations clients-fournisseurs ; que l'absence de décision au cours de la discussion du 17/12/93 [*«excellent outil mais pas décision de la part des intéressés !»*, cote 079 des annexes du rapport] ne permet pas de conclure à une harmonisation des remises ; que le tableau de comparaison de prix nets ne mentionne pas les produits FAG et que la société a pratiqué des prix nets différents pour le produit référencé ; qu'en conséquence, les éléments apportés dans le rapport n'apportent pas la preuve d'une harmonisation des remises ; que la société FAG fait remarquer, à titre subsidiaire que, s'il est prouvé qu'il y a eu des pratiques répréhensibles, elles sont éloignées dans le temps (année 1993), d'une durée limitée, de faible incidence sur le marché (FAG ne détenant que 5 % du marché) et explicables par la situation très préoccupante de l'entreprise ;

Considérant que la société INA Roulement prétend qu'elle s'est contentée d'aligner ses prix sur ceux de ses concurrents comme en témoigne le fait qu'elle annonce ses hausses de tarifs en dernier ; que, de plus, la concertation sur les prix qui lui est reprochée porterait uniquement sur les roulements à billes, soit environ 1 % de son chiffre d'affaires ; qu'en 1995, elle a été la seule société à pratiquer une baisse de 7 % des prix des roulements à aiguilles, tandis qu'en 1997, elle a été la seule à augmenter ses prix de roulements à billes, et que, toute gamme confondue, ses prix de vente diminuent régulièrement depuis 1996 (indice 96,3 en 1999 contre indice 100 en 1996) ; qu'en ce qui concerne les remises, aucune preuve ne figure dans le rapport concernant sa participation éventuelle à une concertation sur leur niveau ;

Considérant que la société SNR soutient que l'évolution des prix nets et des remises, et non les seules grilles tarifaires, est l'élément déterminant pour mesurer la réalité et l'intensité de la concurrence ; qu'elle fait, par ailleurs, valoir que le regroupement des distributeurs leur a conféré une puissance d'achat certaine ; qu'elle produit en défense une directive interne, émise en 1994, rappelant à ses cadres que les ententes entre concurrents portant sur les prix ou les conditions de vente sont strictement interdites ; qu'elle explique encore que si des hausses tarifaires similaires ont été constatées

en 1994, leur application doit être essentiellement recherchée dans les caractéristiques propres à ce marché et dans la volonté d'adopter un barème de prix théorique, destiné à être un instrument de mesure de la compétitivité des fabricants et de leurs distributeurs, mais que ces hausses tarifaires n'ont eu aucun effet sur les prix, puisque les fabricants et SNR, en particulier, ont adopté une politique de remises totalement autonome ; que le grief d'entente relatif à la détermination des remises ne repose sur aucun indice consistant et se trouve clairement démenti par les analyses de prix effectivement facturés par SNR ; que si des tentatives ont pu être initiées par certains concurrents de SNR fin 1993, celles-ci n'ont pas dépassé le simple stade de la déclaration d'intention et n'ont, en tout état de cause, jamais reçu l'adhésion de la société SNR ; qu'en ce qui concerne la hausse linéaire des tarifs SNR de 4,5 % du second semestre 1994, annoncée le 17 juin 1994 aux distributeurs, elle soutient qu'il s'agit d'un alignement sur la hausse du leader SKF, comme en témoigneraient les dates d'annonces des hausses, et qu'il en serait de même pour la hausse de 4,5 % du premier trimestre 1995 ainsi que pour la hausse de 3,5 %, applicable aux tarifs le 4 mars 1998, qui d'ailleurs aurait été annoncée le 4 mars 1998 et non pas le 15 décembre 1997, comme l'indique le rapport ; que, pour preuve de l'autonomie de son comportement, elle fait valoir qu'elle a pratiqué des hausses en 1996 et 1997 ; que, selon elle, les échanges d'information avec la société INA se situent dans un rapport client-fournisseur ;

Considérant que la société SKF-France soutient que ni la télécopie émise le 14 septembre 1993 par la direction commerciale de SNR à son siège à Annecy (cotes 479 à 481 des annexes du rapport), ni les déclarations du 2 décembre 1998 d'un responsable de SNR (cotes 069 à 071 des annexes du rapport) ne sont probantes ; que la seule constatation des hausses intervenues et de leurs dates d'annonce et d'application ne permet pas d'apporter la preuve d'une entente ; qu'il s'agit là seulement d'un parallélisme de comportement ; que, par le relais des distributeurs, les concurrents sont rapidement informés des décisions des fabricants ; qu'en ce concerne la hausse applicable en janvier 1998, elle considère que la note manuscrite saisie dans le bureau de M. Pinchon, datée du 27 septembre 1997 (cote 76), n'apporte pas la preuve voulue, puisque, si la lettre-circulaire d'information de SKF à ses distributeurs, indiquant une hausse de 3,5 % à compter du 1^{er} janvier 1998, date du 1^{er} octobre 1997, SKF avait prévenu oralement ses distributeurs au préalable, ce qui a permis aux autres fabricants d'être informés ; qu'elle infère, par ailleurs, l'inexistence d'une entente entre les fabricants du fait que ses concurrents effectuent des études comparatives de prix, travaux qui seraient inutiles en cas d'entente sur les prix à pratiquer ; qu'enfin, SKF nie être le « meneur de jeu » des trains de hausse :

Considérant que, selon la société SKF-France, la concertation entre les fabricants sur les remises n'est pas établie et que, en toute hypothèse, elle n'a eu aucun effet anti-concurrentiel ; qu'elle soutient que les faits et déclarations venant en appui du grief d'entente sur les remises consistent en la seule déclaration de la société SNR, en date du 2 décembre 1998, se référant à une réunion entre fabricants tenue le 17 décembre 1993 ; que l'analyse du rapporteur sur l'évolution des prix nets d'un seul produit standard, le 6203- 2RS, ne saurait apporter une preuve sur l'ensemble des produits et qu'elle ne comprend pas de produits FAG ;

Mais, considérant, en premier lieu, que les sociétés FAG-France, INA-Roulement, SNR et SKF ne contestent pas les déclarations de MM. Bordeaux et Kempf, respectivement, directeur commercial et directeur réseau France de la société SNR, en date du 2 décembre 1998 (cote 69 à 71), citées dans les constatations ci-dessus, et selon lesquelles des représentants des sociétés NSK, Koyo, FAG, SKF et SNR se sont rencontrés le 17 décembre 1993 dans un café de la région parisienne, réunion au cours de laquelle, le représentant de la société SKF a remis à l'ensemble des participants des grilles de remises maximum, qu'il aimerait voir appliquer ; que selon ces déclarations, SKF et FAG ont effectivement demandé, courant septembre 1993, à SNR de sortir le tarif applicable en 1994, le 1^{er} novembre 1993, et d'appliquer les mêmes remises commerciales qu'eux ; que les représentants de la société SNR nient simplement que cette demande ait été suivie d'effet par SNR ; que le document, saisi le 26 mars 1998, dans les locaux de la société SNR à Annecy, établi par M. Kempf, intitulé «*tarif 94*» et daté du 6 septembre 1993 (pièce 1 ci-dessus, cote 479 à 481), confirme ces échanges d'informations sur le montant et la date des hausses de tarifs bruts ainsi que sur le niveau des remises distributeurs ; qu'un compte-rendu de réunion, daté du 17 décembre 1993 et établi par MM. Bordeaux et Kempf (pièce 3 ci-dessus, cote 77 à 85), fait état d'autres échanges d'informations sur le niveau des remises, les représentants des sociétés SKF, FAG et SNR ayant signalé à M. Constant, directeur général de la société NSK-RHP, que la remise de 72 % accordé sur le tarif de base de NSK-RHP, aboutissait à un écart de l'ordre de 20 % avec leurs propres cotations ; qu'au cours de cette même réunion, le représentant de SKF a remis à tous les participants trois grilles de remises devant servir de «*garde-fou*» documents qualifiés par les rédacteurs du compte-rendu «*d'excellent outil*» même s'il relèvent également qu'il n'y a pas eu «*décision de la part des intéressés*» ; que les sociétés SNR, INA, SKF et FAG n'ont fourni aucune explication plausible à la note manuscrite saisie dans les locaux de SNR (pièce 2 ci-dessus, cote 76), dont les annotations indiquent que, le 29 septembre 1997, SNR connaissait le montant et les dates précises d'effet de la hausse de tarif effectivement appliquée par ses concurrents, quelques mois plus tard ; que dans une déclaration du 5 janvier 1999, M. Le Dosseur, PDG d'INA, reconnaît : «*Enfin, s'agissant des échanges d'informations avec certains de nos concurrents fabricants : Il est à noter que cette situation n'a rien d'exceptionnel ni de répréhensible à mes yeux. En effet, le produit faisant l'objet d'une normalisation, les tarifs des producteurs de roulements ont toujours été similaires ou positionnés sur ceux des leaders SKF, FAG, SNR (notamment sur le marché allemand) (...) Je considère également ne pas commettre de faute en annonçant, à l'occasion d'une réunion entre confrères à la chambre syndicale, la date et le taux de hausse applicables à mon prochain tarif*» (cotes 3 à 9) ;

Considérant qu'il ressort de ces éléments que les sociétés SNR, FAG, SKF et INA étaient informées de leurs intentions respectives en matière de hausse tarifaire par des contacts directs entre elles et non par l'intermédiaire des distributeurs à qui les hausses auraient pu être annoncées oralement à l'avance ; que les échanges d'informations entre les sociétés SNR et INA ne peuvent

s'expliquer uniquement par leurs relations de clients-fournisseurs, SNR étant au courant de la hausse de 3,5 % à laquelle procède INA le 1^{er} mars 1998 dès le 29 septembre 1997, ainsi qu'en témoigne la pièce 2 citée ci-dessus, alors qu'INA n'annonce cette hausse par note interne que le 23 décembre 1997 (cote 63) ; que les sociétés SNR, FAG et SKF ont échangé des informations sur les taux de remise maximum aux distributeurs ; que de tels échanges d'informations sur les augmentations de prix bruts et les évolutions des taux de remise avant que celles-ci interviennent, favorisent d'autant plus les hausses artificielles de prix que les sociétés concernées ont ainsi l'assurance que leurs concurrentes augmenteront également leurs prix d'un montant et à une date convenus ; que ces échanges d'information ont pu avoir un effet sur le niveau des prix nets pratiqués aux distributeurs, notamment lorsqu'ils portaient à la fois sur les hausses de prix bruts et sur des taux de remises maximum, perturbant ainsi le jeu de la concurrence ;

Considérant, en deuxième lieu, que, parmi les sociétés ayant participé aux échanges d'information décrits ci-dessus, FAG, SNR, SKF et INA, augmentent leurs prix de 3 % entre le 2 novembre 1993 et le 17 janvier 1994, de 4,5 % entre le 20 juin et le 11 juillet 1994 (de 4 à 5 % de hausse pour SKF), de 4,5 % entre le 6 mars et le 3 avril 1994 et de 3,5 % du 1^{er} janvier au 1^{er} mars 1998 ; qu'une seule hausse isolée a été relevée au cours de l'enquête, celle des tarifs de FAG, à hauteur de 5 %, le 6 novembre 1995 ; que si un parallélisme de comportement ne peut suffire, à lui seul, à démontrer l'existence d'une entente anti-concurrentielle, dès lors qu'il peut résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché, la preuve d'une telle entente peut, en revanche, être rapportée lorsque des éléments autres que la constatation de ce parallélisme s'ajoutent pour constituer avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants pouvant démontrer qu'il procède d'une volonté commune de restreindre la concurrence ; qu'en l'espèce, au parallélisme entre, d'une part, le montant et, d'autre part, les dates d'annonce et d'effet des hausses de tarifs bruts mises en place par les fabricants FAG, SNR, SKF et INA, s'ajoutent les échanges d'information de la fin 1993 et de la fin 1997, établis ci-dessus, qui ont donc été suivis d'effet ; qu'en particulier, la hausse de 3 % sur laquelle ces quatre sociétés s'étaient concertées lors d'une réunion en septembre 1993 (pièce 1 ci-dessus, cote 479-481) a été effectivement appliquée (cf. tableau de la p. 8 de la présente décision) et que la hausse de 3,5 % que SNR annonçait dans un document manuscrit du 29 septembre 1997 (pièce 2 ci-dessus, cote 76) a été effectivement constatée pour le montant et aux dates annoncées ; que le fait que les hausses de tarif sur lesquelles les sociétés se sont entendues soient des hausses pondérées, différentes selon les produits, est sans pertinence sur la qualification de la pratique ;

Considérant, en troisième lieu, que les remises sont variables selon les produits, dont il existe des dizaines de gammes et des centaines de référence, selon les quantités commandées, les distributeurs concernés ; qu'à ces remises peuvent s'ajouter chez certains fabricants des bonus basés sur le chiffre d'affaires annuels ; que l'analyse faite dans les constatations ci-dessus (tableau 2 et graphique 1), montrant l'alignement des prix nets SKF et SNR sur une des références les plus vendues, constitue un indice supplémentaire

d'une concertation portant à la fois sur les tarifs bruts et sur les remises, et ayant des effets sur les prix nets ; que ces effets sont confirmés par les déclarations de distributeurs (Roulement Service, cote 306, et Centre Roulement Dauphiné, cote 37 à 38) et de la société Péchiney (cote 422), citées dans la première partie de la présente décision, qui ont constaté les effets du comportement coopératif des principaux fabricants ;

Considérant, enfin, que quand bien même elle serait avérée, la puissance d'achat des distributeurs ne peut justifier que les fabricants se concertent pour aligner les hausses de leurs tarifs ; qu'au surplus, la vente de roulements par les distributeurs ne représente qu'environ 20 % du chiffre d'affaires des fabricants ;

Considérant qu'il ressort de ce qui précède qu'il existe un faisceau d'indices graves, précis et concordants, permettant d'établir que les sociétés FAG, SKF et SNR se sont concertées afin d'harmoniser les montants et les dates d'effet de leurs hausses de tarifs brut et leurs taux de remise maximum aux distributeurs ; que la société INA a participé à cette entente en ce qui concerne les montants et les dates d'annonces et d'effet des hausses de tarifs brut ainsi que son PDG, M. Le Dosseur, l'a reconnu lors de son audition (cotes 3 à 9) ; que ces pratiques constituent une action concertée ayant pour objet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché des roulements à billes et, de ce fait, prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

716

En ce qui concerne les prix et les remises des fabricants à certains clients industriels

Considérant que la société FAG-France fait valoir que ses mouvements de prix nets constatés à l'égard des trois clients KUHN, Leroy-Somer et USOCOME entre 1993 et 1994 n'ont rien de commun avec les chiffres annoncés dans la note de SNR rendant compte de la réunion du 17 décembre 1993 (cote 77) ; qu'ainsi, la hausse soit-disant convenue en réunion de 3 % vis-à-vis de Kuhn fut en réalité une hausse de 1,5 %, celle de 2,5 % vis-à-vis de Leroy-Somer fut en réalité de 10 % et celle de 2 % vis-à-vis de USOCOME fut en réalité de 15 % ;

Considérant que la société NSK-RHP France soutient que les prix nets de ventes de roulements à la société Leroy-Somer ont été définitivement proposés à l'acheteur en lui envoyant une liste de prix le 15 décembre 1993, soit deux jours avant la réunion d'échanges d'information avec les autres fabricants, qu'il en est de même pour la société KUHN, que pour la société USOCOME l'accord de prix s'est réalisé plus tardivement ; qu'elle expose que la hausse moyenne réelle pratiquée à l'égard de Leroy-Somer entre 1993 et 1994 a été de 5,37 %, donc bien supérieure aux 2,5 % convenus lors de la réunion, que les prix proposés à USOCOME entre 1993 et 1994 ont baissé de 1,65 %, et non pas augmenté de 2 % ; qu'elle en conclut que, si elle a bien participé à la réunion du 17 décembre 1999 avec les autres fabricants, la discussion n'a, cependant, eu aucun effet sur sa politique de prix ;

Considérant que la société Koyo prétend que sa présence à la réunion du

17 décembre 1993 est une supposition, que l'hypothèse de sa présence serait expliquée par le souhait des entreprises japonaises de profiter de toute occasion de rencontre avec les principaux fabricants, alors qu'elles étaient considérées comme indésirables au sein de l'association européenne des fabricants, le FEBMA ; que sa présence à cette réunion avait simplement pour but la constatation d'une augmentation d'un prix net, appliquée dans le passé à un client et nullement la prise d'une décision concertée issue de la réunion en vue d'aboutir à une entente de prix ; qu'elle fait également état de variations de prix proposés à Leroy-Somer, USOCOME et KUHN entre 1993 et 1994, très différentes de celles sur lesquelles une concertation lui est reprochée ;

Considérant que la société SNR soutient que le grief éventuel d'entente ne s'appuie que sur une seule pièce, le compte-rendu de la réunion du 17 décembre 1993 ; que l'existence d'une telle entente sur les prix et les remises est contredite par la réalité des faits, telle qu'elle résulte des factures ;

Considérant que la société SKF fait valoir que le grief, énoncé dans la notification complémentaire et concernant certains clients industriels, est un grief d'intention et que l'intention d'entente n'est pas répréhensible ; qu'elle affirme que les hausses (ou baisses) pratiquées ne sont jamais linéaires mais que le prix de chaque article est fixé de manière indépendante et, qu'en conséquence, l'idée d'une hausse générale de 2,5 % pour Leroy Somer, de 2 % pour USOCOME ou encore de 3 % pour Kuhn ne correspond pas à la réalité ; qu'au surplus, le grief ne s'appuie que sur un seul élément, le compte-rendu de la réunion du 17 décembre 1993 ;

Mais considérant que le compte-rendu de la réunion du 17 décembre 1993 établi par SNR (pièce 3 ci-dessus, cote 77 à 79) est sans ambiguïté sur les échanges d'informations pratiqués entre les sociétés SKF, SNR, Koyo, NSK et FAG, et sur les taux de hausse de prix que ces fabricants avaient l'intention de proposer à Leroy Somer, USOCOME et Kuhn ; que la circonstance que ces échanges d'information n'aient éventuellement pas conduit à un alignement effectif des prix pratiqués, compte tenu, notamment, du fait que le profil des commandes de ces clients ne peut qu'être différent pour chacun d'eux, est sans incidence sur le caractère anticoncurrentiel de ces échanges d'informations, qui avaient pour objet et ont pu avoir pour effet d'empêcher le libre jeu de la concurrence sur le marché des roulements à billes ; que cette pratique est contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

En ce qui concerne les restrictions verticales dans les réseaux

Sur les pratiques des fabricants

Considérant que la société FAG-France fait valoir qu'elle n'a jamais sanctionné un distributeur pour avoir vendu des produits contractuels en dehors des zones où le distributeur était supposé développer son activité commerciale, que de nombreux distributeurs FAG affirment qu'ils vendent en dehors de leur zone de chalandise recommandée et que les refus allégués d'assistance technique ne reposent que sur quelques déclarations de distributeurs ;

Considérant que la société SNR soutient que sa politique en matière de revente hors zone se résume ainsi : *«SNR n'empêche pas ses distributeurs de satisfaire des commandes qui leur parviendraient de clients hors zone : il n'existe de la part de SNR aucune restriction quant aux reventes de roulements à l'extérieur du territoire concédé SNR s'abstiendra simplement d'accompagner le distributeur dans une politique de démarchage actif de clientèle hors de sa zone de chalandise, en évitant d'apporter son appui ou son concours à un distributeur qui prendrait l'initiative d'ouvrir une agence ou une succursale pour concurrencer de manière active le distributeur SNR local.»* ; qu'elle précise que le distributeur ayant des obligations de commercialiser les produits SNR et d'assurer un service technique adapté aux besoins du client, le fabricant apporte une assistance technique et commerciale tant au niveau de la promotion et accompagnement en clientèle, de la formation et documentation techniques, ainsi que de conseils et expertises en cas de dysfonctionnement de roulements fabriqués par SNR ; que, selon elle, il convient de ne pas confondre l'assistance technique et l'après-vente en cas de dysfonctionnement avec l'exercice de la garantie sur produit qui est due quelle que soit l'origine de la vente ; que la société SNR soutient encore qu'en s'abstenant d'accompagner ses distributeurs dans une démarche de prospection active en dehors de leur zone de chalandise respective, elle ne met pas en œuvre une protection territoriale absolue prohibée par le droit de la concurrence ; qu'elle considère, en effet, que tel serait le cas uniquement si, d'une part, l'absence d'assistance était de nature à dissuader le revendeur de répondre aux demandes formulées par des clients hors zone et, d'autre part, il n'existait au profit de l'acheteur final aucune autre source alternative d'approvisionnement sur le territoire concédé que celle constituée par le concessionnaire exclusif ; que la société estime qu'aucune de ces conditions ne se retrouve réunie en l'espèce et que, notamment, plusieurs déclarations de distributeurs montrent que ceux-ci n'hésitent pas à répondre aux sollicitations de clients hors zone ;

Considérant que la société SKF soutient que les restrictions territoriales, maîtrisées par le biais de l'assistance technique de SKF, ne sont pas établies, qu'en effet, aucune clause du contrat ne stipule ces restrictions, que les déclarations de divers distributeurs, indiquant le refus d'assistance technique de SKF pour les reventes hors zone, sont exprimées au conditionnel (ou au futur) et qu'en revanche, divers distributeurs confirment qu'ils ne subissent aucune entrave à la revente passive hors zone ;

Mais considérant, en premier lieu, que le contrat de distributeur agréé SKF prévoit l'exclusivité de vente sur un territoire convenu ; que, si la société FAG affirme que ces distributeurs n'ont pas de territoire concédé et ne sont pas exclusifs, les déclarations de distributeurs agréés FAG font état d'un territoire et ne mentionnent pas de concurrents agréés FAG sur ce territoire ; que, de même, les déclarations des distributeurs SNR attestent du caractère exclusif de leurs zones de chalandise ; que, dans ces conditions, les clients potentiels situés dans une zone donnée ne peuvent mettre en concurrence plusieurs distributeurs agréés de la même marque ;

Considérant, en second lieu, qu'une clause d'exclusivité de vente, d'exclusivité d'achat ou de non-concurrence entre deux entreprises n'est prohibée

par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce que dans la mesure où, d'une part, elle a pour objet ou peut avoir pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur un marché et où, d'autre part, elle ne peut bénéficier des dispositions de l'article L. 420-4 de ce code ;

Considérant, en troisième lieu, qu'un fournisseur recourant à un réseau de distributeurs exclusifs auxquels il concède des territoires d'exclusivité ne saurait licitement interdire à ces distributeurs de répondre à des sollicitations de clients situés dans des zones géographiques autres que celles 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'une telle pratique, qui vise à empêcher le revendeur de répondre à des demandes de clients situés en dehors de la zone concédée, constitue, par sa nature même, une restriction de concurrence ; qu'en outre, ainsi que l'a jugé la CJCE, dans son arrêt *Miller contre Commission* du 1^{er} février 1978, une telle clause, par l'effet «*optique et psychologique*» qu'elle crée, peut contribuer à favoriser une répartition de marché ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'il ressort de nombreuses déclarations de distributeurs agréés FAG, SNR ou SKF, citées ci-dessus dans les constatations, que ces trois fabricants ont pour pratique de refuser d'apporter une assistance technique aux ventes réalisées par les distributeurs agréés en dehors de leur zone d'exclusivité, quand bien même ces ventes ne résulteraient pas d'un démarchage actif des distributeurs concernés en dehors de leur zone, mais constitueraient de simples réponses aux sollicitations des clients ; que cette pratique n'est pas contestée par la société SNR ; que la circonstance qu'elle ne soit pas matérialisée par une clause d'un contrat écrit, comme l'observe la société SKF, est sans pertinence, son existence étant suffisamment établie par les nombreuses déclarations concordantes des distributeurs ; que le seul contre-exemple relevé au cours de l'instruction est celui de la société SNR qui soutient que le distributeur Dubuisson, dont la zone d'exclusivité est le département des Bouches-du-Rhône, bénéficie de son assistance technique pour deux clients situés dans le Var «*qu'ils avaient depuis toujours*» ;

Considérant, en cinquième lieu, que s'il ressort de plusieurs déclarations de distributeurs que le fait de ne pas disposer de l'assistance technique du fabricant n'est pas un obstacle absolu à la revente passive hors zone (Loudet, cote 180 ; Martin-Belaysoud, cote 172 ; Trumel Orefi, cote 220 ; Roulement Service à Châlon, cote 212), certaines de ces déclarations (Loudet, Trumel Orefi) permettent cependant de distinguer deux situations : d'une part, la revente de roulements standards, pour laquelle l'absence d'assistance technique du fabricant ne pose pas de problèmes, et, d'autre part, les sollicitations portant sur des produits plus spécifiques, pour lesquelles le refus d'assistance technique constitue une dissuasion efficace ; que d'autres distributeurs, sans opérer cette distinction, se disent simplement dissuadés de livrer hors zone (Centre Roulement Clermont-Ferrand, cote 66 ; Treteau, cote 208 ; Luquot Outillage, cote 200) ;

Considérant qu'il ressort de ce qui précède que le refus d'assistance technique pour les ventes passives hors zones convenu entre les fabricants FAG, SNR et SKF et les distributeurs est de nature à dissuader les distributeurs d'ac-

cepter des commandes en dehors de leurs zones d'exclusivité et, en conséquence, à limiter la concurrence par les prix que pourraient se faire les distributeurs des produits d'une même marque ; que ces pratiques sont mises en œuvre par trois des principaux fabricants de roulements présents sur le marché français, totalisant ensemble 54 % des ventes en 1998, et que leur effet cumulé sur ce marché est donc important ; que leurs auteurs participant par ailleurs à une entente sur les prix et les remises faits aux distributeurs, ces pratiques sont, de plus, de nature à accentuer les effets anticoncurrentiels de cette entente, en confortant l'absence de concurrence sur les prix entre les différentes marques par une entrave à la concurrence sur les prix intra marque ; qu'en conséquence, ces pratiques sont contraires aux dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant, en revanche, que s'agissant des distributeurs Doucet, Loudet, Martin Belaysoud et Binnetruy, Orefi, Trumel et Efrapo auxquels le même grief a été notifié, il ressort de l'instruction qu'ils n'étaient pas en situation de résister aux fabricants et de refuser la politique systématique de refus d'assistance technique en cas de ventes, mêmes passives, à des clients hors zone, qui leur était imposée par les fabricants ; qu'ainsi, la circonstance que dans un certain nombre de cas, ils se soient pliés à cette politique ne peut être retenue à leur encontre ; qu'il y a lieu, à leur égard, de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code du commerce ;

■ Sur les suites à donner

Considérant que les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; que, par suite, les dispositions introduites par cette loi dans l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles prévoient des sanctions plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 : « *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 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 d'entente sur les prix bruts et les remises aux distributeurs et aux clients industriels, il convient de tenir compte de ce qu'elles ont eu pour objet et pour effet d'entraver le jeu de la concurrence sur les prix entre six des principaux fabricants de roulements vendant leurs produits sur le territoire français ; que de telles enten-

tes de prix, qui rentrent dans la catégorie des «*ententes injustifiables*» au sens de la recommandation du Conseil de l'OCDE du 25 mars 1998, sont particulièrement graves, comme le souligne cette organisation qui énonce dans cette recommandation que «*les ententes injustifiables constituent la violation la plus flagrante du droit de la concurrence*» ; que la gravité de la pratique d'entente sur le niveau des hausses de prix et des remises aux distributeurs résulte également du fait qu'elle a été répétée, les preuves mises au jour portant sur des contacts en 1993 et en 1997 ; qu'en ce qui concerne les sociétés FAG, SKF et SNR, la mise en œuvre concomitante de pratiques restreignant la concurrence par les prix, au niveau de la distribution, entre produits d'une même marque, ajoute encore à la gravité des pratiques qui leur sont imputées ; que de plus, s'agissant d'entreprises de dimension internationale, disposant de moyens importants, elles ne pouvaient ignorer la gravité des pratiques qu'elles mettaient en œuvre ;

Considérant que pour apprécier le dommage causé à l'économie par ces pratiques, il convient de tenir compte du fait que les ententes de prix et de remises sont intervenues entre des entreprises dont les ventes de roulements sur le marché français représentaient près des trois quarts du total des ventes en 1998 ; qu'au total, les ventes de l'ensemble des fabricants sur le marché français représentaient 5,9 milliards de francs en 1998, et que les ventes effectuées par le canal des distributeurs s'élevaient à 1,4 milliard de francs en 1997 ; que les roulements sont un matériel indispensable au fonctionnement de toute machine mécanique et sont donc utilisés dans de très nombreuses branches de l'activité économique ; que s'agissant du secteur de la première monte, les décisions prises par les acheteurs en ce qui concerne le matériel retenu engagent celles qui sont prises par la suite ; que ce dommage doit être apprécié sur une période relativement longue, de 1993 à 1998 ; que les hausses de prix bruts annoncées par les fabricants participant à l'entente sur cette période, soit 3 % fin 1993, 4,5 % mi-1994, 4,5 % début 1995 et 3,5 % début 1998 conduisaient à une hausse cumulée de 16,4 % sur l'ensemble de la période, dans un contexte où le marché était en récession et où la hausse de prix de l'ensemble des produits industriels a été limitée à 1,16 % ; que l'alignement des hausses de prix bruts et les concertations sur le niveau des remises ont nécessairement eu un effet de hausse artificielle des prix nets, même s'il n'est pas possible de le mesurer ;

En ce qui concerne la société SKF-France

Considérant que les éléments présents au dossier prouvent la participation de la société SKF à une entente portant sur les prix bruts et sur les remises aux distributeurs ; que les documents et témoignages recueillis font état du rôle de leader de la société SKF dans cette entente ; qu'ils démontrent également sa participation à la réunion du 17 décembre 1993 au cours de laquelle plusieurs fabricants se sont entendus sur le niveau des hausses de prix à appliquer à plusieurs grands clients industriels ; que la société SKF a, de plus, limité la concurrence par les prix au niveau de la distribution de ses produits en refusant son assistance technique aux distributeurs agréés pour les ventes passives hors de leurs zones exclusives ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires en France au 31 décembre 2000, dernier exer-

cice connu, de 226,5 millions d'euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu infliger à la société SKF une sanction de 7 900 000 euros ;

En ce qui concerne la société FAG France

Considérant que les éléments présents au dossier prouvent la participation de la société FAG à une entente portant sur les prix bruts et sur les remises aux distributeurs ; qu'ils démontrent également sa participation à la réunion du 17 décembre 1993 au cours de laquelle plusieurs fabricants se sont entendus sur le niveau des hausses de prix à appliquer à plusieurs grands clients industriels ; que la société FAG a, de plus, limité la concurrence par les prix au niveau de la distribution de ses produits en refusant son assistance technique aux distributeurs agréés pour les ventes passives hors de leurs zones exclusives ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires en France au 31 décembre 2000, dernier exercice connu, de 1,08 million d'euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 32 000 euros ;

En ce qui concerne la société SNR Roulements

Considérant que les éléments présents au dossier prouvent la participation de la société SNR à une entente portant sur les prix bruts et sur les remises aux distributeurs ; qu'ils démontrent également sa participation à la réunion du 17 décembre 1993 au cours de laquelle plusieurs fabricants se sont entendus sur le niveau des hausses de prix à appliquer à plusieurs grands clients industriels ; que la société SNR a, de plus, limité la concurrence par les prix au niveau de la distribution de ses produits en refusant son assistance technique aux distributeurs agréés pour les ventes passives hors de leurs zones exclusives ; que ladite société a déclaré avoir réalisé un chiffre d'affaires en France au 31 décembre 2001, dernier exercice connu, de 221,3 millions d'euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 6 600 000 euros ;

En ce qui concerne la société INA Roulements

Considérant que les éléments présents au dossier prouvent la participation de la société INA à une entente portant sur les prix bruts aux distributeurs ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires en France au 31 décembre 2000, dernier exercice connu, de 277 millions d'euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 4 000 000 euros ;

En ce qui concerne la société Koyo-France

Considérant que les éléments présents au dossier prouvent la participation de la société Koyo à la réunion du 17 décembre 1993 au cours de laquelle plusieurs fabricants se sont entendus sur le niveau des hausses de prix à appliquer à plusieurs grands clients industriels ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires au 31 décembre 2000, dernier exercice connu, de 33 millions d'euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels

tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 162 000 euros ;

En ce qui concerne la société NSK-France

Considérant que les éléments présents au dossier prouvent la participation de la société NSK-France à la réunion du 17 décembre 1993 au cours de laquelle plusieurs fabricants se sont entendus sur le niveau des hausses de prix à appliquer à plusieurs grands clients industriels ; que ladite société a réalisé un chiffre d'affaires en France au 31 décembre 2000, dernier exercice connu, de 64 millions d'euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 320 000 euros ;

Décide

Article 1^{er} : Il est établi que les sociétés :

- SKF-France
- FAG France
- SNR Roulements
- INA Roulements
- Koyo-France
- NSK France anciennement NSK-RHP-France

ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code du commerce.

Article 2 : Il n'est pas établi que les sociétés NTN, Efrapo, Doucet, Loudet, Martin-Belaysoud et ses filiales Binetruy et Vulin, Orefi et ses filiales Transmissions Stock et Trumel aient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code du commerce.

Article 3 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- 7 900 000 euros à la société SKF-France
- 32 000 euros à la société FAG France
- 6 600 000 euros à la société SNR Roulements
- 4 000 000 euros à la société INA Roulements
- 162 000 euros à la société Koyo-France
- 320 000 euros à la société NSK France anciennement NSK-RHP-France

Délibéré sur le rapport oral de M. d'Aumale, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente, M. Nasse, vice-président, MM. Bidaud, Gauron, Ripotot, membres.

La secrétaire de séance,
Françoise Hazaël-Massieux

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Notes :

● ● ●

- 1 - L'ISO regroupe les comités nationaux de normalisation de nombreux pays. La France est représentée par l'AFNOR . L'Allemagne par la DIN, les États-Unis par l'ANSI, la Grande-Bretagne par le BS, etc.
- 2 - Catégorie retenue lorsque manque l'identification de la destination finale. A ne pas confondre avec la part de marché réalisée par les distributeurs.

02-D-58

Décision n°02-D-58 du 23 septembre 2002 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département du Rhône

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 20 avril 1999, sous le numéro F 1136, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de la situation de la concurrence dans le secteur du transport routier de voyageurs dans les départements de l'Ain, du Rhône et de l'Isère ;

Vu les pratiques mises en œuvre dans le département du Rhône instruites sous la référence F 1136-2 ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement et par la chambre professionnelles des transports routiers du Rhône et la fédération nationale du transport de voyageurs du Rhône FNTV 69, la FNTV nationale, Cartrans 69, la régie départementale des voies ferrées du Dauphiné, les sociétés Odin Régis, autocars Laurendon, les rapides de Saône et Loire, les voyages Héritier venant aux droits de la société Cars Express Chatelain, les voyages Barlatier, les établissements Venet, les cars Annequin, Stely cars, les autocars Planche, les autocars de la vallée d'Azergues, les autocars Bluma, les autocars Gaillard, Transida, Sécam, Garanpazzi, Sivignon cars Beaujolais voyages, les cars Faure, les autocars Faure, les cars Berthelet, Rhône Nord autocars, les cars Buchet, les cars Philibert, Transport Verney Rhône-Alpes (TVRA), les cars Favier, Cariane Val de Saône, café taxi ambulance Sirot, tourisme et loisirs, cars Cottin, transports Rondy-Souchon, et les cars Fontana ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, les représentants de Cartrans 69, la chambre professionnelle des transporteurs routiers du Rhône et la fédération nationale du transport de voyageurs du Rhône FNTV 69, la FNTV nationale, la régie départementale des voies ferrées du Dauphiné, et les sociétés cars Philibert, Cariane Val de Saône, autocars Faure (cars du Dauphiné), cars Faure, cars Berthelet, cars Buchet, cars Cottin, autocars Planche, Rhône Nord autocars, Sécam, autocars Gaillard, voyages Barlatier, Garanpazzi, cars Sivignon Beaujolais voyages, transports Verney Rhône-Alpes, cars Favier, établissements Venet, autocars Bluma, cars Héritier venant aux droits de la société cars Express Chatelain, les rapides de Saône et Loire, autocars de la vallée d'Azergues, société Sirot, cars Moreau et le garage du Béguin réunis entendus au cours de la séance du

21 mai 2002 ; les sociétés Odin Régis, autocars Laurendon, cars Annequin, Stely cars, Transida, tourisme et loisirs, transports Rondy-Souchon et cars Fontana régulièrement convoquées ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) suivants ;

I. - Constatations

Les règles régissant le secteur du transport routier de voyageurs ont été considérablement modifiées par la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs dite LOTI, et par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée dite «*loi Sapin*», relative à la prévention et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques.

La loi du 30 décembre 1982 a, notamment, mis fin au caractère «*patrimonial*» des lignes régulières de transport de voyageurs qui, lorsqu'elles ne sont pas gérées en régie par les collectivités publiques, doivent faire l'objet de conventions à durée déterminée signées avec l'autorité compétente.

L'entrée en vigueur de la loi du 29 janvier 1993 a modifié les règles d'attribution des lignes de transport routier, en précisant les conditions de mise en concurrence des candidats pour l'attribution de délégations de service public.

Les contrats de délégation de service public de transport en cause dans la présente affaire s'inscrivent, notamment, dans ce nouveau contexte réglementaire.

■ A. - Les entreprises concernées

La chambre professionnelle des transporteurs-FNTV 69

La chambre professionnelle des transporteurs routiers du Rhône est un syndicat professionnel de transporteurs routiers de voyageurs et de marchandises qui adhère à la fédération nationale des transports de voyageurs (FNTV), fédération de syndicats professionnels. Cette adhésion lui permet d'accoler «*FNTV 69*» à son sigle.

Ce syndicat professionnel a, notamment, pour mission «*de défendre par tous moyens appropriés sur le plan départemental les intérêts moraux et professionnels de ses adhérents et de les représenter auprès de tous organismes publics ou privés*», et d'apporter une aide à ses adhérents en particulier «*dans les domaines juridique, social, technique, économique et financier*».

Le président de ce syndicat professionnel est M. Favre directeur de la société Transports Verney Rhône-Alpes (TVRA), qui a remplacé à ce poste, en mai 1996, M. Olivier Planche président du Conseil d'administration des autocars Planche, filiale à 100 % de la holding groupe Ernest Planche. En 1996, le syn-

dicat comptait 29 adhérents, ce qui représentait, selon son secrétaire général, environ 90 % de l'activité du transport de voyageurs du département.

Cartrans 69

Cartrans 69 est une association soumise au régime de la loi du 1^{er} juillet 1901, qui regroupe l'ensemble des entreprises exploitant des lignes de transport scolaires ou des lignes régulières dans le département du Rhône. Elle représente ses membres auprès des pouvoirs publics et collectivités locales et compte une trentaine d'adhérents.

Cartrans 69 a été consultée par le conseil général du Rhône lors de l'élaboration des cahiers des charges et des conventions de délégation de service public de transport relatifs aux procédures organisées en 1996.

L'association Cartrans 69 verse aux transporteurs les compensations financières qui sont allouées par le département lors de l'achat de véhicules neufs.

La holding groupe Ernest Planche

La holding Ernest Planche regroupe plusieurs sociétés de transport :

Les autocars Planche

Le siège de la société anonyme Autocars Planche est à Villefranche-sur-Saône, le président de son Conseil d'administration est M. Olivier Planche.

En 1995, le chiffre d'affaires de la société était réalisé à hauteur de 21 % par l'exploitation de lignes régulières, 43 % de lignes scolaires, 30 % de tourisme, et 6 % d'autres activités.

Les cars Buchet

La société anonyme Cars Buchet a son siège à Bourg de Thizy, c'est une filiale à 100 % de la holding groupe Ernest Planche.

En 1995, le chiffre d'affaires était généré à hauteur de 28 % par l'exploitation de lignes régulières, 22 % de lignes scolaires, 28 % de tourisme et 22 % d'autres activités de transport.

Rhône-Nord autocars (RNA)

La société anonyme Rhône-Nord Autocars, installée à Villefranche-sur-Saône, est une filiale à 50 % de la Holding groupe Ernest Planche et de la CGEA.

Le chiffre d'affaires était réalisé, en 1995, à hauteur de 37,85 % par l'exploitation de lignes régulières, 36,70 % de lignes scolaires, 6,30 % de tourisme et 19,15 % d'autres activités.

Les cars Cottin

Le Président du conseil d'administration de la société anonyme les cars Cottin est M. Emmanuel Peyer. Cette société est installée à Sauvigneux, dans la Loire.

Au moment des faits, le chiffre d'affaires de la société était généré à hauteur de 45 % par l'exploitation de lignes régulières, 46 % de lignes scolaires, 2 % de tourisme et 7 % d'autres activités.

Les sociétés dirigées par M. Jean-Paul Maisonneuve

La société d'entreprises camions et autocars Maisonneuve dite SÉCAM

C'est une société anonyme à directoire qui a pour activité les transports routiers de marchandises et de voyageurs. Elle dispose d'établissements à Mâcon (71), Panissières (42), Saint-Étienne (42), l'Arbresle (69), et Thoissey (01).

Les autocars Gaillard

Cette société a été reprise en novembre 1995 par la société Sécam qui détient désormais plus de 99 % du capital et décide de la politique commerciale.

Le chiffre d'affaires, en 1995, était généré à hauteur de 0,24 % par l'exploitation de lignes régulières, 56,93 % de lignes scolaires, 32,74 % de tourisme, 10,09 % d'autres activités.

Garanpazzi et cie

Installée à Saint-Étienne dans la Loire, la société Garanpazzi et Cie est une filiale de la société Sécam.

SA voyages Barlatier

La société anonyme voyages Barlatier est une filiale de la société Sécam. Le chiffre d'affaires était réalisé, en 1995, à hauteur de 10 % par l'exploitation de lignes régulières, 45 % lignes scolaires, 39 % tourisme, 6 % autres activités.

Stely cars

La société à responsabilité limitée Stely cars disposait, au moment des faits, d'un siège social situé à Saint Jean d'Ardières (69). La société Sécam a indiqué, en cours de procédure, que «*désormais Stely Cars fait partie du groupe Chazot (...)*».

La société Odin Régis

Au moment des faits, l'entreprise Odin Régis était exploitée en location-gérance par la sarl Odin Régis, dont M. Régis Odin était le gérant. Le 1^{er} janvier 2000, la sarl Odin Régis a acquis le fonds de commerce de Monsieur Odin qui a ensuite cédé ses parts à M. Pierre Pagneux, nommé gérant de la sarl Odin Régis en 2000.

Les cars Philibert

La société anonyme cars Philibert assure, d'une part, des transports de personnes et exerce, d'autre part, une activité de distributeur de véhicules de la marque Scania, pour laquelle elle dispose d'une concession.

Le groupe Verney

Transports Verney Rhône Alpes (TVRA)

Est une filiale à 100 % du groupe Verney ; M. Favre, directeur de TVRA, est président de la FNTV du Rhône depuis 1996 et vice-président de Cartrans 69.

Les cars Favier

La société anonyme Cars Favier appartient au groupe des transports Verney depuis le 1^{er} septembre 1994. Le président du conseil d'administration est M. Gris, adjoint de M. Verney, directeur général des cars Favier. Selon le représentant de la société cars Favier, *«les deux entreprises TVRA et Cars Favier sont des réseaux du groupe Verney mais restent indépendantes entre elles»*.

Les autocars de la vallée d'Azergues

Le siège social de la société anonyme les autocars de la vallée d'Azergues est à Saint-Just d'Avray. Cette société est dirigée par M. Hubert Millet.

Cars Sivignon Beaujolais voyages

Le siège social de cette société est situé à Marchampt dans le Rhône, son gérant est M. Joseph Sivignon.

Établissements Venet

Le siège social de la société à responsabilité limitée les établissements Raymond Venet est situé à Duerne dans le Rhône, son gérant est M. Raymond Venet.

Cars Berthelet

La siège de la société anonyme Cars Berthelet est situé à Crémieu dans l'Isère ; la société dispose d'un établissement à Ambérieu en Bugey dans l'Ain.

Les cars Annequin S.A.

Le siège social de la société anonyme Cars Annequin est situé à Bourgoin Jallieu dans l'Isère. Son président est M. Michel Annequin. La société anonyme a été

créée en 1995 ; avant cette date, et depuis 1977, l'entreprise était exploitée sous forme de société à responsabilité limitée.

Cariane

La société Cariane est une filiale du groupe SCETA, spécialisée dans le transport public de voyageurs. Elle fédère un réseau de 48 sociétés locales dont chacune est autonome et responsable.

Cariane Val de Saône

Le siège social de la société à responsabilité limitée les cars du Val de Saône, dont le nom commercial est Cariane Val de Saône, est situé à Chalon sur Saône, l'entreprise dispose de 6 établissements répartis dans trois départements : l'Ain, la Côte d'Or et la Saône et Loire.

Le groupe Faure

Le groupe Faure exploite deux sociétés d'autocars : les cars Faure, et les autocars Faure qui ont racheté la société les cars Dauphinois.

Les cars Faure

Le siège social de la société cars Faure est situé à Valencin dans l'Isère. Le président du conseil d'administration est M. Raymond Faure.

Les autocars Faure

La société anonyme autocars Faure a comme nom commercial «*les Cars Dauphinois*», le siège social de la société est situé à Valencin dans l'Isère ; son président est M. Raymond Faure. La société dispose de six établissements.

Les cars Moreau et le garage du Béguin réunis

La société anonyme les cars Moreau et le garage du Béguin réunis est présidée par Mme Fernande Moreau, il s'agit d'une entreprise de taille réduite, dont certains actifs ont été cédés selon les déclarations faites en séance par son représentant.

Les autocars Bluma

Le siège de la société à responsabilité limitée autocars Bluma est situé à Saint Symphorien sur Coise dans le Rhône. Cette société est dirigée par M. Maurice Bluma.

La société Cars Fontana

Le siège de la société à responsabilité limitée cars Fontana est situé à Brignais dans le Rhône. Le gérant de cette société est M. Alain Fontana.

Les sociétés dirigées par M. Loïc Blandin

Cars Express Chatelain

Le siège social de la société les Cars Express Chatelain est situé à Châlon-sur-Saône ; la société a, notamment, pour activités les transports scolaires et l'exploitation de lignes régulières.

Les rapides de Saône et Loire

Le siège social de la société anonyme rapides de Saône-et-Loire est à Mâcon (Saône-et-Loire), la société dispose de six centres d'exploitation ; elle exploite des lignes régulières, des lignes urbaines, des lignes de transport scolaires et exerce aussi une activité de transport de tourisme.

La société Sirot

La Sarl Sirot est située à Tarare, dans le Rhône, elle est gérée par M. Jean-Paul Sirot.

Société Rondy-Souchon

Le siège social de la Sarl Rondy-Souchon est situé à Saint-Germain Laval dans le département de la Loire, la société est dirigée par M. Roger Souchon.

Société Laurendon frères

Le siège social de la Sarl Laurendon frères est situé à Chalmazel dans la Loire. Au moment des faits, cette société était dirigée par M. Robert Laurendon. Il résulte de ses indications que cette société a été cédée le 1^{er} décembre 1998 à la société Autocars Rochette qui poursuit l'exploitation sous l'enseigne d'origine «*Autocars Laurendon Frères*».

La régie départementale des VFD

La régie départementale des VFD (voies ferrées du Dauphiné), est un établissement public industriel et commercial dont le siège est à Grenoble ; la régie est dirigée par M. Pierre Chauvet.

L'établissement exploite des lignes régulières, des lignes scolaires, des lignes de tourisme et des lignes urbaines. Avant 1996, cette régie n'exploitait aucun transport pour le compte du conseil général du Rhône.

Transida

La société Transida a été créée pour desservir la ville nouvelle de l'Île d'Abeau, elle ne dispose pas de moyens de transport propres, et gère la répartition de l'exploitation des lignes qui lui sont confiées entre les différents transporteurs détenteurs de son capital, à savoir les sociétés Faure, Berthelet, Philibert et Annequin.

Le GIE Transbrevenne

Le GIE Transbrevenne a été créé le 14 novembre 1990, avec pour mission l'organisation des transports publics par autocars dans la vallée de la Brevenne. Son activité résulte d'un contrat d'affrètement conclu avec la SNCF pour assurer la liaison Saint-Bel - Lyon. Le GIE ne dispose d'aucun moyen propre, les services sont assurés par les entreprises qui le composent à savoir : cars Cottin, Laurendon, Sécam, RNA, Souchon, Loisirs et Voyages. Cette dernière entreprise, à la différence des autres sociétés implantées dans le Rhône, est située dans le département du Puy-de-Dôme (63) et n'est pas concernée par la présente affaire. Ces sociétés disposent toutes du même nombre de parts dans le GIE.

■ B. - Les marchés en cause

En février 1992, le conseil général du Rhône a approuvé la refonte du schéma départemental des transports collectifs du département ; à l'exception de la desserte de l'aéroport Saint-Exupéry, les conventions de transport de voyageurs passées en 1989 arrivaient à échéance le 24 août 1996.

En 1996, mettant en œuvre pour la première fois les dispositions de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993, dite «*loi Sapin*», le conseil général du Rhône a organisé simultanément quatre procédures d'appel à candidatures pour quatre types de prestations de transport : les transports routiers réguliers non urbains de personnes, les transports scolaires, les transports routiers non urbains de personnes à la demande et, enfin, les transports réguliers de la ligne 175 qui assure la liaison entre Lyon et l'aéroport de Saint-Exupéry (situé à Satolas). Les documents contractuels prévoyaient expressément la possibilité de constituer des groupements entre entreprises avant le dépôt des candidatures. L'association Cartrans 69 a été associée par le conseil général à l'élaboration des documents contractuels relatifs aux différentes procédures de délégation de service public de transport mises en place.

La loi n° 93-122 du 22 janvier 1993, dite «*loi Sapin*», prévoit plusieurs étapes dans le cadre des procédures d'attribution de délégations de service public.

- publication de l'appel à candidature ;
- agrément des entreprises ou des groupements d'entreprises candidats ;
- dépôt des offres ;
- négociation des offres (le cas échéant) ;
- attribution des délégations de service public

Les transports routiers réguliers non urbains de personnes

La consultation organisée en 1996 concernait l'attribution de 38 lignes de transport routier régulier non urbain, le nombre de services aller/retour de chaque lot variait de 1 à 45. Il était prévu que ces lots de transport seraient exploités aux risques et périls de l'attributaire.

57 candidatures d'entreprises ont été retenues, mais 42 offres seulement ont été déposées soit une moyenne de 1,1 offre par lot :

- 35 lots ont fait l'objet d'une seule proposition ;
- 2 lots ont généré 2 offres ;
- 1 lot a généré 3 offres ;

A l'issue de la procédure, un seul lot a changé d'attributaire.

Les transports scolaires

Il s'agit de services de transport affrétés par le département en complément des services réguliers qui peuvent également être empruntés par les élèves. Il était prévu que les conventions étaient passées à prix forfaitaire.

80 lots étaient mis en concurrence, 224 candidatures ont été agréées et 110 offres ont été déposées, soit une moyenne d'environ 1,37 offre par lot :

- aucune offre n'a été faite pour un lot ;
- 1 offre a été faite pour 55 lots ;
- 2 offres ont été faites pour 19 lots ;
- 3 offres ont été faites pour 3 lots ;
- 4 offres pour 2 lots.

A l'issue de la procédure, 62 circuits ont été attribués à l'ancien titulaire, ou aux anciens titulaires formés en groupement, voire à l'ancien titulaire groupé avec un autre transporteur, soit une proportion de 77,5 %.

4 lots ont changé d'attributaire, soit 5 % des lots ; parmi ces lots, 1 lot n'a pas fait l'objet d'une proposition de l'ancien titulaire (n° 15).

Les lignes de transport non urbains de personnes à la demande

Les lignes de transport à la demande constituaient une création, lors de la procédure organisée en 1996. Ces transports sont organisés comme des services réguliers pour lesquels un itinéraire et des horaires fixes sont prévus (2 à 3 allers-retours par jour) ; toutefois, ces lignes ne fonctionnent que si au moins un client s'est manifesté (déclenchement de circuit).

Il était prévu 26 lignes, réparties en 26 lots, desservant les zones rurales du département, avec un nombre de services aller-retour variant de 1 à 9 ; ces circuits étaient exploités aux risques et périls du titulaire.

Ligne 175, Lyon aéroport de Satolas

Le nombre de services aller/retour était fixé entre 33 et 49. La convention, passée aux risques et périls de l'exploitant, a pris effet le 24 août 1996 et arrivera à échéance le 31 août 2003. Le service, qui était précédemment assuré par le GHIE Satobus, a été attribué à Via GTI.

Les groupements d'entreprises

Les pièces contractuelles prévoyaient expressément la possibilité de constituer des groupements d'entreprises.

Les dossiers de candidature comportaient notamment «une déclaration de groupement solidaire et de désignation du mandataire» pour les différents types de prestations de transports de personnes.

Plusieurs groupements ont été constitués pour exploiter des circuits de transport.

■ C. - Les pratiques relevées

L'avis d'appel à candidatures pour les quatre délégations de service public de transport a été publié le 23 janvier 1996, la date limite de dépôt des candidatures étant fixée au 28 février 1996. L'acceptation ou le refus des candidatures ont été notifiés individuellement aux entreprises ou aux groupements d'entreprises par courrier du 14 mars 1996. La date limite de dépôt des offres était fixée au 10 avril 1996.

Il ressort des éléments du dossier que des réunions entre transporteurs candidats à l'attribution des lots mis en concurrence se sont tenues, à l'initiative de l'association Cartrans 69, tout au long des procédures de mise en concurrence.

1. La réunion du 7 décembre 1995, antérieure à la publication de l'avis d'appel à candidatures

Cette réunion a été organisée par l'association Cartrans 69 ; toutefois, selon M. Sorlin, secrétaire général de Cartrans 69 et de la FNTV 69, «il ne semble pas qu'il y ait eu un compte-rendu rédigé sur cette réunion (...). Pour ma part, j'étais présent uniquement en début de réunion. Il me semble que le Conseil Général était représenté par M. Gargaïllo bien que son nom ne figure pas sur la liste de présence (...)».

L'ordre du jour était : «réflexions sur le prochain schéma départemental» ; l'exemplaire de la convocation remis aux enquêteurs par M. Sorlin porte la mention manuscrite «Projet cahiers des charges et conventions», qui vise les documents relatifs aux procédures d'appel à candidature organisées par le conseil général du Rhône.

Dès le 13 décembre 1995, soit plus d'un mois avant la publication des avis d'appel à candidatures, Cartrans 69 a transmis à ses adhérents un courrier contenant «à titre d'information, une synthèse des principales dispositions contenues dans les trois cahiers des charges suivants : cahier des charges des Lignes Régulières ; cahier des charges du Transport scolaire ; cahier des charges du transport à la demande».

Une copie du cahier de travail de M. Berthelet, président du conseil d'administration de la société cars Berthelet, indique : «Cartrans 11/10/95 O Planche. Gargaïllo

- *Procédure d'acquisition des cars scolaires*
- *Exprimer les craintes s/ schéma départemental*
- *priorités aux lignes régulières*
- *spéciaux en rabattement sur L. Régulières*
- *consultation dans le Rhône (entente)*
- *reprise du personnel*
- *Prévoir très clairement les lignes concernées et les véhicules remplacés».*

Interrogé par les enquêteurs sur la signification de l'indication relative à la consultation dans le Rhône, M. Berthelet a répondu *«la mention «consultation dans le Rhône (entente)» portée sous la rubrique Cartrans 11/10/95 se rapporte à une question qui a dû être posée par les participants à cette réunion. L'interrogation portait sur les groupements, dont la profession craignait qu'ils puissent être considérés comme des ententes».*

Au cours de cette réunion du 7 décembre 1995, soit antérieurement à la publication de l'avis d'appel à candidatures, il a été décidé d'organiser des réunions entre transporteurs par secteur géographique avant le dépôt des candidatures. Ces réunions se sont, notamment, tenues les 31 janvier 1996, 7 février, 12 février 1996, 13 février 1996, soit avant le dépôt des candidatures, et le 29 mars 1996, soit après le dépôt des candidatures mais avant le dépôt des offres.

2. Les réunions antérieures au dépôt des candidatures

La dernière publication de l'appel à candidature pour les délégations de service public de transport a été effectuée le 26 janvier 1996, la date limite de dépôt des candidatures étant fixée au 28 février 1996.

Une télécopie, adressée le 26 janvier 1996, à M. Fanjat, directeur d'exploitation de la société Philibert et annotée manuscritement par le destinataire, contient les informations suivantes *«à l'attention de Mr Fanjat/Cars Philibert. Merci de prendre contact en urgence avec Monsieur Olivier Planche, par téléphone portable ou cabine téléphonique au numéro suivant : 07.17.53.12. A partir de : Vendredi 26/01/1996 de 17 h 00 jusqu'à 21 h 00 ou le samedi 27/01/1996, toute la journée jusqu'à 19 h 00. Nord - Variot, Ouest - Guichardin Sud - VerneyEst - Faure Service comptabilité Sylvie Lhenry A Lyon le 26 janvier 1996, mercredi 31, 9 h 30 Palais des congrès, salle Saint-clair».*

Les indications manuscrites figurant sur la télécopie mentionnent des noms de responsables de sociétés de transport et des secteurs du département : *«Nord - Variot»* qui est le nom du directeur d'exploitation de la société Planche ; *«Ouest - Guichardin»*, en fait M. Guichardon, directeur adjoint de la société Sécam ; *«Sud - Verney»*, Verney étant le groupe de transporteurs auquel appartiennent TVRA et cars Favier ; enfin *«Est - Faure»* le groupe Faure exploitant les cars Faure et les autocars Faure. Des réunions par secteur géographique ont été effectivement organisées par des transporteurs importants du secteur.

Selon M. Berthelet, président du conseil d'administration de la société autocars Berthelet, *«en ce qui concerne l'appel d'offres du Rhône en 96,*

les cahiers des charges étaient succincts mais l'appel d'offres était lourd, puisque 3 types de services étaient concernés (transports scolaires, lignes régulières, transports à la demande). Là encore, des réunions par secteurs géographiques ont été organisées pour expliquer aux transporteurs les modalités de l'appel d'offres».

M. Fontana, gérant de la société cars Fontana, a déclaré : «à l'occasion des réunions Cartrans pour l'achat de véhicules fin 1995, début 1996 nous avons discuté entre collègues de l'appel d'offres qui allait être lancé par le CG 69 entre autres. J'ai participé dans ce cadre à trois réunions au Fimotel, rue Mérieux à Lyon ou au siège de la FNTV. Je n'ai participé à aucune réunion à Mornant ou à Salaize».

Toutes les réunions ont été initiées par l'association Cartrans 69, comme son représentant l'a expressément reconnu en séance. L'objectif, allégué, de ces réunions était d'expliquer aux transporteurs éventuellement candidats les modalités de la mise en œuvre de la loi Sapin et de faire se rencontrer les entreprises désirant présenter leur candidature en groupement. M. Maurice Bluma dirigeant de l'entreprise Bluma a déclaré sur ce point : «les réunions entre professionnels avant remise des offres portaient sur les incompréhensions suscitées par le nouveau schéma départemental dans le Rhône».

Cependant, Mme Fernande Moreau, présidente du conseil d'administration de la société les Cars Moreau et le garage du Béguin réunis, a déclaré : «je n'ai pas été invitée, ni même été au courant de réunions organisées par Cartrans, préalablement aux appels d'offres. Les dossiers me semblaient suffisamment explicites, et le conseil général était apte à donner les réponses précises sur cet appel à la concurrence».

La réunion du 31 janvier 1996

Des mentions figurant dans les agendas de plusieurs responsables d'entreprises mises en cause, ainsi que plusieurs déclarations recueillies par les enquêteurs révèlent qu'une réunion s'est tenue, entre responsables de sociétés de transport candidats à l'appel d'offres, au Palais des Congrès, salle Saint Clair n° 2, le 31 janvier 1996 à 9 h 30.

Les déclarations faites sur ce point permettent de considérer que l'objet de la réunion a été d'organiser les différentes réunions par secteur géographique qui se sont déroulées ultérieurement.

La réunion prévue le 06 février 1996, qui s'est tenue le 12 février 1996 (secteur Sud-Ouest)

Cette réunion a eu lieu à l'hôtel restaurant «La Bourdonnais» à Sérezin sur Rhône. M. Thomas, dirigeant de la société Cars Favier déclare : «concernant les transports scolaires, l'objectif était de retrouver les services assurés précédemment par les cars Favier ce qui a été le cas (...) Avant la date de réception des candidatures, j'ai assisté à plusieurs réunions : une avec M. Gargaillo du conseil général et une provoquée par Cartrans, à son siège, pour information sur les procédures et les cahiers des charges existant et notamment sur les possibilités de groupement entre diverses entreprises de transport. J'ai effectivement réservé à l'hôtel la Bourdonnais pour l'orga-

nisation d'une réunion avec une quinzaine de confrères qui avait pour but d'examiner les possibilités de groupements entre les différents participants. Il s'agit exclusivement d'entreprises de transport implantées dans le secteur du Sud-Ouest. Je me souviens sous toutes réserves que participaient à cette réunion, notamment : Mme Moreau (cars Moreau) ; Bluma ; Gaillard ; Maisonneuve ; Fontana ; Venet ; Faure. Cette réunion a eu lieu le 12 février 1996.»

M. Favre, directeur de la société TVRA, a expliqué : *«le 06 février, l'annotation «Caribou-Mornant» renvoie à une réunion secteur Mornant, c'est-à-dire le secteur Sud-Ouest du Rhône, pour là encore savoir si des entreprises voulaient se grouper. Comme d'habitude, cette réunion s'est tenue sous l'égide de Cartrans. La réunion initialement prévue dans ce restaurant s'est en réalité tenue à Sérezin sur Rhône le 12 février à 14 h 30 au restaurant la Bourbonnaise, celle du 06 ayant été annulée. C'est moi qui ai organisé la réunion, et cette fois, c'est moi qui y suis allé. C'est la société TVRA, ou plus exactement moi-même, en tant que vice-président de Cartrans, qui ait contacté les sociétés mentionnées dans mon agenda à cette date. Participaient à cette réunion, Bluma, Gaillard, Venet, Planche, Favier, Faure, Stelycar, Fontana, Garampazzi filiale de Sécam car ils ont une ligne qui traverse les monts du Lyonnais. J'ai donc contacté toutes les entreprises susceptibles d'être intéressées, du fait qu'elles avaient une activité sur la zone. Nous avons abordé les possibilités de groupement, après avoir explicité la démarche de l'appel d'offres. C'était donc une présentation générale de l'appel d'offres, puis j'ai expliqué la démarche d'un groupement, en expliquant que la société TVRA ne procéderait pas ainsi. Les entreprises pouvaient donc ensuite librement contacter qui elles souhaitent pour constituer un groupement ; généralement elles savaient qui contacter, du fait des situations déjà préexistantes (...) Le 12 février est donc la réunion mentionnée ci-dessus relative au secteur Sud-Ouest».*

Pour M. Guichardon, directeur adjoint de la société Sécam Maisonneuve, *«La réunion du mardi 8 février 1996 a été reportée au 12 février dans le Sud de Lyon mais pas au restaurant Caribou Mornant. Je pense avoir été informé de cette réunion par Jean-Paul Maisonneuve qui est directeur commercial de Sécam et qui m'a accompagné dans les diverses réunions précitées. Les principales entreprises présentes étaient : TVRA, Favier, Faure, Venet, Bluma, Moreau (...)».*

Selon M. Raymond Faure, *«concernant les appels d'offres du département du Rhône, par rapport à la lettre des cars Faure du 22.02.96 adressée aux cars Philibert (copie remise à M. Faure) ce courrier avait pour objet de constituer un groupement à la demande du conseil général compte tenu de l'imbrication des services spéciaux scolaires avec les lignes régulières sur ce secteur. La réunion qui y ait faite référence a eu lieu à Transida quelques jours avant - les quatre entreprises citées en annexe à cette lettre étaient à la réunion - Mme Renée Gadoud, responsable développement a quant à elle assisté à la réunion à l'hôtel restaurant «la Bourbonnaise» à Sérezin avec les transporteurs lyonnais qui avait pour objet : faire le point sur les cahiers des charges et appels d'offres du département du Rhône. Cette réunion a eu lieu à une date dont Mme Gadoud ne se souvient plus. Il y avait une dizaine d'entreprises environ représentées cette réunion s'est tenue néanmoins*

début 96. La réunion du mardi 6 février 1996 a été reportée au 12 février 1996 à 14 h 30. Il me semble qu'elle s'est tenue dans le sud de Lyon mais pas au restaurant Caribou Mornant. Je pense avoir été informé de cette réunion par Jean-Paul Maisonneuve qui est directeur commercial de Sécam et qui m'a accompagné dans les diverses réunions précitées. Les principales entreprises présentes étaient : TVRA, Favier, Faure, Venet, Bluma, Moreau».

Selon M^{me} Hontabone, directeur financier et administratif de la société Gaillard, «concernant la participation de la société Gaillard aux réunions organisées sur l'appel d'offres du conseil général du Rhône il m'est difficile de me souvenir de leur contenu. (...). Concernant la réunion du 12 février 1996 à l'hôtel restaurant la Bourbonnaise dont vous me citez le nom, ou celle du 29 mars 1996, je ne me souviens plus précisément à laquelle j'ai assisté, car je me souviens m'être rendue à ce lieu une seule fois. Je pense qu'il s'agit plus vraisemblablement de la réunion du 12 février 1996 car son objet était de savoir comment présenter les dossier et constituer les groupements. Notre attention a été attirée plus particulièrement sur l'importance des documents à fournir pour éviter le rejet des candidatures. L'animation a été essentiellement assurée par M. Planche qui a insisté sur les aspects formels de la procédure. Il n'y a eu aucune discussion pour aboutir à une répartition des lots entre les participants dont je suis incapable de citer les noms compte tenu de l'ancienneté de cette réunion (...)».

La réunion du 07 février 1996 (secteur Nord)

Cette réunion a eu lieu à la maison du Beaujolais à Belleville, elle concernait le secteur Nord.

M. Guichardon, directeur adjoint de la société Sécam, a déclaré : «la réunion du 7 février a eu lieu en fait à la maison du Beaujolais à Belleville. J'ai pour ma part contacté les entreprises de Saône-et-Loire, Carianne Val-de-Saône, Chatelain. Les autres entreprises présentes étaient les sociétés Planche, RNA, Sivignon».

M. Favre, de la société TVRA, a exposé que «lors des appels d'offres, la possibilité de faire acte de candidature en groupement était ouverte. La mention «Val de Saône» renvoie à un secteur défini et existant dans le cadre de l'appel d'offres. Nous avons réuni sous l'égide de Cartrans les transporteurs susceptibles d'être intéressés pour répondre sous forme de groupement sur ce secteur. Ces réunions visaient l'appel d'offres lancé par le conseil général du Rhône. Celui-ci avait lancé son appel d'offres sous forme de lots, aussi il était possible de se présenter en groupement ou en candidature individuelle (...). Il s'agissait en l'occurrence de transports scolaires et de lignes régulières. La réunion visait à réunir les transporteurs implantés dans le Val-de-Saône, ce qui correspond à peu près au grand Nord-Est du département du Rhône. Étaient donc présents, la société RNA, Sécam Maisonneuve, Planche, mon adjoint, les cars Sivignon et quelques autres petits transporteurs locaux».

La réunion du 08 février 1996 (secteur Ouest)

Cette réunion s'est tenue à l'hôtel de la Brevenne. M. Guichardon, directeur adjoint de la société Sécam, a déclaré : *«la réunion du jeudi 8 février 1996 à 9 h 30 à l'hôtel de la Brevenne regroupait les sociétés suivantes : Barlatier, RNA, Planche, Buchet, Sirot, Chevallier, autocars de la vallée d'Azergues, Bancillon, Odin, plus les entreprises de la Loire, à savoir Souchon - Rondy, Laurendin, Cottin».*

La réunion du 13 février 1996

Selon M. Favre, de la société TVRA, *«le 13 février 1996, à 17 h il est annoté «FNTV». Il se pourrait que cela corresponde à un simple passage de ma part au syndicat, mais cela pourrait être aussi une réunion rapide entre les responsables de Cartrans afin de faire le point sur les différentes réunions relatives aux appels d'offres et organisées dans les différents secteurs géographiques (...). En plus des réunions auxquelles nous avons participé, il s'en est tenue une autre portant sur le secteur «Est» du département, probablement organisée par les cars Faure. Pour le secteur «Nord», l'organisateur de ces réunions devait être soit un responsable des cars Planche, soit des Cars Sécam (...) Quant à l'annotation du 22 février «rappeler Faure pour AO 69» je ne me rappelle pas à quoi elle renvoie».*

M. Guichardon, de la société Sécam Maisonneuve, a déclaré : *«la réunion du mardi 13 février 1996 à 17 h au syndicat FNTV du Rhône avait pour but de faire la synthèse des différentes réunions de secteurs. Nous devions être un peu plus nombreux qu'aux réunions précédentes à laquelle ont participé la majorité des adhérents au syndicat FNTV du Rhône (...)».*

3. La réunion du 29 mars 1996, antérieure au dépôt des offres

La date limite de dépôt des candidatures était fixée au 28 février, celle de dépôts des offres au 10 avril 1996. Une réunion entre transporteurs s'est tenue le 29 mars 1996, entre ces deux dates.

Selon M. Favre, de la société TVRA, *«en marge de la semaine n° 12, la mention «appeler Planche pour réunion par...», pourrait avoir trait à la réunion qui s'est tenue le 29 mars 1996 à Sérezin. En effet, de nouvelles réunions par secteur ont été organisées pour les entreprises qui souhaitaient se grouper. La mention complète du 29 mars est d'ailleurs : «réunion de secteur à Sérezin : mandataire groupement (copie accords reçus). L'objet de la réunion était la constitution des dossiers de réponse à l'appel d'offres des divers groupements, ce qui nécessitait leur présence simultanée. J'avais déjeuner(é) dans le même lieu avec M Thomas et M Testi, et je devais être présent en début de réunion pour introduire celle-ci. J'ai donc conservé ce rôle d'organisateur de la zone Sud-Ouest pour le compte de Cartrans».*

M. Raymond Faure, des sociétés Cars et Autocars Faure, a indiqué que *«M. Cataldo a assisté à une deuxième réunion à l'hôtel restaurant «la Bourbonnaise» le 29 mars 1996, réunion indiquée sur son agenda par la mention «14 h 00 - secteur Sud» - l'objet de la réunion qui regroupait une*

dizaine d'entreprises avait pour objet le cahier des charges, la constitution de groupements pour les appels d'offres du département du Rhône (...).

4. La constitution de groupements d'entreprises

Plusieurs participants à des réunions de secteurs exposent qu'il y a eu constitution de groupements entre les précédents titulaires quand un circuit était auparavant exploité par plusieurs entreprises.

Ainsi, M. Joseph Sivignon, gérant de la société Sivignon, a déclaré : *«dans le cadre des réunions de la FNTV du Rhône Rue Marcel Meyrieux à Lyon, nous avons évoqué les prochaines soumissions au conseil général en matière de transports et notamment nous avons émis le souhait de nos lignes. A cet égard je précise que je suis administrateur de la FNTV du Rhône - section transports scolaires - ainsi que M. Lhoste des autocars Buchet. Je ne me souviens pas des dates exactes des réunions».*

Les constitutions de groupements d'entreprises ont permis aux candidats de conserver l'exploitation des mêmes lots. M. Sivignon a expliqué, à cet égard, que : *«nous avons renoncé à présenter une proposition sur les lots 51 et 64 car un maintien des lots exploités précédemment nous suffisait. C'est l'entreprise Sécam Maisonneuve qui les a obtenu. Pour le lot 40, nous avons constitué un groupement avec Sécam-Maisonneuve de Belleville dans lequel nous étions mandataire car avant 1996 nous exploitions dans le cadre de ce lot 3 services sur 4. L'élaboration de l'offre a été faite en reprenant le détail du chiffrage des services relevant de chaque entreprise. Les cars Sivignon ont également soumissionné à titre individuel sur ce lot (...). J'ai rencontré effectivement avec mon fils, M. Guichardon (Sécam Maisonneuve) dans son bureau le 20 février 1996 à 11 heures comme le mentionne mon agenda pour savoir si nous faisons une candidature groupée ou non avec les types de véhicules à proposer et pour déterminer le mandataire sur le lot 40 (...).*»

Après que leur candidature eut été agréée par le Conseil Général du Rhône, certaines entreprises ont renoncé à déposer des offres. M. Guichardon, de la société Sécam, a justifié l'absence de dépôt d'offre pour des lots pour lesquels la candidature de la société avait été agréée, en ces termes : *«nous avons fait acte de candidature sur la ligne 216 pensant qu'il s'agissait d'une ligne nouvelle mais après examen du parcours il s'avérait qu'il s'agissait d'une augmentation de la fréquence d'une ligne de marchés déjà existante et exploitée par la société Planche. Ainsi pensant que ce service ne serait pas attribué à la société Sécam nous avons renoncé à déposer une offre. Sur la ligne T66 Barlatier exploitait un service spécial scolaire sur le trajet défini pour la ligne T66. Pour autant Sécam a présenté sa candidature dans l'hypothèse où notre filiale ne serait pas retenue. La société Barlatier ayant été retenue nous n'avons plus jugé utile dans la 2^e phase de déposer une offre au nom de Sécam. (...) La société Sécam n'a pas répondu sur les lots 41, 42, 43, 44, 48, 50, 62, 70 dans la 2^e phase par manque de véhicules sachant que la société a concentré ses efforts sur les lots qu'elle détenait précédemment, soit une partie du lot 19, le lot 20, 23, 24, 25 en partie, 27 en partie, 40 en partie, 49 en partie, 51, 55, 64, 68 en partie, 75 en partie,*

76 en partie et 80. Les groupements se sont faits avec les entreprises qui précédemment étaient titulaires d'une partie des lots (...).

M. Planche, de la holding Ernest Planche, a expliqué que «la stratégie de l'entreprise a été la suivante : afin de conserver le même volume, nous avons soumissionné sur notre secteur et nous avons essayé de constituer des groupements sur les lots où nous nous trouvions plusieurs en concurrence (...) l'objectif de l'entreprise Planche dans le cadre de cette consultation a été d'obtenir au moins les mêmes lignes que celles exploitées précédemment et dans le cas où la ligne anciennement exploitée était incluse dans un lot où intervenait une autre entreprise, de constituer un groupement. Ce fût le cas pour le lot de Neuville, en transports scolaires, où nous trouvant sur ce même lot avec l'entreprise Verney, nous l'avons sollicitée pour constituer un groupement».

■ D. - Les griefs notifiés

Sur la base de ces constatations, les griefs suivants ont été notifiés :

- 1) à l'Union professionnelle des transporteurs routiers du Rhône - FNTV 69, et Cartrans 69, pour avoir organisé une concertation entre transporteurs dans le cadre des procédures de délégations de services publics de transport organisées par le département du Rhône ; avoir eu l'initiative de réunions par secteur géographique dont la finalité était d'assurer la répartition des lots des marchés entre les transporteurs, l'échange de prix et d'informations entre entreprises en situation de se faire concurrence, ce qui a pu avoir pour objet ou pour effet d'entraîner une augmentation artificielle des prix, et d'abuser le conseil général sur l'intensité concurrentielle réelle des consultations. Il est également fait grief à ces organisations professionnelles d'avoir favorisé la constitution de groupements d'entreprises pour maintenir l'exploitation de plusieurs lots en faveur de certaines entreprises, et d'empêcher l'exercice normal de la concurrence ;
- 2) aux sociétés autocars Planche, cars Favier, TVRA, et Sécam, pour avoir organisé des réunions par secteurs géographiques dans le but de permettre une concertation entre transporteurs exerçant dans le secteur, d'échanger des informations, et de répartir l'attribution des lots entre entreprises en situation de se faire concurrence, les privant d'indépendance dans le choix des circuits, l'établissement de leurs offres et la fixation de leurs prix, ce qui a pu avoir pour effet une augmentation artificielle des prix, en outre a été favorisée la constitution de groupements d'entreprises pour maintenir l'exploitation de lots au bénéfice de certaines sociétés et l'exercice normal de la concurrence a été restreint si ce n'est empêché ;
- 3) aux sociétés autocars Planche, cars Buchet, RNA, Sécam, autocars Gaillard, Garanpazzi, voyages Barlatier, Tourisme et Loisirs, cars Philibert, Transports Verney Rhône-Alpes (TVRA), cars Favier, autocars de la vallée d'Azergues, cars Sivignon Beaujolais Voyages, établisse-

ments Venet, cars Berthelet, les cars Annequin SA, Cariane Val de Saône, cars Faure, autocars Faure, les cars Moreau et le garage du Béguin réunis, sarl autocars Bluma, sarl autocars Fontana, Cars Express Chatelain, les rapides de Saône et Loire, la régie départementale des VFD, la S.A. Cars Cottin, la sarl Laurendon Frères, sarl Rondy-Souchon, sarl Sirot, sarl Odin Régis, S.A. autocars Chazot pour la société Stelycars et Transida, pour avoir participé à une ou plusieurs réunion(s) de concertation entre transporteurs, avoir échangé des informations, s'être réparti des lots entre entreprises en situation de se faire concurrence, s'être délibérément privé d'indépendance dans le choix des circuits, l'établissement des offres et la fixation des prix, ce qui a pu avoir pour effet de générer une augmentation artificielle des prix, pour avoir constitué des groupements d'entreprises afin de conserver l'exploitation de lots, ces pratiques ayant empêché l'exercice normal de la concurrence, et ayant pu abuser le conseil général du Rhône sur l'intensité concurrentielle réelle des consultations ;

toutes ces pratiques concertées, qui ont eu pour objet et pour effet de fausser et restreindre le fonctionnement normal de la concurrence entre entreprises lors des procédures de passation de délégations de service public de transport organisées par le conseil général du Rhône, étant constitutives d'ententes anti-concurrentielles au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce, et ayant porté un préjudice direct et grave à l'ordre public économique.

Décisions / 02-D-58

741

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

■ A. - Sur la procédure

1. Sur la compétence du Conseil de la concurrence

Considérant que plusieurs des sociétés en cause soutiennent que le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour apprécier la régularité des procédures d'attribution de délégations de service public de transport mises en oeuvre par le conseil général du Rhône ;

Considérant que le Conseil de la concurrence n'est effectivement pas compétent pour se prononcer sur la régularité des procédures de dévolution de délégations de service public, ou de marchés publics, organisées par une personne publique, le contentieux de ces actes administratifs, qui mettent en oeuvre des prérogatives de puissance publique, relevant de la compétence exclusive du juge administratif ;

Mais considérant qu'en l'espèce, les comportements examinés sont ceux des entreprises candidates à l'attribution de lots dans le cadre des délégations de services publics de transport ; que ces pratiques, qui, de toute évidence, ne

constituent pas des actes administratifs, ne concernent nullement la mise en œuvre de prérogatives de puissance publique ; que l'examen de telles pratiques n'implique aucune appréciation de la légalité d'actes administratifs ou de procédures administratives et n'est donc pas de nature à relever de la compétence du juge administratif ; que, dans ces conditions, le Conseil de la concurrence est compétent pour examiner les pratiques relevées par l'enquête au regard des articles L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant que certaines entreprises opposent, en outre, que le Conseil de la concurrence est incompétent pour examiner les pratiques qui lui sont soumises dans la mesure où les prix des prestations en cause sont déterminés par la collectivité départementale elle-même et que, dans ce cadre, il ne peut y avoir de concurrence entre les transporteurs, qui sont soumis à des tarifs de service public ;

Mais considérant qu'en l'espèce, les pratiques soumises au Conseil de la concurrence ne concernent ni la légalité, ni encore l'opportunité des tarifs fixés à l'issue des négociations conduites par le conseil général avec les sociétés ayant déposé des offres, mais seulement le comportement d'entreprises en situation de se faire concurrence par les mérites et par le montant auquel elles offrent d'effectuer les prestations demandées, offres qui seront ensuite éventuellement négociées avec le conseil général ; qu'ainsi que l'a précisé le Conseil de la concurrence, dans une décision 01-D-13 du 19 avril 2001, relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs dans le département du Pas-de-Calais, *«(...) dans la pratique, le prix initialement proposé joue un rôle essentiel pour déterminer avec quel candidat la collectivité va engager ultérieurement les négociations (...)»* ; que les pratiques mises en œuvre par les entreprises en cause, à l'occasion de procédures d'appel d'offres sont indépendantes des tarifs fixés par la collectivité publique et relèvent de la compétence du Conseil de la concurrence ;

2. Sur le caractère inéquitable de la procédure

Considérant que plusieurs entreprises qualifient la procédure d'enquête et d'instruction d'inéquitable ; que la société Cariane Val de Saône fait valoir, à cet égard, que ses représentants n'ont pas été entendus au cours de l'enquête qui s'est déroulée en 1996 et 1997 et qu'elle n'a pas pu organiser sa défense, dans la mesure où, compte tenu du délai écoulé depuis les faits, elle n'a pu retrouver les pièces ou recueillir les témoignages qui lui auraient permis de contredire les témoignages à charge retenus par le rapporteur ; que sur ce point, la procédure constitue une violation de l'article 6 paragraphe 3 de la Convention européenne des droits de l'Homme, qui prévoit que *«tout accusé a droit à être informé dans le plus court délai (...) de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui (...)»* ;

Mais considérant qu'ainsi que l'a précisé la cour d'appel de Paris à plusieurs reprises et, notamment, dans deux arrêts des 19 janvier 1999 et 26 janvier 1999, *«(...) les règles de l'enquête définies par l'ordonnance du 1er décembre 1986 ne font pas obligation aux agents qui y procèdent de confronter les responsables des entreprises avec les auteurs des déclarations qui les mettraient en cause ou des les interroger sur des pièces saisies chez des*

tiers (...)» ; qu'en outre, en l'espèce, la société n'apporte pas d'éléments permettant de considérer que le délai écoulé entre la commission des faits et la notification des griefs aurait entravé la mise en œuvre de sa défense et l'aurait empêchée de produire des témoignages permettant de contredire les éléments recueillis au cours de l'enquête ;

Considérant que plusieurs entreprises mises en cause exposent que la durée excessive de la procédure doit conduire à écarter les griefs retenus contre elles ;

Mais considérant qu'il doit, tout d'abord, être relevé que l'affaire en cause concernait un nombre important d'entreprises et de lots ; que, par ailleurs, les parties ne démontrent nullement que la durée de la procédure aurait entravé l'exercice de leurs moyens de défense et les aurait privées d'un procès équitable ; qu'en tout état de cause, et à supposer même que le délai de procédure puisse être considéré comme excessif, la sanction encourue n'est pas la nullité de la procédure mais la réparation du préjudice pouvant résulter de la durée excessive de celle-ci ;

■ B. - Sur les pratiques relevées

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-6 du code de commerce *«Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, le Conseil peut décider (...), qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure»* ;

Considérant qu'il a été constaté qu'à l'issue de la procédure initiée par le conseil général du Rhône, d'une part, plus de 97 % des lots de transports routiers réguliers non urbains de personnes avaient été attribués à l'entreprise qui exploitait la ligne avant la consultation, d'autre part, 62 circuits de transports scolaires avaient été attribués à leur ancien titulaire ou aux anciens titulaires constitués en groupement, voire à l'ancien titulaire groupé avec un autre transporteur, soit une proportion de 77,5 %, et que 5 % des lots seulement avaient changé d'attributaire ;

Considérant que cette grande stabilité dans la répartition des lignes peut résulter, comme l'allèguent les entreprises en cause, d'un comportement normalement concurrentiel, mis en œuvre indépendamment par des entreprises cherchant, en priorité, à se voir attribuer à nouveau les lignes dont elles étaient antérieurement attributaires (1) mais qu'elle peut aussi résulter d'une entente entre les entreprises en cause (2) ;

1. - Sur le parallélisme de comportement des entreprises

Considérant que diverses pièces et déclarations figurant au dossier démontrent qu'à quelques exceptions près, les transporteurs n'ont pas fait acte de candidature ou déposé d'offres pour des lignes exploitées par un autre transporteur avant l'organisation des procédures de mise en concurrence ;

Considérant que la volonté exprimée, lors de leur audition, par certains des dirigeants d'entreprises concernées, de conserver, à l'issue de la procédure,

l'exploitation des mêmes lots de transport n'est pas anticoncurrentielle en soi ; qu'ainsi que l'ont fait valoir les entreprises en cause, les coûts générés par l'exploitation d'un lot de transport de personnes et, notamment, ceux liés aux investissements nécessaires en moyens matériels et humains, sont de nature à justifier un nombre limité d'offres de la part de PME locales et peuvent expliquer la déperdition constatée, au total, entre le nombre de candidatures agréées et le nombre d'offres formulées ; que l'organisation logistique mise en place pour exploiter une ligne et l'expérience acquise au cours de cette exploitation permettent des économies de coûts qui ne sont accessibles qu'à l'exploitant déjà en place ; que cette circonstance expliquerait que les anciens titulaires des lignes ont pu offrir des prix plus faibles que leurs éventuels concurrents et, ainsi, remporter le marché ;

Considérant que le parallélisme de comportement des entreprises en cause ne peut donc suffire à lui seul, à démontrer l'existence d'une entente anticoncurrentielle, une telle situation pouvant, en effet, résulter de décisions prises par des entreprises qui s'adaptent de façon autonome au contexte du marché ;

2. - Sur l'entente

Considérant qu'en matière de marchés publics ou privés sur appels d'offres, l'entente anticoncurrentielle entre entreprises est établie dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles ont convenu de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations portant, notamment, sur les prix qu'elles envisageaient de proposer, antérieurement à la date limite de dépôt des offres ;

Considérant qu'il résulte des éléments décrits en partie I-C de la présente décision que l'association Cartrans 69 a organisé un certain nombre de réunions entre les transporteurs de la région, susceptibles d'être candidats à l'appel d'offres, tout au long de la procédure ; qu'ainsi, ont eu lieu, le 7 décembre 1995, une réunion antérieure à l'avis d'appel à candidature, les 31 janvier, 6, 7, 8, 13 février 1996, cinq réunions antérieures au dépôt des candidatures et, le 29 mars 1996, une réunion antérieure au dépôt des offres ;

S'agissant de la réunion du 7 décembre 1995

Considérant que cette réunion avait pour ordre du jour «*Réflexions sur le prochain schéma départemental*» et «*Projet cahiers des charges et conventions*» ; qu'elle a donné lieu à l'établissement d'une liste de présence mais non d'un compte-rendu ; qu'aucun élément au dossier ne permet de prouver que cette réunion aurait eu d'autres buts que celui correspondant à son ordre du jour, en particulier, que les participants auraient discuté de la coordination des offres et échangés des informations, notamment sur le prix de leurs offres ;

S'agissant de la réunion du 31 janvier 1996

Considérant qu'il est établi que cette rencontre avait pour but de fixer le calendrier des réunions sectorielles ; qu'aucun élément figurant au dossier ne permet de prouver qu'elle aurait eu d'autres buts ;

S'agissant des réunions sectorielles des 7, 8, 12 et 13 février 1996

Considérant que les déclarations recueillies au cours de l'enquête convergent pour préciser que l'objet des réunions en cause était, d'une part, d'expliquer le nouveau schéma départemental de transport ainsi que les modalités de la nouvelle procédure, d'autre part, d'envisager la constitution de groupements ;

Considérant que les dates auxquelles se sont tenues ces réunions rendent plausibles ces explications ; qu'en effet, en premier lieu, la nouveauté des procédures mises en œuvre par le conseil général a pu provoquer des interrogations chez les transporteurs et des demandes d'information de leur part ; qu'en deuxième lieu, la constitution de groupements d'entreprises était expressément autorisée par le conseil général et constituait une nouveauté qui a pu entraîner des interrogations fondées chez les transporteurs et susciter l'organisation de rencontres, notamment, par secteurs géographiques ; qu'il convient de relever, à cet égard, que les groupements devaient être constitués avant le dépôt des offres comme le confirme le rejet par le conseil général de l'offre formulée par la société Venet pour exécuter un lot de transport non urbain de personnes à la demande, alors que c'est la candidature du groupement Venet-Cottin qui avait été agréée et non celle de la société Venet ; Considérant qu'aucun élément matériel du dossier ne donne à penser que l'objet de ces réunions aurait été autre, notamment, aucune déclaration et aucun document n'est de nature à établir que d'autres sujets que le nouveau schéma départemental et les modalités de groupements auraient été évoqués lors de ces rencontres ;

S'agissant de la réunion du 29 mars 1996

Considérant que, selon la mention relevée sur l'agenda de M. Favre de la société TVRA, «réunion de secteur à Sérézin : mandataire groupement», et, selon ses déclarations, l'objet de la réunion était «la constitution des dossiers de réponse à l'appel d'offres des divers groupements, ce qui nécessitait leur présence simultanée» ; que, selon la mention relevée sur l'agenda de M. Raymond Faure, des sociétés Cars et Autocars Faure, «14 h 00 - secteur Sud» et selon ses déclarations, la réunion «avait pour objet le cahier des charges, la constitution de groupements pour les appels d'offres du département du Rhône» ;

Considérant que la date de la réunion est postérieure à la date limite de déclaration des candidatures de groupements ; que la constitution de tels groupements ne pouvait donc être l'objet de cette réunion ; que la constitution de dossiers de réponse à l'appel d'offre pouvait, certes, nécessiter de réunir les entreprises d'un même groupement mais non pas les entreprises de groupements différents ; que par ailleurs, l'analyse du cahier des charges est déjà mentionnée par les entreprises en cause comme ayant justifié l'organisation des réunions se tenant depuis le mois de décembre précédent ;

Considérant, toutefois, qu'en l'absence d'autres éléments la preuve de l'objet ou de l'effet anticoncurrentiel de cette réunion manque en fait ;

S'agissant des groupements

Considérant que les groupements d'entreprises étaient expressément autorisés par le cahier des charges et que des groupements ont été effectivement constitués ; que les entreprises en cause ont justifié la formation de ces groupements par leur volonté d'augmenter leurs chances de retrouver, à l'issue de la mise en concurrence, les lignes dont elles étaient déjà attributaires, lorsque ces lignes étaient, dans un même lot, fondues avec d'autres ; qu'il n'est pas établi que, dans les circonstances de l'espèce, ce comportement ait été illicite ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que le parallélisme de comportement observé entre les entreprises en cause et qui a abouti à ce qu'elles ont obtenu, dans la grande majorité des cas, l'exploitation des mêmes lignes que celles dont elles étaient, auparavant, titulaires ne suffit pas, en l'espèce, à établir que cette situation résulterait d'une entente ; qu'il n'est pas établi que les réunions entre professionnels, qui se sont déroulées entre le 7 décembre 1995 et le 29 mars 1996, ont eu pour objet ou pu avoir pour effet de conduire les entreprises qui y ont participé à se concerter pour se répartir les marchés de transports non urbains de personnes soumis à appel à candidature par le conseil général du Rhône dans le cadre de délégations de service public en 1996 ; qu'il n'est pas établi que les groupements constitués à cette occasion l'aient été de façon illicite ; qu'en conséquence, il convient de faire application des dispositions de l'article L. 464-6, précité à la chambre Professionnelle des Transports Routiers du Rhône – FNTV 69, la FNTV, Cartrans 69, la régie départementale des VFD et aux sociétés : autocars Planche, cars Favier, TVRA, Sécam, cars Buchet, RNA, autocars Gaillard, Garampazzi, voyages Barlatier, Tourisme et Loisirs, cars Philibert, cars Favier, autocars de la vallée d'Azergues, cars Sivignon Beaujolais voyages, établissements Venet, cars Berthelet, cars Annequin, Carians Val de Saône, cars Faure, autocars Faure, cars Moreau et garage du Béguin réunis, autocars Bluma, autocars Fontana, Cars Express Chatelain, rapides de Saône et Loire, cars Cottin, Laurendon frères, Rondy-Souchon, Sirot, Odin Régis, autocars Chazot pour la société Stely cars et Transida.

Décide

Article 1 : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} Nguyen-Nied, par M. Nasse, vice-président, président la séance, M^{mes} Mader-Saussaye et Perrot, MM. Charrière Bournazel et Piot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président, président la séance,
Philippe Nasse

02-D-59

Décision n°02-D-59 du 25 septembre 2002 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Ain

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 20 avril 1999, sous le numéro F 1136, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de la situation de la concurrence dans le secteur du transport routier de voyageurs dans les départements de l'Ain, du Rhône et de l'Isère ;

Vu les pratiques mises en œuvre dans le département de l'Ain instruites dans le dossier référencé F 1136-1 par la rapporteure ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement et par les sociétés Autocars Bas, Autocars Planche pour elle même et pour la société Courriers des Dombes, Cariane Val de Saône, Cariane Touriscar Ain, Cars Berthelet, Cars Philibert, Gonnet Bustours, Sécam Tourisme Guderzo, Trans-Jura Cars, Transports Verney Rhône-Alpes (TVRA), Voyages Cognat, par la Régie départementale des transports de l'Ain (RDTA), ainsi que par l'Union professionnelle des transporteurs routiers de l'Ain (UPTRA), la FNTV01 et la Fédération nationale du transport de voyageurs (FNTV) ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés Autocars Planche pour elle même et pour la société Courriers des Dombes, Cariane Val de Saône et Cariane Touriscar Ain, cars Berthelet, cars Philibert, Gonnet Bustours, Sécam, Transports Verney Rhône-Alpes (TVRA), Voyages Cognat, de la Régie départementale des transports de l'Ain (RDTA), de la Fédération nationale du transport de voyageurs (FNTV), de l'Union professionnelle des transporteurs routiers de l'Ain (UPTRA) et de la FNTV01 entendus au cours de la séance du 21 mai 2002 ; les sociétés Autocars Bas, Tourisme Guderzo, Trans-Jura Cars, ayant été régulièrement convoquées ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) suivants ;

Décisions / 02-D-59

747

I. - Constatations

Les règles régissant le secteur du transport routier de voyageurs ont été considérablement modifiées par la loi n° 82-1153 du 30 décembre 1982 d'orientation des transports intérieurs, dite LOTI et par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 modifiée, relative à la prévention et à la transparence de la vie économique et des procédures publiques, dite «loi Sapin».

La loi du 30 décembre 1982 a notamment mis fin au caractère «patrimonial» des lignes régulières de transport de voyageurs lesquelles, lorsqu'elles ne sont pas gérées en régie par les collectivités publiques, doivent faire l'objet de conventions à durée déterminée signées avec l'autorité compétente.

La loi du 29 janvier 1993 a modifié les règles d'attribution des lignes de transport routier, en précisant les conditions de mise en concurrence des candidats pour l'attribution de délégations de service public.

Les contrats de délégation de service public de transport en cause dans la présente affaire s'inscrivent dans ce nouveau contexte réglementaire.

Par lettre du 17 juin 1994, le conseil général de l'Ain a consulté 14 transporteurs en vue d'obtenir des propositions pour attribuer les lots de transport scolaire nécessaires à la desserte du collège de Leyment qui venait d'être créé ; la date limite de dépôt des offres était fixée au 4 juillet 1994.

Par délibération du 30 mai 1995, le conseil général de l'Ain a décidé de remettre en concurrence l'ensemble des transports scolaires organisés dans le département en mettant en œuvre, pour la première fois, les dispositions de la loi Sapin. Après négociation des offres, le conseil général, par délibération du 4 juin 1996, a approuvé le choix des délégataires de service public de transport auxquels ont été attribués 220 lots.

■ A. - Les entreprises concernées

L'Union professionnelle des transporteurs routiers de l'Ain, et la FNTV 01

L'Union professionnelle des transporteurs routiers de l'Ain, dite UPTRA, est un syndicat professionnel de transporteurs, comportant une section transports de marchandises et une section transports de voyageurs. En décembre 1996, ce syndicat comptait 180 adhérents : 160 transporteurs de marchandises et 20 transporteurs de voyageurs. L'UPTRA adhère à la Fédération nationale des transports de voyageurs (FNTV).

L'utilisation du sigle UPTRA-FNTV01 atteste de l'adhésion de cette organisation professionnelle à la Fédération nationale des transports de voyageurs (FNTV) qui est une fédération de syndicats à laquelle adhèrent librement des organisations professionnelles dotées de la personnalité morale et qui demeurent indépendantes de la FNTV.

Cartrans 01

Cartrans 01 est une association soumise au régime de la loi 1901, créée en 1986 pour représenter l'ensemble des transporteurs du département qui assurent des prestations de transport scolaire. Elle négocie avec le conseil général de l'Ain la révision des prix de transport scolaire, pour les lignes spécialisées ou régulières. Elle a été consultée par les services du conseil général de l'Ain, préalablement à la mise en concurrence des lignes de transports scolaires, sur la durée des contrats, l'âge des véhicules, la formation des conducteurs.

L'association Cartrans 01 était animée au moment des faits, notamment par des représentants des entreprises de transport les plus importantes du département : les sociétés cars Philibert, Gonnet Bustour, Sécam et la régie départementale des transports.

Les Autocars Bas voyages

La société à responsabilité limitée autocars Bas est une entreprise familiale dont le gérant est, depuis février 1996, M. Gilles Bas, qui a succédé à son père. Le siège social de la société est situé à Saint-Cyr sur Menthon.

La société a obtenu 6 lots représentant un montant global de 1 348 350,11 FF soit 205 554 €.

Les autocars Planche

La société anonyme autocars Planche appartient à la holding groupe Ernest Planche. Au moment des faits, le chiffre d'affaires de la société était réalisé à hauteur de 21 % par l'exploitation de lignes régulières, 43 % de lignes scolaires, 30 % de tourisme, et 6 % d'autres activités.

La société a obtenu 7 lots de transport scolaire équivalant à un montant total de 746 322,00 FF soit 113 776 €.

Cariane

La société Cariane est une filiale du groupe SCETA spécialisée dans le transport public de voyageurs, qui fédère un réseau de 48 sociétés locales.

Cariane Touriscar Ain

La société Cariane Touriscar Ain a son siège social à Bellegarde sur Valserine.

Elle a obtenu 4 lots de transport scolaire d'un montant total de 843 945,35 FF soit 128 658 €.

Cariane Val de Saône

La société à responsabilité limitée Les cars du Val de Saône dont le nom commercial est Cariane Val de Saône, a son siège social à Chalon-sur-Saône et dispose de 6 établissements dont deux dans le département de l'Ain, à Bourg en Bresse et Attignat.

La société Cariane Val de Saône a obtenu 12 lots d'un montant total de 1 724 445,23 FF soit 262 889 €.

Les Cars Berthelet

Le siège social de la société anonyme cars Berthelet est situé à Crémieu dans l'Isère, elle dispose d'un établissement à Ambrieu-en-Bugey dans l'Ain.

Le conseil général de l'Ain a attribué à cette société l'exploitation de 4 lots représentant un montant global de 748 195,00 FF soit 114 061 €.

La société cars Philibert

La société anonyme cars Philibert, dont le siège est situé à Caluire-et-Cuire (Rhône), assure, d'une part, des transports de personnes, d'autre part, depuis 1961, la distribution de véhicules de la marque Scania dans le cadre d'une concession.

Le président du conseil d'administration de cette société est M. Marc Philibert ; le siège social est situé à Caluire-et-Cuire dans le Rhône. Le directeur d'exploitation est M. Jean-Paul Fanjat, président de l'UPTRA et de Cartrans 01 au moment des faits.

En avril 2000, la société Philibert a repris la société Voyages Cognat dont elle continue l'activité.

A l'issue des procédures examinées, le conseil général de l'Ain a confié à cette société l'exploitation de 49 lots, pour un montant total de 10 775 597,00 FF soit 1 642 729 €.

Les Courriers des Dombes

La société anonyme les «*Courriers des Dombes*» a été acquise par le groupe Ernest Planche en octobre 1998. En octobre 1999, elle a fait l'objet d'une fusion-absorption par la société des autocars Planche.

La société a obtenu 13 lots d'un montant total de 2 937 382,23 FF soit 447 801 €.

Gonnet Bustours

Au moment des faits, la société anonyme Gonnet Bustours était une filiale de la société Transdev ; elle-même filiale de la Caisse des dépôts et Consignations. La société Gonnet Bustour a été rachetée en 2000 par trois salariés ; depuis cette acquisition, l'activité de la société se poursuit mais a été réduite. Le siège social de la société est situé à Belley.

Monsieur Lamotte, qui était directeur de la société Bustours au moment des faits, était également secrétaire adjoint de FNTR-FNTV 01, qui sont des branches de l'UPTRA.

La société a obtenu l'exploitation de 38 lots, pour un montant total de 8 451 059,00 FF soit 1 288 355 €.

La société d'entreprises camions et autocars Maisonneuve dite SECAM

La Secam est une société anonyme à directoire qui a pour activité le transport routier de voyageurs et de marchandises. Elle dispose d'établissements à Mâcon (71), Panissières (42), Saint-Etienne (42), l'Arbresle (69), et Thoissey (01).

Le conseil général de l'Ain a attribué à cette société 6 lots représentant un montant total de 809 477,40 FF soit 123 403 €.

Tourisme Guderzo

La société à responsabilité limitée Tourisme Guderzo a été créée en 1988. Elle exploite, d'une part, une activité de transport routier de voyageurs, d'autre part, une activité de négoce de produits pétroliers. Son siège social est situé à Villieu Loyes Mollon.

La société Tourisme Guderzo exploite 6 circuits de transport scolaire dans l'Ain, équivalant à un montant total de 947 699,54 FF soit 144 475 €.

Trans-jura cars

La société à responsabilité limitée Trans-Jura cars a pour activité les transports routiers réguliers de voyageurs. Son siège social est situé à Oyonnax.

Cette société a obtenu l'exploitation de 6 lots, pour un montant total de 805 694,00 FF soit 122 827 €.

Les Transports Verney Rhône Alpes (TVRA)

La société TVRA est une filiale à 100 % du groupe Verney. Elle assure des transports scolaires dans le Rhône et l'Isère, qui représentaient, en 1997, 6 % de son activité.

La société, qui a présenté des offres sur plusieurs circuits, n'en a obtenu aucun.

Les Voyages Cognat

La société anonyme voyages Cognat était présidée au moment des faits par M. Gérard Cognat. Elle a été reprise en avril 2000 par les cars Philibert qui poursuivent l'activité. La société Voyages Cognat a été radiée du registre du commerce le 14 novembre 2001.

La société a obtenu 7 lots de transport scolaires représentant un montant global de 892 912,10 FF soit 136 123 €.

La Régie départementale des transports de l'Ain (RDTA)

La régie des transports de l'Ain est un établissement public à caractère industriel et commercial doté de la personnalité morale et de l'autonomie financière. Elle exploite des services de transports de voyageurs. Son directeur a occupé les fonctions de vice-président de la section voyageurs de la FNTV 01 entre 1994 et 1997.

La RDTA exploite 47 lots de transport scolaire d'un montant global de 7 190 155,20 FF soit 1 096 132 €.

■ B. - Les marchés de transport scolaire

Les pratiques constatées concernent deux marchés publics de transport scolaire.

1. - Le marché passé en 1994 pour desservir le collège de Leyment

Le marché de transport scolaire passé par le conseil général de l'Ain en 1994 avait pour objet d'assurer la desserte du collège de Leyment qui venait d'être créé, et qui accueille des élèves depuis septembre 1994.

Les prestations de transport étaient réparties en 6 services :

- Charnoz - Chazey/Ain – collège de Leyment ;
- Sainte Julie - Rignieu le Désert – collège de Leyment ;
- Villieu - Loyes - Mollon – collège de Leyment ;
- Blyes - l'Hopital -Chaze/Ain – collège de Leyment ;
- Villieu - Port de Loyes – collège de Leyment ;
- Ambutix - Leyment collège jumelé avec Proulieu - Posafol - collège de Lagnieu.

Le conseil général a consulté 14 entreprises. Seules, quatre d'entre elles ont déposé des offres : les Cars Philibert, Berthelet et Guderzo ainsi que la Régie départementale des transports de l'Ain (RDTA).

2. - La procédure organisée en 1995-1996 concernant les délégations de transports scolaire

Par délibération du 30 mai 1995, le conseil général de l'Ain a décidé de remettre en concurrence l'ensemble des services de transport scolaire du département en mettant en œuvre, pour la première fois, les dispositions de la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 relative à la prévention et à la transparence de la vie économique et des procédures, dite «loi Sapin».

La procédure de sélection des délégataires de services publics prévue par cette loi comporte plusieurs phases successives :

- appel à candidatures ;
- sélection des candidats admis à présenter une offre ;
- remise des offres détaillées par les candidats ;
- négociation avec un ou plusieurs candidat(s) ayant déposé une (des) offre(s) ;
- choix du délégataire.

Conformément à la réglementation applicable, 80 conventions ont été soumises à une procédure simplifiée et 220 conventions ont fait l'objet d'une mise en concurrence dans les conditions prévues par la loi Sapin.

La date limite de dépôt des candidatures était fixée au 7 juillet 1995 ; 30 candidatures ont été agréées sur les 32 formulées ; l'agrément des candidatures a été notifié aux entreprises le 28 décembre 1995 accompagné du règlement de la consultation comprenant notamment la liste des 30 entreprises agréées pour présenter une offre. La date limite de dépôt des offres était fixée au 4 mars 1996 ; la phase de négociation entre le conseil général et les soumissionnaires s'est déroulée en avril 1996, par délibération du 4 juin 1996 le conseil général a approuvé le choix des entreprises et a autorisé la signature des conventions.

Lors de l'élaboration du cahier des charges, le conseil général a engagé une réflexion avec l'association Cartrans 01 qui regroupe les transporteurs routiers du département. Selon M. Michaud, chef du service des affaires scolaires et immobilières au conseil général de l'Ain, *«très peu de circuits ont été modifiés de manière substantielle ce qui a été recherché avec le cabinet Erès c'est de rationaliser l'enchaînement des circuits et de définir précisément les caractéristiques des arrêts et des horaires. Le principe de la consultation a été de raisonner par car en recherchant à optimiser le nombre de circuits que pouvait réaliser chaque car. On a d'abord essayé de diviser le département en zones mais on avait des problèmes aux franges des zones pour pouvoir faire jouer la concurrence. On a agréé les entreprises, soit pour une zone géographique, soit pour l'ensemble du département»*.

Du fait de la participation de l'association Cartrans 01 à l'élaboration des pièces contractuelles, les transporteurs connaissaient la décision de remettre en concurrence les lots de transport scolaire, et le calendrier prévisionnel de la consultation dont le projet a été diffusé auprès des entreprises par la circulaire n° 1649 de l'UPTRA-FNTV 01 du 25 avril 1995.

■ C. - Les pratiques relevées

1. - La consultation organisée en 1994 pour desservir le collège de Leyment

Le 17 juin 1994, le conseil général de l'Ain a consulté 14 sociétés pour obtenir des propositions en vue d'attribuer douze itinéraires de transport scolaire, répartis en 6 lots, destinés à desservir le collège de Leyment qui a ouvert en septembre 1994.

Parmi les sociétés consultées, seules quatre entreprises ont formulé des

offres : les cars Philibert, les cars Berthelet et la société Tourisme Guderzo, ainsi que la régie des transports de l'Ain (RDTA). Les offres des sociétés Philibert, Berthelet et de la RDTA ont été déposées au conseil général le 1^{er} juillet 1994, les offres de la société Tourisme Guderzo ont été déposées le 4 juillet 1994.

Un document daté du 1^{er} juillet 1994, remis par M. Fanjat, directeur d'exploitation de la société cars Philibert, qui au moment des faits était président de la section voyageurs de l'union professionnelle des transporteurs routiers de l'Ain (UPTRA) et président de l'association Cartrans 01, mentionne outre des numéros de téléphone de transporteurs, huit lots de services et des prix en regard du nom de société ; certaines cases sont marquées d'une croix, les chiffres ainsi cochés sont apparus correspondre aux propositions les moins disantes :

Appel d'offres transports scolaires département de l'Ain-CES Leyment

Services	Guderzo	Berthelet	Régie	Philibert	
N°1 Charnoz/ Chazey/ Leyment	920	930		X 900	853,00 46,92
N°2 Mas Dupuy/ le Trolliet/ Ste Julie/ Chazey sur Ain/ Rignieu/ Leyment		1030	X 980		
N°3 Bublane/ Chatillon la Palud Gevrieux/ St Maurice de Remens/ Leyment	950			X 930 881,52 48,48	
N°4 Villieu/ Leyment	X 900			930	
N°5 Blyes/ Lhopital/Leyment	960	X 920		930	
N°6 Mollon/ Loyes/ Villieu/ Port de Loyes/ Leyment	950			X 930	
N°7 Proulieu/ Posafol/ le Charveyron/ Lagnieu/ Ambutrix/ Leyment			X 1100		
N°8 x St Eloï/ Joyeux/ Faramans	530			X 515 488,15 26,85	

Nota : le cadre du document est dactylographié, ainsi que le chiffre 980 de l'offre n° 2 de la Régie ; tous les autres chiffres sont manuscrits.

Les offres remises au conseil général, retranscrites dans le tableau ci-dessous, sont semblables, à quelques ajustements près, aux indications figurant sur le document remis par M. Fanjat :

Service	Entreprise	Offres TTC
Charnoz - Chazey/Ain - coll Leyment (N° 1)	Philibert	900 F
	Guderzo	920 F
	Berthelet	930 F
Ste Julie - Rignieu le Désert - coll de Leyment (N° 2)	RDTA	980 F
	Berthelet	1 030 F
Villieu - Loyes - Mollon - coll Leyment (N° 4)	Philibert	930 F
	Guderzo	900 F
Blyes - l'Hopital -Chaze/Ain coll Leyment (N° 5)	Philibert	930 F
	Berthelet	920 F
	Guderzo	960 F
Villieu - Port de Loyes - coll Leyment (N° 6)	Philibert	930 F
	Guderzo	940 F
Ambutix - Leyment collège jumelé avec Proulieu - Posafol - collège de Lagnieu (N° 7)	Régie départementale des transports de l'Ain (RDTA)	1 100 F

Les entreprises mentionnées dans le document remis par M. Fanjat ont effectivement déposé des offres pour les lots qui y sont indiqués. Les prix proposés à la collectivité locale sont identiques à ceux du document remis par M. Fanjat à deux exceptions près : pour le lot n° 6, l'offre Guderzo a été proposée à la collectivité locale à un prix légèrement inférieur à celui du document, sans remettre en cause que l'offre de la société Philibert est restée la plus basse ; pour le lot n° 8, la société Guderzo n'a pas déposé d'offre ; dans tous les cas, l'offre indiquée par une croix sur le document remis par M. Fanjat correspond à l'offre la moins-disante déposée au conseil général.

M. Guderzo responsable de la société Tourisme Guderzo a déclaré : *«concernant la desserte du collège de Leyment, et l'appel d'offres du CG de l'Ain de 1994, vous me présentez une grille comparative de prix datée du 1^{er} juillet 94. J'ai dû communiquer mes prix à cette occasion, par téléphone. Les numéros 74.61.10.65 et 07.54.30.55 sont mes numéros d'entreprise à l'époque (téléphone mobile pour le 2^e.)»*

Selon le directeur de la RDTA, *«sur l'appel d'offres relatif à la création d'un nouveau service de transport pour desservir les CES de Leyment, je me souviens que ces services ont été proposés en échange d'autres services dénoncés par le conseil général dans le même secteur (Lagneux ou Ambérieu) et qu'il y a eu un accord avec les entreprises concernées pour que chacune retrouve le même nombre de services».*

Enfin, M. Fanjat, a remis aux enquêteurs des copies de l'appel d'offres annotées à la main. Sur le document relatif à la desserte *«collège de Lagnieu et de Leyment»*, est portée la mention manuscrite *«régie»*. Compte tenu des communes mentionnées : Proulieu, Prosafol, Le Chaveyron, il apparaît que ce parcours a fait l'objet d'une seule offre d'un montant de 1 100 F émanant de la RDTA c'est à dire la *«régie»*.

2. - Sur la procédure d'attribution des lots de transports scolaires organisée en 1995-1996

Il ressort des pièces du dossier et de déclarations de transporteurs que lors d'une réunion organisée par l'UPTRA-FNTV01 à Bourg en Bresse, le 13 décembre 1995, il a été décidé d'organiser, par secteur géographique, des réunions entre transporteurs candidats à l'attribution de lots de transport scolaire. Un document, remis par M. Fanjat, relatif à la réunion du 13 décembre, fait état de la procédure en cours et porte les indications manuscrites suivantes : *«calendrier de la procédure, le cahier des charges, l'organisation interne»*.

S'agissant du rôle des organisations professionnelles et en particulier de l'UPTRA et de Cartrans 01, M. Fanjat a déclaré : *«à la réunion du 13 décembre 1995, (...) en tant que président du syndicat je reconnais avoir souhaité compte tenu des difficultés économiques, une concurrence loyale et intelligente. J'ai demandé aux transporteurs de se parler»*. M. Bas, dirigeant de la société Bas Transports, a déclaré *«en ce qui concerne la mise en concurrence des transports scolaires le syndicat n'a pas donné de consignes précises si ce n'est de maintenir le statu quo existant. Il était recommandé aux transporteurs de ne pas venir concurrencer de façon trop importante les titulaires en place»*.

Les échanges d'informations entre entreprises avant le dépôt des offres ont, notamment, été organisés lors de réunions par secteur géographique dont, il n'est pas contesté que le principe a été arrêté lors de la réunion du 13 décembre 1995.

Selon M. Moricourt, directeur de la Régie départementale des transports de l'Ain au moment des faits, *«à cette réunion du 13 décembre 1995, le principe de réunions par secteur géographique entre les transporteurs a été défini»* ; cette information est confirmée par M. Barbault, dirigeant de la société Trans-Jura-Cars *«c'est bien lors de la réunion syndicale du 13/12/95 que ce principe de coordination par secteur a été décidé»*.

Les notes manuscrites de M. Testi, adjoint au directeur de la société TVRA, remises à l'enquêteur, indiquent, notamment, *«la réunion FNTV (Bourg le 13/12/95) : (...)»*

Sectorisation

J.P. Maisonneuve	}	Vallée de la Saône
	}	Dombes
		Bresse
Barbot (barré)	}	Haut Bugey
Lamotte	}	Bas Bugey
	}	Gex
régie de l'Ain		Bresse
M. Moricourt		
Philibert	}	Plaine de l'Ain (...).

M. Fanjat, président de l'UPTRA au moment des faits, a précisé que les réunions par secteur étaient organisées par les responsables d'importantes entreprises de transport *«pour chaque réunion de secteur figurent les noms des responsables des entreprises leader sur chaque zone»*.

Les déclarations concordantes de transporteurs établissent que plusieurs réunions par secteur géographique ont été organisées entre transporteurs entre le 17 janvier 1996 et le 31 janvier 1996 ;

2.1 La réunion du 17 janvier 1996, secteur du Haut Bugey

Cette réunion s'est tenue dans les locaux de la société Trans-Jura cars. Le directeur de la régie départementale des transports de l'Ain (RDTA), M. Moricourt, a déclaré *«j'ai participé à la réunion secteur du «Haut Bugey» chez Trans-Jura Cars qui a eu lieu le 17 janvier 1996. Son objet était identique à la réunion que j'ai organisée»*. Cette information est confirmée par M. Barbault, de l'entreprise Trans-Jura cars : *«concernant le secteur d'Oyonnax, il y a eu une réunion réduite, ici même, avec M. Lamotte de Gonnet Bustours, accompagné d'un collaborateur, M. Cognat, M. Moricourt et M. Burdeyron et moi-même. La date du 17 janvier 1996 est probable. Globalement, les petites entreprises ont demandé à conserver leurs activités scolaires, et en contre partie, à ne pas concurrencer les autres sur les nouveaux lots. Il a été convenu une reconduction des lots à l'identique. Chaque lot a été passé en revue. Il se peut que des offres de couverture aient été faites dans certains cas»*.

Les déclarations de MM. Moricourt et Barbault, participants à la réunion, et les mentions figurant dans les agendas de MM. Lamotte (Gonnet Bustour) et Moricourt (RDTA), révèlent que les entreprises représentées lors de cette réunion étaient : Trans-Jura Cars, RDTA, Gonnet Bustour, et les Voyages Cognat.

Cette réunion concernait les lots n° 145 à 152 et 168 à 195, à l'issue de la procédure, les entreprises qui ont participé à la réunion ont obtenu la totalité des lots du secteur.

2.2 La réunion du 18 janvier 1996, secteur de Gex

Cette réunion qui concernait les lots 196 à 214, a été organisée par M. Lamotte, directeur de la société Gonnet Bustours.

M. Moricourt, directeur de la RDTA, a déclaré : *«j'ai également participé à la réunion du secteur de Gex organisée par M. Lamotte de Gonnet Bustours. Il est probable que ce soit le 18 janvier 1996 dans un lieu public. Les principaux participants étaient Cariane Bellegarde, Gonnet Bustours, et la régie»*.

Les sociétés, dont la présence à cette réunion est révélée par M. Moricourt, ont obtenu, à l'issue de la procédure, tous les lots du secteur géographique concerné.

2.3 La réunion du 23 janvier 1996 à Belleville, secteur Val de Saône

Pour M. Guichardon, directeur adjoint de la société Secam, *«le but des rencontres avec les responsables des sociétés concurrentes était de déterminer sur quels lots et dans quelles conditions la société Secam pouvait inter-*

venir en groupement avec ses entreprises. C'est par exemple le cas des rendez-vous suivants : mardi 23 janvier à 9 h 30 (...)». M. Moricourt, directeur de la RDTA, qui n'a pas participé à cette rencontre, a indiqué avoir été contacté que M. Maisonneuve, dirigeant de la société Sécam, avait pris contact avec lui à propos de cette rencontre.

Cette réunion est mentionnée dans l'agenda de M. Guichardon, directeur adjoint de la société Sécam, ainsi que dans celui de M. Favre, directeur de la société TVRA. La société Cars Philibert n'a, pour sa part, pas contesté avoir participé à cette réunion ;

Les sociétés Sécam, TVRA, et cars Philibert ont obtenu 42,5 % des lots du secteur.

2.4 La réunion du 25 janvier 1996, secteur Bresse-Revermont

La réunion relative au secteur Bresse-Revermont a été organisée par la RDTA, comme l'a explicitement admis son directeur : *«pour ma part, j'ai organisé la réunion du secteur «Bresse-Revermont» à laquelle ont participé les entreprises : Les courriers des Dombes, Philibert, Secam, M. Bas, Cariane Val de Saône. Cette réunion a eu lieu au siège de la régie. Je ne me souviens plus précisément de la date. Il est possible qu'elle ait eu lieu le 25 janvier 1996. Sur mon agenda, j'ai inscrit dans la matinée «transports scolaires 9 h». Les participants ont été invité par téléphone, il n'y a pas eu de convocation écrite, ni d'ordre du jour ni de compte rendu. La réunion avait pour objet d'analyser les marchés dans le secteur Bresse-Revermont et de voir comment chacun allait se positionner»*.

Selon M. Guichardon, directeur-adjoint de la société Secam, *«jeudi 25 janvier 1996 à 9 h Bourg RDTA. Il s'agit d'une rencontre dans le cadre du syndicat FNTV 01 pour avoir des informations sur la manière de répondre à l'appel d'offres transport scolaire de l'Ain»*.

Les sociétés Sécam, Courrier des Dombes, Cars Philibert, Cariane Val de Saône, RDTA et les transports Bas ont obtenu 79 % des lots du secteur.

2.5 La réunion du 31 janvier 1996 à Saint-Vulbas, secteur Bas Bugey-Plaine de l'Ain

M. Fanjat, directeur d'exploitation de la société les cars Philibert, a organisé la réunion entre transporteurs qui s'est tenue à Saint-Vulbas le 31 janvier 1996. Il a déclaré : *«pour ce qui me concerne, la réunion du secteur Bas Bugey - Plaine de l'Ain s'est tenue à Saint Vulbas mais je ne me souviens plus précisément des entreprises qui étaient présentes ce jour-là. On a clairement demandé aux participants de ne pas s'assassiner. Il y a quatre ou cinq entreprises concernées par ce secteur»*.

M. Guderzo gérant de la société tourisme Guderzo, a, lors de son audition par les enquêteurs, déclaré : *«à la date du 31 janvier 1996, on constate, sur mon agenda une annotation qui a été effacée avec du blanc. Par transparence, on peut lire : «10 h réunion transports scolaires → CDL St Vulbas»*.

En outre, selon M. Barbault, de la société Trans-Jura, «*concernant les réunions par secteur organisées par le syndicat, je vous confirme avoir été invité à plusieurs de ces réunions. J'ai participé à celle qui a eu lieu à Saint-Vulbas. Il y avait Fanjat, Berthelet, Tourisme Verney, Guderzo, il devait y avoir une dizaine de personnes. L'objet en était les transports scolaires. M. Lamotte n'y était pas. Mais je ne me souviens plus trop des présents. L'idée générale était de ne pas déstabiliser les entreprises suite à cet appel d'offres. La discussion a pu porter sur certains lots*». Ceci est confirmé par M. Moricourt de la RDTA lorsqu'il déclare «*j'ai participé à la réunion de St Vulbas du 31 janvier 1996 pour les mêmes discussions en présence des entreprises Gonnet Bustours, Philibert, Guderzo, Trans-Jura Cars, Berthelet, TVRA.*».

96 % des lots du secteur ont été attribués aux entreprises représentées lors de cette réunion.

2.6 La réunion du 30 mars 1996

L'assemblée générale de FNTR 01 - FNTV 01 s'est tenue, le 30 mars 1996, à la salle polyvalente de Montluel ; cette réunion, qui s'est tenue juste avant le début des négociations entre le conseil général et les entreprises ayant déposé des offres, a permis d'échanger des informations entre transporteurs, et d'évoquer la procédure de délégation de service public de transports scolaires et les modalités de négociation avec la collectivité locale.

M. Fanjat a ainsi déclaré : «*concernant la réunion voyageurs qui s'est tenue le 30 mars 1996 à Montluel, nous souhaitons qu'il y ait une seule consultation y compris avec la régie. Nous avons souhaité que seules les candidatures pas trop éloignées soient retenues*». Il a remis ses notes relatives à cette réunion : «*Montluel 15 30 Réunion voyageurs Mise en œuvre de la loi Sapin*

appel à candidatures	7.7.95	
dépôt des offres	1.3.396	
négociation avec les autorités organisatrices sur le cahier des charges		
durée de la convention	7 ans	
âge des véhicules	10 < 15 ans	
	20 > 15 ans	
organisation des appels d'offres		
par zone ou pour l'ensemble du départ.		
par lot ou par service		
candidats retenus	Entreprises extérieures.	Régie de l'Ain
fin des conventions article 122-12		
Organisation des réponses sur le plan syndical		
réunion générale		
réunions par secteur		
	Gex	JP Lamotte
	Haut Bugey	G Barbauer
	Bresse-Revermont	Moricourt
	Val de Saône	Maisonneuve JP
	Bas Bugey Plaine de l'Ain.	JP Fanjat.

2.7 L'objet et l'effet des rencontres entre transporteurs

Selon les transporteurs, les réunions par secteur avaient toutes le même objet, c'est à dire, notamment, expliquer les modalités de formulation des offres, et permettre l'échange d'informations entre transporteurs. S'agissant de la réunion du 17 janvier 1996, Trans-Jura cars affirme que *«globalement les petites entreprises ont demandé à conserver leurs activités scolaires, et en contre partie, à ne pas concurrencer les autres sur les nouveaux lots. Il a été convenu une reconduction des lots à l'identique. Chaque lot a été passé en revue (...)»*.

S'agissant de la réunion du 31 janvier 1996, M. Barbault, de la société Trans-Jura cars, soutient que *«l'idée générale était de ne pas déstabiliser les entreprises suite à cet appel d'offres. La discussion a pu porter sur certains lots»*.

Au cours de l'enquête, les sociétés Sécam et TVRA ont déclaré que les réunions par secteur concernaient les possibilités de constitution de groupements.

Peu d'offres ont été formulées par les sociétés candidates à l'attribution de lots de transport : 52,7 % des lots n'ont suscité qu'une seule offre, 36,8 % des lots ont suscité 2 offres, seuls 4 lots sur 220 ont suscité 4 offres. A l'issue de la procédure, seuls 3 lots ont changé de délégataire. Cette stabilité a été reconnue, notamment, par le gérant de la société Tourisme Guderzo, qui a déclaré : *«finalement nous avons obtenu les mêmes lots que par le passé»*.

Par ailleurs, un document daté du 27 février 1996, remis à l'enquêteur par le dirigeant de la société Trans-Jura Cars, contient les indications suivantes :

«Lot 174 service 2909 effectué par RDTA

<i>proposition à envoyer 810 x 173</i>	<i>= 140130 ;</i>
<i>51 places 2658</i>	<i>soit Total HT = 140130</i>
<i>proposition RDTA</i>	<i>780 x 173 = 134940».</i>

La commission d'ouverture des plis constate, dans son rapport, que la proposition formulée par la société RDTA pour le lot 174 est de 134 940 FHT et la proposition de Trans-Jura cars est de 140 130 FHT, soit précisément les montants mentionnés sur le document du 27 février 1996, dont la date est antérieure au dépôt des offres, puisque la RDTA a déposé son offre le 1^{er} mars 1996, et la société Trans-Jura cars la sienne, le 4 mars.

Le directeur de la RDTA a déclaré, à propos de la similitude des prix entre le document daté du 27 février, et les montants relevés dans le rapport de la commission d'ouverture des plis : *«concernant l'échange d'informations avec la société Transjura cars, j'ai du communiquer à M. Budeyron notre offre de prix par téléphone après avoir envoyé ma soumission»*.

En conclusion, la présence des sociétés est révélée soit par les déclarations des intéressés, soit par les déclarations de participants ou organisateurs :

Réunion de secteur	Date	Lieu	Organisateur	Entreprises participantes
Haut Bugey (Oyonnax)	17/01/96	Trans-Jura Cars	Trans-Jura Cars	RDTA, Trans-Jura Cars, Gonnet Bustours, M. Cognat,
Gex	18/01/96	Lieu public (non précisé)	M. Lamotte Gonnet Bustours	Cariane Bellegarde, RDTA, Gonnet Bustours
Val de Saône	23/01/96	Maison du Beaujolais à Belleville	M. Maisonneuve Secam	Secam, TVRA, Philibert
Bresse-Revermont	25/01/96	Siège RDTA	M. Moricourt RDTA	Courriers des Dombes, cars Philibert, Secam, M. Bas, Carianne Val de Saône, RDTA, TVRA
Bas Bugey Plaine de l'Ain	31/01/96	Saint Vulbas	M. Fanjat cars Philibert	RDTA, Gonnet Bustours, cars Philibert, Tourisme Guderzo, Trans-Jura Cars, cars Berthelet, TVRA
Assemblée générale FNTR01/ FNTV 01/ UPTRA	30/03/96	Montluel	FNTR01/FNTV 01/ UPTRA	

A l'issue de la procédure, la société Trans-Jura cars a obtenu un montant total de conventions de 805 694,00 F soit 1,93 % du montant global et 2,63 % des lots ; Gonnet Bustours a obtenu 8 451 059,00 F soit 20,24 % du montant total et 16,66 % des lots ; Secam 809 477,40 F soit 1,94 % du total et 2,63 % des lots ; RDTA 7 190 155,20 F soit 17,22 % du total et 20,62 % des lots ; enfin, la société cars Philibert a obtenu un montant global de délégations de service public de 10 775 597,00 F soit 25,81 % du total et 21,50 % des lots.

Les organisateurs des réunions par secteur ont obtenu 67,13 % du montant global des délégations de service public, et 64,04 % des lots.

3. - Sur le prix du coût kilométrique marginal

Le cahier des charges de la consultation demandait aux candidats d'indiquer dans leurs offres le prix du coût du kilomètre marginal. M. Michaud, chef du service des affaires scolaires et immobilières du conseil général de l'Ain, a expliqué, sur ce point : *«on a introduit dans les nouveaux marchés un coût marginal pour tenir compte des modifications de circuits qui pourraient intervenir compte tenu de la durée des contrats. Certains prix proposés par les entreprises nous ont semblé élevés. J'ai donc négocié un prix inférieur en me basant sur les prix de la régie et sur ceux acceptés en Saône et Loire. Un accord est intervenu avec les entreprises qui ont accepté un prix maximum de 6,25 F après étude».*

Avant même le dépôt des offres, les organisations professionnelles ont évoqué cette notion avec leurs adhérents. Les notes manuscrites de M. Testi, adjoint au directeur de la société TVRA, relatives à la réunion du 13 décembre 1995, indiquent : *«la réunion FNTV (Bourg le 13/12/95) :*

«(symbole «danger») coût marginal doit être fort (6 f Km coût marg) (...).».

Le gérant de la société Tourisme Guderzo a déclaré : *«concernant la préparation de l'appel d'offre, il y a eu le 13 décembre 1995 une réunion au syndicat de Bourg. Je n'ai pas conservé de notes de cette réunion où j'étais présent. Nous avons certainement évoqué les questions relatives au coût marginal dans le cadre de l'appel d'offre, mais je n'en conserve pas de souvenir précis».*

Selon le directeur de la RDTA, *«concernant la réunion du 13 décembre 1995 au syndicat FNTV, elle était destinée à rendre compte à l'ensemble des membres des résultats de nos discussions avec le Conseil régional.*

Il a été question notamment du coût marginal qui était une notion nouvelle à intégrer dans les offres des entreprises. Pour ma part je ne me souviens pas avoir communiqué le coût marginal résultant de la comptabilité de la régie sauf à M. Michaud du conseil général et responsable de la consultation mais seulement après la date d'ouverture des plis et au moment de la phase de négociation».

L'UPTRA-FNTV 01 a diffusé auprès de ses adhérents une note datée du 20 juin 1996 relative aux modalités de calcul du coût kilométrique marginal fixé à 7,08 F, qui indique en détail les modalités de calcul : *«coût kilométrique applicable aux modifications de services».*

■ D. - Les griefs notifiés

Sur la base des constatations rapportées ci-dessus et en application des dispositions de l'article L. 463-2 du code de commerce, les griefs suivants ont été notifiés :

1. - Procédure organisée en 1994 pour desservir le collège de Leyment

Il a été fait grief aux sociétés Tourisme Guderzo, les Cars Berthelet, la régie départementale des transports de l'Ain (RDTA) et la SA cars Philibert, d'avoir échangé des informations, procédé à une répartition des lots du marché, échangé leurs prix avant de déposer leurs offres, et d'avoir déposé des offres de couverture, pratiques constitutives d'ententes anticoncurrentielles au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce.

2. - Procédure organisée en 1995-1996

Les griefs suivants ont été notifiés :

- 1) à l'UPTRA-FNTV01, pour avoir organisé, d'une part, des réunions de concertation entre transporteurs normalement concurrents avant de répondre à l'appel d'offres organisé par le conseil général de l'Ain ; d'autre part, des réunions par secteur géographique ayant pour finalité la répartition des lots du marché entre transporteurs, l'échange de prix et d'informations entre entreprises participant à la consultation. Ces réunions de concertation ont pu avoir pour objet ou pour effet de priver les entreprises d'indépendance dans l'établissement de leurs offres,

dans la fixation de leurs prix, ont favorisé le dépôt d'offres de couverture, et ont pu abuser le conseil général sur l'intensité concurrentielle réelle de la consultation. Il est également fait grief à UPTRA-FNTV01 d'avoir diffusé à l'ensemble des adhérents les modalités de calcul du coût kilométrique marginal et d'avoir fixé ce coût à 7,08 F, ce qui a pu avoir pour effet ou pour objet de détourner les entreprises d'une appréhension directe de leurs propres coûts, et aboutir à une augmentation artificielle des prix.

- 2) aux sociétés Trans-Jura Cars, Gonnet Bustours, Secam, Régie départementale des transports de l'Ain (RDTA), cars Philibert d'avoir organisé des réunions de concertation par secteur géographique ayant pour finalité notamment la répartition des lots entre entreprises les privant conséquemment d'indépendance dans l'établissement de leurs offres et la fixation de leurs prix, ce qui a pu avoir pour objet ou pour effet d'empêcher l'exercice normal de la concurrence entre entreprises, d'aboutir au dépôt d'offres de couverture, d'abuser le conseil général sur l'intensité concurrentielle réelle de la consultation. Ces entreprises ont, en outre, tiré un profit particulier de l'organisation de ces réunions, qui leur ont permis d'obtenir 67,13 % du montant global des délégations de service public, et l'exploitation de 64,04 % des lots sans réelle concurrence, voire même sans concurrence ;
- 3) aux entreprises Trans-Jura Cars, Gonnet Bustours, Secam, Régie départementale des transports de l'Ain, S.A. Cars Philibert, Voyages Cognat, Cariane Touriscar Ain, Cariane Val de Saône, Transports Verney Rhône Alpes, Bas Voyages, Tourisme Guderzo, les Cars Berthelet, et à la SA Autocars Planche substituée aux Courriers des Dombes, pour avoir participé à une ou plusieurs réunions de concertation par secteur géographique ayant pour objet notamment la répartition des lots entre transporteurs, et la mise en œuvre de pratiques d'entente pouvant avoir pour objet ou pour effet d'empêcher l'exercice normal de la concurrence ;
- 4) à la régie départementale des transports de l'Ain et à la société Trans-Jura Cars, pour s'être réparti l'attribution de lots, et avoir échangé leurs prix avant de déposer leurs offres pour le lot n° 174, et pour avoir délibérément convenu de déposer une offre de couverture ;

toutes ces pratiques, qui ont empêché l'exercice normal de la concurrence lors des procédures de délégation de service public de transport scolaire dans le département de l'Ain, étant constitutives d'ententes anti-concurrentielles au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

■ A. - Sur la procédure

1. - Sur la compétence du Conseil de la concurrence

Considérant que les sociétés en cause soutiennent que le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour apprécier la régularité des procédures d'attribution de délégations de service public de transport mises en oeuvre par le conseil général de l'Ain ; que certaines d'entre elles contestent la régularité des procédures suivies ;

Considérant que le Conseil de la concurrence n'est effectivement pas compétent pour se prononcer sur la régularité des procédures de dévolution de délégations de service public, ou de marchés publics, organisées par une personne publique, le contentieux de ces actes administratifs, qui mettent en oeuvre des prérogatives de puissance publique, relevant de la compétence exclusive du juge administratif ;

Mais considérant, qu'en l'espèce, les comportements examinés sont ceux des entreprises candidates à l'attribution de lots dans le cadre des délégations de services publics de transport ; que ces pratiques qui, de toute évidence, ne constituent pas des actes administratifs, ne concernent nullement la mise en oeuvre de prérogatives de puissance publique ; que l'examen de telles pratiques n'implique aucune appréciation de la légalité d'actes administratifs ou de procédures administratives et n'est donc pas de nature à relever de la compétence du juge administratif ; que, dans ces conditions, le Conseil de la concurrence est compétent pour examiner les pratiques relevées par l'enquête au regard de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant que certaines entreprises opposent, en outre, que le Conseil de la concurrence est incompétent pour examiner les pratiques visées par la saisine dans la mesure où les prix des prestations en cause sont déterminés par la collectivité départementale elle-même et que, dans ce cadre, il ne peut y avoir de concurrence entre les transporteurs, qui sont soumis à des tarifs de service public ;

Mais considérant qu'en l'espèce, les pratiques dont il s'agit ne concernent ni la légalité, ni encore l'opportunité des tarifs fixés à l'issue des négociations conduites par le conseil général avec les sociétés ayant déposé des offres, mais seulement le comportement d'entreprises en situation de se faire concurrence par les mérites et par le montant auquel elles offrent d'effectuer les prestations demandées, qui seront ensuite éventuellement négociées avec le conseil général ; qu'ainsi que l'a précisé le Conseil, dans une décision n° 01-D-13 du 19 avril 2001, relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs dans le département du Pas-de-Calais, «(...) dans la pratique, le prix initialement proposé joue un rôle essentiel pour déterminer avec quel candidat la collectivité va engager ultérieurement les

négociations(...) ; que les pratiques mises en œuvre par les entreprises en cause, à l'occasion de procédures d'appel d'offres, sont indépendantes des tarifs fixés par la collectivité publique et relèvent de la compétence du Conseil de la concurrence ;

2. - Sur le caractère inéquitable de la procédure

Considérant que plusieurs entreprises estiment inéquitable la procédure d'enquête et d'instruction ; que les sociétés Cariane Val de Saône et Cariane Touriscar Ain exposent, à cet égard, que leurs représentants n'ont pas été entendus au cours de l'enquête qui s'est déroulée en 1996 et 1997 et que, lorsqu'elles ont reçu la notification de griefs en février 2001, elles n'ont pas pu organiser leur défense, dans la mesure où, compte tenu du délai écoulé depuis les faits, elle n'ont pu retrouver les pièces ou recueillir les témoignages qui leur auraient permis de contredire les témoignages à charge retenus par le rapport ; que la société Cariane Val de Saône précise que le directeur de l'entreprise chargé de l'exploitation de la société, au moment des faits, a quitté ses fonctions au mois de mai 2000 ; que les deux entreprises font valoir que la procédure s'est déroulée en violation de l'article 6, paragraphe 3, de la Convention européenne des droits de l'homme, qui prévoit que *« tout accusé a droit à être informé dans le plus court délai (...) de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui (...) »* ;

Mais considérant qu'ainsi que l'a précisé la cour d'appel de Paris à plusieurs reprises et, notamment, dans deux arrêts des 19 janvier 1999 et 26 janvier 1999, *« (...) les règles de l'enquête définies par l'ordonnance du 1er décembre 1986 ne font pas obligation aux agents qui y procèdent de confronter les responsables des entreprises avec les auteurs des déclarations qui les mettraient en cause ou des les interroger sur des pièces saisies chez des tiers (...) »* ; qu'en outre, les sociétés, qui produisent la copie d'un certain nombre de pièces datées de 1996, n'apportent, en l'espèce, aucun élément concret pouvant laisser penser que le délai écoulé entre la commission des faits et la notification des griefs aurait entravé la mise en œuvre de leur défense et les auraient empêché de recueillir les témoignages permettant de contredire les résultats de l'enquête ;

Considérant que plusieurs des entreprises mises en cause exposent que la durée excessive de la procédure doit conduire à écarter les griefs retenus contre elles ;

Considérant qu'aux termes de l'article 6, paragraphe 1, de la Convention européenne 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 ;

Mais considérant qu'à supposer excessive en l'espèce la durée de la procédure, la sanction qui s'attacherait à l'obligation, pour le Conseil, de se prononcer dans un délai raisonnable ne serait pas le prononcé d'un non-lieu, mais la réparation du préjudice résultant éventuellement de cette durée excessive ; que la sanction de la nullité ne serait encourue que s'il était établi que la longueur excessive de la procédure a fait obstacle à l'exercice normal des droits de la défense ;

Considérant que les entreprises, qui ont présenté des observations sur le fond, n'apportent, à l'appui de leur argumentation, aucun élément concret permettant d'apprécier l'existence et la nature du préjudice qu'elles auraient subi du fait de la durée de la procédure ; que le moyen doit, en conséquence, être écarté ;

■ B. - Sur les pratiques

1. - Sur les pratiques mises en œuvre par les transporteurs en 1994 en ce qui concerne la desserte du collège de Leyment

Considérant que le document cité en partie I.C.1, remis lors de l'enquête par M. Fanjat directeur d'exploitation de la société Cars Philibert, est daté du 1^{er} juillet 1994 ; que ce jour est celui du dépôt des offres des sociétés Berthelet, Cars Philibert, et de la Régie départementale des transports de l'Ain ; que cette date est antérieure de 4 jours à celle du dépôt de l'offre de la société Guderzo ; que le document indique, pour chaque lot et pour les quatre entreprises Guderzo, Berthelet, Régie et Philibert, un certain nombre de prix dont l'un, pour chaque lot, est marqué d'une croix ;

Considérant que le rapport de la commission d'ouverture des plis établit que seules les 4 sociétés mentionnées sur le document remis par M. Fanjat ont effectivement déposé des offres pour les lots indiqués dans ce tableau ; que les prix cochés d'une croix sont exactement ceux des offres les moins disantes ; que les autres prix sont exactement ceux des autres offres à deux exceptions près : l'entreprise Guderzo n'a pas déposé l'offre prévue par le document pour le lot n° 8 et a déposé une offre à un prix inférieur de dix francs à celui prévu par le document pour le lot n° 3, cet écart ne remettant pas en cause l'attribution du lot ; qu'ainsi, les informations figurant dans ce tableau établissent, compte tenu de sa date, un échange d'informations entre candidats, préalablement au dépôt des offres ;

Considérant qu'en séance, le représentant de la société cars Berthelet a fait valoir que le document daté du 1^{er} juillet 1994 était dactylographié, alors que les prix mentionnés sont manuscrits, à une exception près concernant la Régie, pour son offre sur le lot n° 2 ; que ceci démontrerait que seuls le cadre du document en cause et le prix concernant la Régie ont été établis le 1^{er} juillet 1994, alors que les autres prix mentionnés sur le document y auraient été portés postérieurement au dépôt des offres ;

Mais considérant que si le prix dactylographié en regard de la Régie pour le lot n° 2 est effectivement le seul prix dactylographié figurant sur ce document, alors que tous les autres prix ont été inscrits manuellement, notamment le prix proposé par la Régie pour exécuter les prestations du lot n° 7, ce constat ne suffit pas à démontrer que le document en cause aurait été élaboré postérieurement au dépôt des offres ; qu'à l'inverse, les deux différences observées entre les offres effectives de l'entreprise Guderzo et celles mentionnées sur le document excluent que le document ait pu être complété par la mention du résultat de l'appel d'offres ;

Considérant, enfin, que M. Guderzo, dirigeant de l'entreprise du même nom, a reconnu avoir communiqué par téléphone ses tarifs pour les lots qui l'intéressaient à un concurrent, et que M. Moricourt, directeur de la RDTA a, pour sa part, précisé «(...) *il y a eu accord avec les entreprises concernées pour que chacune retrouve le même nombre de services*» ;

Considérant que les entreprises en cause font valoir que le document remis par M. Fanjat est insuffisant, à lui seul et faute d'autres éléments, pour démontrer l'existence d'une concertation entre elles ;

Mais considérant qu'en matière de marchés publics ou privés sur appels d'offres, l'entente anticoncurrentielle entre entreprises est établie dès lors que la preuve est rapportée, soit qu'elles ont convenu de coordonner leurs offres, soit qu'elles ont échangé des informations portant, notamment, sur les prix qu'elles envisageaient de proposer, antérieurement à la date limite de dépôt des offres ;

Considérant qu'en l'espèce, la date et les informations figurant sur le document remis par M. Fanjat ainsi que les déclarations de MM. Guderzo et Moricourt démontrent que les sociétés Berthelet, cars Philibert, Tourisme Guderzo et la régie départementale des transports de l'Ain ont échangé des informations relatives à la procédure en cours pour l'attribution de lots de transport scolaire, dans le but de coordonner leurs offres et de se répartir les lots soumis à la consultation ; que cette pratique a eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence ainsi que de tromper le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence ; qu'elle constitue une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

2. - Sur les pratiques mises en œuvre à l'occasion de la procédure de délégation de service public de transport scolaire organisée en 1995-1996

Considérant qu'en matière de marchés publics ou de délégations de services publics sur appels d'offres, l'entente anticoncurrentielle entre entreprises est établie 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 des compétiteurs, 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 ; que de telles pratiques sont de nature à limiter l'indépendance des offres, condition normale du jeu de la concurrence ;

Sur la tenue de réunions organisées préalablement au dépôt des offres

Considérant qu'il résulte des éléments relevés en partie I, C-2 de la présente décision qu'une réunion ouverte à tous les adhérents s'est tenue, sous l'égide de l'UPTRA-FNTV01, à Bourg en Bresse, le 13 décembre 1995, soit après la date limite de dépôt des candidatures et avant la date limite de remise des offres ; qu'au cours de cette réunion, il a été décidé

d'organiser, par secteur géographique, cinq nouvelles réunions entre transporteurs candidats à l'attribution des lots faisant l'objet de la procédure de passation de délégations de service public de transports scolaires, mise en oeuvre par le conseil général de l'Ain ; que ces réunions par secteurs géographiques se sont tenues entre le 17 et le 31 janvier 1996, soit pendant la période intermédiaire entre l'envoi aux entreprises de l'agrément de leurs candidatures, le 28 décembre 1995, et la date limite de dépôt des offres, le 4 mars 1996 ;

Considérant que la tenue de ces réunions n'est pas contestée ;

Sur l'objet des réunions tenues préalablement au dépôt des offres

Considérant que M. Fanjat, président de l'UPTRA-FNTV01, a déclaré avoir souhaité le maintien du «*statu quo*» c'est-à-dire de permettre à chaque transporteur de retrouver l'exploitation des mêmes lots, à l'issue de la procédure ; qu'il a également reconnu avoir demandé aux transporteurs candidats à l'attribution de lots de «*ne pas s'assassiner*» et «*de se parler*» ;

Considérant qu'il ressort d'un certain nombre de déclarations de transporteurs que l'objectif poursuivi lors de ces rencontres, notamment celles organisées par secteur géographique, était de permettre une coordination des offres des transporteurs ; qu'ainsi, M. Bas, dirigeant de la société autocars Bas, a déclaré que l'objectif des réunions par secteurs était de «*ne pas déstabiliser les entreprises suite à cet appel d'offres*», mais que toutefois, «*le syndicat n'a pas donné de consignes précises, si ce n'est de maintenir le statu quo existant. Il était recommandé aux transporteurs de ne pas venir concurrencer de façon trop importante les titulaires en place*» ; que M. Barbault, dirigeant de la société Trans-Jura cars, a reconnu, s'agissant de la réunion du 17 janvier 1996, que, «*globalement, les petites entreprises ont demandé à conserver leurs activités scolaires, et en contrepartie, à ne pas concurrencer les autres sur les nouveaux lots. Il a été convenu une reconduction des lots à l'identique. Chaque lot a été passé en revue. Il se peut que des offres de couverture aient été faites dans certains cas*», et, s'agissant de la réunion du 31 janvier 1996, que «*l'idée générale était de ne pas déstabiliser les entreprises suite à cet appel d'offres. La discussion a pu porter sur certains lots*» ; que selon M. Moricourt, directeur de la RDTA, la réunion du 25 janvier 1996 «*avait pour objet d'analyser les marchés dans le secteur Bresse-Revermont et de voir comment chacun allait se positionner*» ;

Considérant que les dates où se sont tenues les réunions, la sélection des entreprises participantes selon leur implantation géographique et les déclarations concordantes de certains de leurs dirigeants établissent que ces réunions entre transporteurs avaient pour objet d'étudier en commun les lots susceptibles d'intéresser les entreprises opérant sur les quatre secteurs concernés et de coordonner leurs offres ;

Considérant toutefois que l'UPTRA-FNTV 01, ainsi que plusieurs entreprises, exposent que l'objet des réunions était l'information des sociétés sur la procédure mise en oeuvre par le conseil général ; que d'autres, en revanche, soutiennent que les réunions par secteur portaient sur les modalités de constitution de groupements d'entreprises ;

Mais considérant, en premier lieu, que si la nouveauté des procédures mises en œuvre par le conseil général a pu provoquer des interrogations et des demandes d'informations de la part des transporteurs, ces interrogations, suscitées par la nouveauté, ne sauraient expliquer ni le caractère répétitif des réunions, ni l'organisation de rencontres par secteurs géographiques, ni la participation de certaines entreprises à plusieurs rencontres relatives à des secteurs différents ;

Considérant, en second lieu, que si les entreprises ayant constitué des groupements ont nécessairement dû se concerter en vue de parvenir à ce résultat, ces concertations ont nécessairement pris place avant la date limite de dépôt de la candidature de ces groupements, c'est-à-dire avant la période où les réunions en question se sont tenues ; qu'il est, en conséquence, invraisemblable que les réunions par secteur géographique aient été consacrées à l'étude des possibilités de groupements ;

Sur les participants aux réunions

Considérant qu'il ressort du dossier que les réunions par secteurs géographiques entre transporteurs dont la candidature avait été agréée par le conseil général de l'Ain, ont été organisées par les dirigeants des sociétés Trans-Jura Cars, pour le secteur du Haut Bugey, le 17 janvier 1996, Gonnet Bustours, pour le secteur de Gex, le 18 janvier 1996, Sécam, pour le secteur Val de Saône, le 23 janvier 1996, RDTA, pour le secteur Bresse-Revèremont, le 25 janvier 1996 et cars Philibert, pour le secteur Bas Bugey-Plaine de l'Ain, le 31 janvier 1996 ; que l'organisation de ces réunions n'est pas contestée par leurs organisateurs ;

Considérant qu'il est fait état, dans les déclarations faites de M. Moricourt, directeur de la RDTA, le 22 mai 1997 et par M. Barbault, dirigeant de l'entreprise Trans-Jura Cars, le 21 mai 1997, de la participation des sociétés Courriers des Dombes, Philibert, Secam, Cariane Val de Saône, de la RDTA et de M. Bas à la réunion du 25 janvier 1996, de la participation des sociétés Trans-Jura Cars en tant qu'organisateur, Gonnet Bustours et Cognat et de la RDTA à la réunion du 17 janvier 1996, de la participation des sociétés Gonnet Bustours, en tant qu'organisateur, Cariane Bellegarde et de la RDTA à la réunion du 18 janvier 1996, et enfin de la participation des sociétés Gonnet Bustours, Guderzo, Trans Jura cars, Berthelet et TVRA ainsi que de M. Fanjat, directeur d'exploitation de la société cars Philibert, à la réunion du 31 janvier 1996 ; que ces déclarations sont confirmées par des mentions inscrites aux dates correspondantes dans les agendas de MM Guderzo (réunion du 31 janvier 1996), Guichardon directeur adjoint de la société Sécam (réunions des 23 et 25 janvier 1996), Favre, directeur de la société TVRA (réunions des 23, 25 et 31 janvier 1996), Moricourt, directeur de la RDTA (réunion du 25 janvier 1996) et Fanjat, directeur d'exploitation de la société Cars Philibert (réunion du 31 janvier 1996) ;

Considérant que M. Bas, responsable de la société autocars Bas, conteste avoir participé à la réunion du 25 janvier 1996, affirmant qu'il était de service et conduisait un autobus au moment où se tenait cette réunion ;

Considérant que si M. Moricourt directeur de la RDTA a déclaré que «*M. Bas*» avait participé à la «*réunion du secteur «Bresse-Revermont»*», il n'a toutefois précisé aucun prénom, alors qu'il s'avère que le père et l'oncle du dirigeant des autocars Bas, également transporteurs au moment des faits, portent le même patronyme ; que dans ces circonstances ; il n'est pas établi que la société autocars Bas était effectivement représentée lors de la réunion du 25 janvier 1996 ;

Considérant que la société TVRA soutient qu'il n'est pas établi qu'elle était représentée lors des rencontres des 23, 25 et 31 janvier 1996 ;

Considérant qu'aucune déclaration des participants ne fait état de la présence de la société TVRA à la réunion du 25 janvier 1996 ; que s'agissant de la réunion du 23 janvier, une inscription dans l'agenda de M. Favre, directeur de cette société, tend à démontrer sa participation ; que, toutefois, ce dernier a nié s'être rendu à cette réunion et, s'il a reconnu avoir envoyé son adjoint à une réunion à la même date, il a affirmé (audition du 19 mars 1997) et confirmé ensuite (audition du 23 mai 1996) que cette réunion concernait la constitution de groupements dans le cadre de l'appel à concurrence lancé par le conseil général du Rhône ; que ces déclarations traduisent, à tout le moins, une incertitude sur la participation de la société TVRA à la rencontre du 23 janvier 1996 ; que s'agissant de la réunion du 31 janvier 1996, mentionnée dans l'agenda de M. Favre, ce dernier a indiqué, lors de son audition du 19 mars 1997, qu'il y avait envoyé un chef de centre ; que si M. Barbault, après avoir fait état de la représentation de cette société à cette réunion a ajouté : «*mais je ne me souviens plus trop des présents (...)*», M. Moricourt a toutefois confirmé la présence de la société TVRA ; qu'il convient en conséquence de considérer que cette société était représentée à la réunion du 31 janvier 1996 ;

Considérant que la société Courriers des Dombes conteste, de son côté, avoir participé à la réunion du 23 janvier 1996 relative au secteur Val de Saône/ Dombes, ainsi qu'à la réunion du 25 janvier 1996 ; qu'elle produit, à l'appui de ses affirmations, une photocopie de l'agenda de M. Carre, dirigeant de la société au moment des faits, et des attestations établissant, d'une part, que le 23 janvier 1996 à 9 heures et, d'autre part, le 25 janvier 1996 à 10 heures, M. Carre avait un rendez-vous à Lyon ;

Considérant que M. Moricourt, directeur de la régie départementale des transports de l'Ain et organisateur de la réunion du 25 janvier 1996, a déclaré que la société les Courriers des Dombes était représentée lors de cette rencontre, sans préciser l'identité du représentant de cette société ; qu'il résulte, par ailleurs, de l'agenda de M. Carre et des attestations produites que celui-ci n'a pas participé à la réunion sus-visée ; qu'il n'est pas exclu, cependant, que la société les Courriers des Dombes ait été représentée, le cas échéant, par une autre personne lors de cette réunion, ainsi que l'affirme M. Moricourt ; que le moyen doit, en conséquence, être écarté en ce qui concerne la réunion du 25 janvier 1996 ;

Considérant que les sociétés du groupe Cariane exposent que le seul élément attestant de leur présence aux réunions du 25 janvier 1996, pour Cariane Val de Saône et du 18 janvier 1996, pour Cariane Touriscar Ain

(Cariane Bellegarde) consiste dans le témoignage de M. Moricourt, dirigeant de la RDTA, mise en cause dans la procédure et concurrente des sociétés du groupe Cariane ; que, de plus, ce témoignage ne précise pas quelles étaient les personnes qui représentaient les deux sociétés ;

Mais considérant toutefois que si effectivement M. Moricourt n'a pas précisé quelles étaient les personnes qui représentaient les sociétés Cariane Val de Saone et Cariane Touriscar Ain aux réunions des 25 janvier 1996 et 18 janvier 1996, il n'en demeure pas moins que ce témoin a expressément fait état de la présence de représentants des deux sociétés à ces réunions ; que les circonstances que la RDTA soit, elle aussi, mise en cause dans la procédure et soit concurrente des sociétés du groupe Cariane ne saurait, faute d'être assorties d'autres éléments, retirer au témoignage de son dirigeant son caractère probant ;

Considérant que la société Gonnet Bustours fait valoir que si la réunion du 18 janvier 1996 a été organisée par M. Lamotte, son directeur général, cette pratique a été mise en œuvre par celui-ci au titre des responsabilités qu'il exerçait auprès de l'UPTRA-FNTV01 et non dans le cadre de ses fonctions au sein de cette société ; que, dès lors, l'organisation de la réunion en cause ne saurait lui être imputée ;

Considérant, cependant, que le document remis aux enquêteurs par M. Fanjat comporte au point «réunion par secteur», face à la mention «Gex», le nom de M. JP Lamotte ; que cette correspondance entre M. Lamotte et la mention «Gex» figure aussi sur un document manuscrit remis dans le cadre de l'enquête par M. Testi adjoint du directeur de la société TVRA ; que M. Lamotte n'a, d'ailleurs, pas contesté être l'organisateur de la réunion du 18 janvier 1996 ; qu'il ressort des données du dossier que la totalité des entreprises ayant participé à cette réunion ont été attributaires des lots de ce secteur géographique ; que, dès lors, l'entreprise Gonnet Bustours, dont M. Lamotte était le président du conseil d'administration a tiré un bénéfice de sa participation à la pratique et ne peut prétendre que M. Lamotte ne la représentait pas lorsqu'il a organisé la réunion en cause ;

Considérant que la société cars Berthelet reconnaît avoir participé à la réunion du 31 janvier 1996 mais conteste avoir été présente aux autres réunions ; qu'elle expose, à cet égard, que l'ordre du jour de la réunion portait sur la politique du conseil général de l'Ain dans cette région et qu'aucun élément matériel ne permet d'établir qu'elle aurait participé à une démarche concertée tendant à la répartition des lots ;

Mais considérant que l'objet des réunions en cause ainsi que la teneur de certaines indications qui ont pu être formulées par les intervenants est établie par plusieurs témoignages concordants, ainsi qu'il a été énoncé ci-dessus ; que dès lors, la présence de la société cars Berthelet à une seule de ces réunions démontre sa participation à la pratique en cause ;

Considérant qu'il est établi que les entreprises Trans-Jura cars, Courriers des Dombes, Philibert, Sécam, Cariane Touriscar Ain, Cariane Val de Saône, Gonnet Bustours, Tourisme Guderzo, Berthelet, Cognat TVRA et la RDTA ont participé aux réunions dont l'objet était l'étude en commun des lots proposés et la coordinations des offres ;

Sur l'effet des concertations

Considérant que les éléments de l'enquête permettent de constater qu'à l'issue de la procédure, seuls trois lots ont changé de délégataire et que dans les secteurs géographiques où des réunions ont été organisées, les transporteurs qui y ont participé ont obtenu une part très significative de lots, voire la totalité ; qu'ainsi 100 % des lots du secteur ont été attribués aux participants à la réunion du 17 janvier 1996 relative au secteur du Haut Bugey ainsi qu'aux participants de la réunion du 18 janvier 1996 concernant le secteur de Gex ; 42,5 % des lots ont été obtenu par les participants à la réunion du 23 janvier 1996 relative au secteur Val de Saône/Dombes ; 71 % par les transporteurs qui ont assisté à la réunion du 25 janvier 1996 relative au secteur Bresse/Revermont, et 96 % des lots ont été attribué aux transporteurs ayant participé à la réunion du 31 janvier 1996 qui concernait le secteur du bas Bugey/Plaine de l'Ain ; que les organisateurs de ces réunions géographiques, soit les sociétés Trans-Jura Cars, Gonnet Bustours, Sécam, RDTA, Philibert ont, pour leur part, obtenu à l'issue de la procédure une part substantielle du marché représentant 67,13 % du montant global des délégations de service public de transport, et 64,04 % des lots ;

Considérant que la société TVRA qui n'exploitait aucun lot dans le secteur géographique concerné et dont la présence à une réunion (31 janvier 1996) est établie n'a, bien qu'ayant déposé des offres, obtenu aucune délégation ; que les éléments du dossier ne démontrent pas que les offres déposées puissent être qualifiées d'offres de couverture ; qu'en conséquence, il n'est pas établi que cette société, bien qu'ayant participé à l'une des réunions, aurait adhéré et participé à la pratique anticoncurrentielle reprochée ;

Considérant que plusieurs entreprises font valoir que la stabilité que l'on a pu constater dans l'attribution des lots, ainsi que le manque de pugnacité concurrentielle de certaines entreprises pour obtenir d'autres lots que ceux qu'elles exploitaient au moment de la mise en concurrence, s'explique par les caractéristiques des marchés en cause ; que les coûts générés par l'exploitation d'un lot de transport de personnes, notamment les investissements nécessaires en moyens matériels et humains, sont de nature à justifier que des PME locales ne déposent qu'un nombre limité d'offres ; que l'organisation logistique mise en place pour l'exploitation d'une ligne et l'expérience acquise au cours de cette exploitation permettent des économies de coûts qui ne sont accessibles qu'à l'exploitant déjà en place ; que cette circonstance expliquerait que les anciens titulaires des lignes ont pu offrir des prix plus faibles que leurs éventuels concurrents et, ainsi, remporter les marchés ; que le parallélisme de comportement des entreprises en cause résulte des caractéristiques spécifiques des marchés concernés et non d'une entente anticoncurrentielle entre les entreprises ; que la société Cariane expose que certaines attributions démontrent que le conseil général lui même souhaitait conserver une stabilité des transporteurs et que, dès lors, celle-ci ne saurait être reprochée aux entreprises ;

Mais considérant que, si la réalité des caractéristiques des marchés exposées par les entreprises en cause peut apporter une explication au constat selon lequel peu d'entreprises ont formulé des offres pour des lots qu'elles n'exploitaient pas avant l'appel à concurrence et à la stabilité dans l'attribution des

circuits, il n'en demeure pas moins qu'il résulte de l'ensemble des faits exposés, notamment des déclarations relevées ci-dessus, que les transporteurs ont, ensemble, convenu de ne pas se concurrencer et que l'assurance qu'ils pouvaient nourrir, à l'issue des réunions auxquelles ils ont participé, de retrouver les lots qu'ils exploitaient déjà ne les a pas incités à présenter des offres concurrentielles, d'une part, sur leur propre lot et, d'autre part, sur d'autres lots pour compenser la perte éventuelle de leurs lots ; que si certains éléments du dossier tendent à démontrer que le conseil général a, dans certains cas, désigné comme attributaire l'entreprise antérieurement titulaire de l'exploitation du lot, alors que son offre n'était pas la moins élevée, une telle circonstance, qui ne saurait établir la participation du conseil général à la pratique de concertation reprochée, est sans portée sur la qualification de la pratique ;

Considérant que plusieurs transporteurs mis en cause exposent que les rencontres auxquelles ils ont participé ont été sans effet sur le jeu de la concurrence ; qu'ils font valoir à cet égard, qu'il n'a pas été constaté d'augmentation substantielle des prix à l'issue de la procédure d'attribution des lots, et que certains des lots ont, d'ailleurs, été attribués à des prix inférieurs à ceux pratiqués avant la mise en concurrence ;

Mais considérant que les dispositions de la loi du 28 janvier 1993, dite loi Sapin, régissant les procédures de délégation de service public prévoient une phase de négociation des offres, entre le délégant et le délégataire sélectionné, que cette phase de négociation des offres fait suite à une première phase au cours de laquelle chaque candidat dépose son ou ses offres ; que dans la pratique, le prix initialement proposé est donc déterminant pour choisir le candidat avec lequel le délégant va négocier, comme en attestent, notamment, les décisions de la commission chargée d'examiner les offres formulées lorsqu'elle a désigné les entreprises avec lesquelles les négociations devaient être engagées au cas où l'offre n'était pas acceptée en l'état ; qu'en participant à une ou à plusieurs de ces réunions, dont l'objet était de préserver le *statu quo* et d'empêcher que la procédure de mise en concurrence lancée par le conseil général ne remette en cause la répartition des lots entre les entreprises alors titulaires des marchés, les entreprises pouvaient être assurées du comportement qui serait adopté par chacune d'elles lors du dépôt des offres ; que cette circonstance était déterminante pour leur propre politique ; que cette pratique a donc eu pour effet de supprimer l'indépendance des offres et de fausser le jeu de la concurrence ; que dès lors, elle est prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce et qu'il est indifférent qu'elle n'ait pas engendré une hausse substantielle des prix ou que certains lots aient été attribués à des montants inférieurs à ceux pratiqués avant la mise en concurrence ;

Sur le cas particulier du lot n° 174

Considérant, au surplus, qu'un document daté du 27 février 1996, remis à l'enquêteur par M. Barbault, dirigeant de l'entreprise Trans-Jura Car, mentionne le prix des sociétés RDTA et Trans-Jura Car pour le lot n° 174 ; qu'il est établi par les éléments du dossier que la Régie départementale des transports de l'Ain a déposé son offre le 1^{er} mars 1996 et la société Trans-

Jura Car le 4 mars 1996, soit à des dates qui sont postérieures à celle figurant sur le document ; qu'il résulte de ce qui précède que ces deux établissements ont échangé des informations sur leurs offres et coordonné leurs propositions et leurs prix avant de les remettre au conseil général ; que cette pratique constitue la manifestation de la mise en œuvre de la pratique d'échange d'informations et de partage de marché qualifiée ci-dessus ;

Sur les suites à donner

Considérant qu'un grief fondé sur leur participation à la pratique relevée, a été notifié à la Fédération nationale des transports de voyageurs (FNTV), la FNTV01 et à l'Union professionnelle des transporteurs de l'Ain (UPTRA) ; que le rapport a admis, d'une part, que la FNTV est une fédération de syndicats à laquelle adhèrent librement des organisations professionnelles qui demeurent indépendantes, d'autre part, qu'aucun élément du dossier ne permettait de considérer qu'elle serait intervenue directement dans les pratiques en cause et qu'il a, en conséquence, abandonné le grief notifié à cette fédération ;

Considérant, en effet, qu'aucun élément du dossier ne permet de considérer que la FNTV aurait pris part aux pratiques relevées ; qu'il convient, dès lors, de prononcer un non lieu à poursuivre la procédure à son encontre ;

Considérant que si un grief a été séparément notifié à la FNTV 01 et à l'UPTRA, il ressort des éléments du dossier que ces deux organismes n'en forment en réalité qu'un seul ;

Considérant qu'il n'est pas contesté que l'UPTRA-FNTV01 a pris l'initiative d'organiser les rencontres entre transporteurs au cours de la procédure de délégation de service public de transports scolaires du conseil général de l'Ain ; qu'à cet égard, M. Fanjat, président de ce syndicat, a déclaré aux enquêteurs, le 20 mai 1997 *«(...) en tant que président du syndicat je reconnais avoir souhaité compte tenu des difficultés économiques une concurrence loyale et intelligente. J'ai demandé aux transporteurs de se parler»* ; que si les organisations professionnelles ont, notamment, pour mission d'assurer la défense des intérêts collectifs de leurs membres et de les assister dans l'exercice de leur profession, elles sortent du cadre de cette mission lorsqu'elles organisent la concertation entre eux en vue de répondre à un appel à candidature de façon à favoriser le *statu quo* et à faire échec au jeu de la concurrence ; que, dès lors, l'UPTRA-FNTV01 a mis en œuvre une pratique de concertation anticoncurrentielle prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Considérant qu'il n'est pas établi que la société autocars Bas a participé à l'une des réunions au cours desquelles les transporteurs se sont concertés ; qu'il n'est pas établi que la société TVRA qui n'exploitait pas de lots de transport scolaire dans le secteur concerné avant la mise en concurrence et dont les offres n'ont été retenues pour aucun lot à l'issue de la procédure en cause aurait participé à la pratique de concertation ; qu'en l'absence d'éléments démontrant la participation volontaire et certaine de ces entreprises aux pratiques concertées, il convient de dire qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure à leur égard ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'il est établi que l'UPTRA-FNTV01 ainsi que les entreprises Trans-Jura Cars, Courriers des Dombes, Philibert, Sécam, Cariane Touriscar Ain, Cariane Val de Saône, Gonnet Bustours, Tourisme Guderzo, Berthelet, Cognat et la RDTA ont enfreint les dispositions de l'article 420-1 du code de commerce ;

3. - Sur la diffusion d'une méthodologie de calcul du prix kilométrique marginal

Considérant qu'il résulte des éléments relevés en partie I, C-3 de la présente décision que l'UPTRA-FNTV01 a diffusé auprès de ses adhérents une note datée du 20 juin 1996, qui indique, en détail, les modalités de calcul du «*coût kilométrique applicable aux modifications de services*» demandé par le cahier des charges de la consultation et qualifié de «*coût kilométrique marginal*» ;

Considérant que le fait pour une organisation professionnelle d'élaborer et de diffuser auprès de ses adhérents une méthodologie du coût de calcul d'une prestation ne constitue pas, en soi, une pratique anticoncurrentielle ; qu'une telle diffusion réalisée dans un but pédagogique, dans la mesure où le coût kilométrique marginal était une donnée nouvellement exigée des transporteurs pouvant générer des interrogations, entre dans le cadre des missions d'une organisation professionnelle, à condition qu'une telle diffusion ne comporte pas d'éléments de nature à dissuader les entrepreneurs de fixer leurs tarifs au regard des critères et des coûts qui leur sont propres ;

Considérant que si le document en cause, qui comporte un exemple chiffré indiquant des prix pour un certain nombre de prestations identifiées, pouvait présenter le risque de dissuader les entrepreneurs d'apprécier leurs coûts en fonction de critères propres, il convient de relever, en premier lieu, que l'exemple chiffré qu'il comporte a été présenté par l'UPTRA, comme n'ayant qu'une valeur pédagogique, en second lieu, qu'il a été diffusé postérieurement au dépôt de l'ensemble des offres des candidats et, en dernier lieu, que les montants du coût du kilomètre marginal effectivement proposés par les différentes entreprises dans leurs offres diffèrent de l'exemple chiffré et varient en fonction des lots et des entreprises, ce qui démontre que les entreprises ont calculé ce poste de façon indépendante ; que, dans les circonstances de l'espèce, il n'est pas établi que la pratique en cause ait eu pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence ; qu'il convient donc de décider qu'il n'y a pas lieu à poursuivre la procédure dirigée contre l'UPTRA, sur ce point ;

■ C. - Sur l'imputabilité des pratiques

Considérant que, s'agissant de l'UPTRA et de la FNTV01, le rapport indique que la FNTV01 était dépourvue de personnalité morale et constituait une branche de l'UPTRA, adhérente à la FNTV et autorisée, en conséquence, à désigner sous l'appellation «*FNTV01*» sa structure compétente pour les transports de voyageurs ;

Considérant qu'il résulte de ces éléments que les pratiques relevées à l'encontre du syndicat doivent être imputées à l'UPTRA et non à la FNTV01, qui est dépourvue de personnalité morale ;

Considérant que plusieurs entreprises mises en cause dans le cadre de la présente procédure ont connu des évolutions de structure, depuis le moment où les pratiques relevées ont été mises en œuvre ;

Considérant qu'ainsi qu'il ressort d'une jurisprudence constante, et notamment de l'arrêt Enichem Anic du tribunal de première instance des Communautés européennes du 17 décembre 1991, lorsque l'existence d'une infraction est établie, il convient de déterminer la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise en cause au moment où l'infraction a été commise, afin qu'elle réponde de cette infraction ;

Considérant qu'en cas de fusion ultérieure de la société responsable de l'exploitation avec une autre société, cette fusion, qui peut résulter soit de la création d'une société nouvelle, soit de l'absorption de la société responsable par une autre société, entraîne la dissolution sans liquidation des sociétés qui disparaissent et la transmission universelle de leur patrimoine, actif et passif, aux sociétés bénéficiaires, dans l'état où il se trouve à la date de réalisation définitive de l'opération et que la société nouvelle ou la société absorbante répond, dès lors, des infractions commises antérieurement à cette date par la société partie à la fusion ; que lorsque, entre le moment où l'infraction a été commise et le moment où l'entreprise en cause doit en répondre, la personne responsable de l'exploitation de cette entreprise a cessé d'exister juridiquement, sans que cette disparition se soit accompagnée de la transmission universelle de ses droits et obligations à une autre personne, il convient de localiser, dans un premier temps, l'ensemble des éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction pour identifier, dans un second temps, la personne qui est devenue responsable de l'exploitation de cet ensemble, afin d'éviter qu'en raison de la disparition de la personne responsable de son exploitation au moment de l'infraction, l'entreprise ne puisse pas répondre de la commission de celle-ci ;

Considérant que la société anonyme Gonnet Bustour était, au moment des faits, une filiale de la société Transdev, elle-même filiale de la Caisse des dépôts et consignations ; qu'au mois de décembre 2000, cette société a, dans le cadre d'une opération de privatisation, été rachetée par trois de ses salariés ; que si ses actionnaires ont changé, la société n'a, cependant, connu aucune modification de sa structure et qu'elle doit, en conséquence, répondre des pratiques anticoncurrentielles qu'elle a mises en œuvre ;

Considérant que la société voyages Cognat a été absorbée par la société cars Philibert en avril 2000 et radiée du registre du commerce le 14 novembre 2002 ; que les cars Philibert ont repris l'ensemble des éléments constitutifs de la société ; que, dans ces conditions, la société cars Philibert doit être regardée comme assurant la continuité économique et fonctionnelle de la société Voyages Cognat et, par voie de conséquence, répondre des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre par la société Voyages Cognat ;

Considérant qu'en 1999, la société les Courriers des Dombes a fait l'objet d'une fusion absorption par la société autocars Planche ; que dès lors, au regard des principes rappelés ci dessus, la société absorbante, autocars Planche doit répondre des infractions commises antérieurement à la date de la fusion par la société absorbée, Courriers des Dombes ;

Sur les sanctions

Considérant que les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; que, par suite et en vertu du principe de la non rétroactivité des lois à caractère punitif, les dispositions introduites par cette loi à l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles sont plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2000 : *«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 de non exécution 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 taxe réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 1 524 490,17 Euros»* ;

Considérant que les ententes horizontales entre soumissionnaires concurrents à des marchés publics ayant pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence par les prix et d'aboutir à une répartition des marchés sont d'une particulière gravité ; que cette gravité est, en l'espèce, accrue par le fait qu'il s'agissait de la première application de la nouvelle procédure d'attribution des délégations de service public prévues par la loi n° 93-122 du 29 janvier 1993 ; que comme l'a observé la représentante de la RDTA en séance, le conseil général de l'Ain souhaitait un plein exercice de la concurrence puisque, non-obstant la possibilité d'attribuer à nouveau sans mise en concurrence les lots exploités par la régie départementale, la collectivité locale a choisi de les remettre en concurrence ;

Considérant que plusieurs sociétés font valoir qu'elles ont perdu l'exploitation de certains lots et/ou n'ont pas obtenu l'ensemble des lots pour lesquels elles avaient déposé des offres ; que ces circonstances sont sans conséquence sur la gravité des faits reprochés, de même que le fait que certains lots de transport scolaire ont changé de titulaires à l'issue de la procédure ;

Considérant que, pour apprécier le dommage à l'économie résultant des ententes constatées, il y a lieu de tenir compte, en premier lieu, s'agissant de la desserte du collège de Leyment en 1994, de ce que l'intégralité des lots ont été concernés et, en second lieu, s'agissant de la procédure organisée en 1995-1996, de ce que 81,9 % du montant global des délégations de service public ont été attribués à des entreprises organisatrices ou participantes aux réunions entre transporteurs ; qu'ainsi, une part substantielle du marché a été affectée par les pratiques de concertation ; qu'au surplus, il convient de relever que, pour de nombreux lots, la concertation impliquait l'entreprise précédemment titulaire du lot, susceptible de par son implantation et sa bonne connaissance du service, de présenter une offre plus compétitive que celle présentée ;

En ce qui concerne l'Union professionnelle des transports routiers (UPTRA)

Considérant qu'il est établi que l'Union professionnelle des transports routiers de l'Ain-FNTV01 a eu l'initiative d'organiser des rencontres répétitives entre transporteurs tout au long de la procédure de passation des délégations de service public de transport scolaire, afin d'assurer la concertation des transporteurs candidats à l'attribution de lots de délégations de service public de transport scolaire ; que le montant global des lots dont l'attribution a été confiée à des organisateurs ou participants aux réunions de concertation s'est élevé à 5 330 770,37 € soit 81,9 % du montant global des lots attribués ;

Considérant que l'UPTRA-FNTV01 a perçu, en 2001, 75 963,06 € de cotisations, qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 3 800 € ;

En ce qui concerne la société Trans-Jura Cars

Considérant que la société Trans-Jura cars a organisé la réunion relative au secteur du Haut-Bugey qui s'est tenue le 17 janvier 1996 ; qu'elle a obtenu dans ce seul secteur des délégations de service public de transport scolaires pour un montant global de 122 827 € ; que la société Trans-Jura cars a, par ailleurs, participé à la réunion par secteur qui s'est tenue le 31 janvier 1996 ;

Considérant que la société Trans-Jura cars a réalisé un chiffre d'affaire de 1 160 497 € au cours du dernier exercice clos ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 11 600 € ;

En ce qui concerne la société Gonnet Bustours

Considérant que la société Gonnet Bustours a organisé la réunion relative au secteur de Gex qui s'est tenue le 18 janvier 1996 ; qu'elle a obtenu 1 288 355 € des délégations de service public de transport scolaires dont 371 714 € dans le seul secteur de Gex et a participé aux réunions par secteur organisées entre transporteurs le 17 janvier 1996, et le 31 janvier 1996 ;

Considérant que la société Gonnet Bustours a réalisé un chiffre d'affaire de 6 380 366 € au cours du dernier exercice clos ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société Gonnet Bustours une sanction de 48 000 € ;

En ce qui concerne la société Sécam

Considérant que la société Sécam a organisé la réunion relative au secteur Val de Saône qui s'est tenue le 23 janvier 1996, qu'elle a obtenu un montant global de 123 404 € de délégations de service public de transport scolaires dont 58 651 € dans le seul secteur du Val de Saône ; que la société Sécam a par ailleurs participé à la réunion par secteur qui s'est tenue le 25 janvier 1996 ;

Considérant que la société Sécam a réalisé un chiffre d'affaire de 14 392 039 € au cours du dernier exercice clos ; qu'en fonction des éléments généraux et

individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la société Sécam une sanction de 144 000 € ;

En ce qui concerne la Régie départementale des transports de l'Ain

Considérant que la régie départementale des transports de l'Ain a participé à une concertation entre transporteurs, préalable au dépôt des offres à l'occasion de la procédure d'attribution des lots de transport scolaires pour desservir le collège de Leyment, en 1994 ; qu'elle a, par ailleurs, dans le cadre de la procédure de passation des délégations de service publics de transport scolaire lancée par le conseil général de l'Ain, organisé la réunion relative au secteur Bresse-Revermont qui s'est tenue le 25 janvier 1996, qu'elle a obtenu un montant global de 1 096 132 € de délégations de service public de transport scolaires dont 382 782 € dans le seul secteur Bresse/Revermont ; que la RDTA a, de plus, participé aux réunions par secteurs qui se sont tenues les 17, 18 et 31 janvier 1996 ;

Considérant que la régie départementale des transports de l'Ain a réalisé un chiffre d'affaire de 8 076 620 € au cours du dernier exercice clos ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu d'infliger à la régie départementale des transports de l'Ain une sanction de 72 000 € ;

En ce qui concerne la société les cars Philibert

Considérant que la société les cars Philibert a participé à une concertation entre transporteurs, préalable au dépôt des offres à l'occasion de la procédure d'attribution des lots de transport scolaires pour desservir le collège de Leyment, en 1994 ; qu'elle a, par ailleurs, dans le cadre de la procédure de passation des délégations de service public de transport scolaire lancée par le conseil général de l'Ain, organisé la réunion relative au secteur Bas Buguey/Plaine de l'Ain qui s'est tenue le 31 janvier 1996, qu'elle a obtenu un montant global de 1 642 729 € de délégations de service public de transport scolaire dont 510 017 € dans le seul secteur du Bas Buguey/Plaine de l'Ain ; que la société les cars Philibert a notamment participé aux réunions par secteurs qui se sont tenues les 23 et 25 janvier 1996 ;

Considérant que la société les cars Philibert doit, au surplus, répondre des pratiques relevées à l'encontre de la société Voyages Cognat qui a participé à la réunion de secteur qui s'est tenue le 17 janvier 1996 ;

Considérant que la société les cars Philibert a réalisé un chiffre d'affaire de 44 326 824 € au cours du dernier exercice clos ; qu'elle a indiqué, lors de la séance, qu'elle était confrontée à des difficultés financières ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 470 000 € ;

En ce qui concerne la société Cariane Touriscar Ain

Considérant que la société Cariane Touriscar Ain a participé à la réunion entre transporteurs qui s'est tenue le 18 janvier 1996 relative au secteur Gex, qu'elle a obtenu, à l'issue de la procédure, 20 % du montant global des lots du secteur ;

Considérant que la société Cariane Touriscar Ain a réalisé un chiffre d'affaire de 223 916 € au cours du dernier exercice clos ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 11 200 € ;

En ce qui concerne la société Cariane Val de Saône

Considérant que la société Cariane Val de Saône a participé à la réunion entre transporteurs qui s'est tenue le 25 janvier 1996 relative au secteur Bresse-Revermont, qu'elle a obtenu, à l'issue de la procédure, 11 % du montant global des lots du secteur ;

Considérant que la société Cariane Val de Saône a réalisé un chiffre d'affaire de 6 339 847 € au cours du dernier exercice clos ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 32 000 € ;

En ce qui concerne la société autocars Planche substituée à la société courriers des Dombes

Considérant que la société les courriers des Dombes a participé à la réunion entre transporteurs qui s'est tenue le 25 janvier 1996 pour le secteur Bresse/Revermont, qu'elle a obtenu, à l'issue de la procédure, 6 % du montant global des lots du secteur ; que ces pratiques sont imputables à la société Autocars Planche qui a absorbé la société Courriers des Dombes en 1999 ;

Considérant que la société autocars Planche a réalisé un chiffre d'affaire de 1 467 792 € au cours du dernier exercice clos ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 7 300 € ;

En ce qui concerne la société tourisme Guderzo

Considérant que la société tourisme Guderzo a participé à une concertation entre transporteurs, préalable au dépôt des offres à l'occasion de la procédure d'attribution des lots de transport scolaires pour desservir le collège de Leyment, en 1994 ; qu'elle a, par ailleurs, dans le cadre de la procédure de passation des délégations de service publics de transport scolaire lancée par le conseil général de l'Ain, participé à la réunion entre transporteurs relative au secteur Bas Bugey/Plaine de l'Ain qui s'est tenue le 31 janvier 1996 et qu'elle a obtenu, à l'issue de la procédure, 8 % du montant global des lots du secteur ;

Considérant que la société tourisme Guderzo, en dépit de plusieurs rappels, n'a pas adressé son chiffre d'affaires pour le dernier exercice clos ; qu'il résulte de la consultation du site internet société.com que cette société a réalisé un chiffre d'affaire de 1 560 966 € au cours de l'exercice clos au 31 décembre 2000 ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 15 610 € ;

En ce qui concerne la société cars Berthelet

Considérant que la société cars Berthelet a participé à une concertation entre transporteurs, préalable au dépôt des offres à l'occasion de la procédure

d'attribution des lots de transport scolaires pour desservir le collège de Leyment, en 1994 ; qu'elle a, par ailleurs, dans le cadre de la procédure de passation des délégations de service publics de transport scolaire lancée par le conseil général de l'Ain, participé à la réunion entre transporteurs du secteur Bas Bugey/Plaine de l'Ain qui s'est tenue le 31 janvier 1996, qu'elle a obtenu, à l'issue de la procédure, 7 % du montant global des lots du secteur ;

Considérant que la société anonyme cars Berthelet a réalisé un chiffre d'affaire de 6 851 456,73 € au cours du dernier exercice clos ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 68 500 € ;

Décide

Article 1 : Il est établi que les sociétés cars Philibert, cars Berthelet, Tourisme Guderzo et la régie départementale des transports de l'Ain (RDTA) ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce à l'occasion de la procédure d'attribution des lots de transport scolaire pour desservir le collège de Leyment, en 1994 ;

Article 2 : Il est établi qu'à l'initiative de l'Union professionnelle des transports routiers de l'Ain, la société courriers des Dombes à laquelle est substituée la société autocars Planche, les sociétés Cariane touriscar Ain, Cariane Val de Saône, cars Berthelet, cars Philibert, Gonnet Bustours, Sécam, tourisme Guderzo, Trans-Jura cars, ainsi que la régie départementale des transports de l'Ain (RDTA), ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce dans le cadre de la procédure de mise en concurrence organisée en 1995-1996 par le conseil général de l'Ain pour l'attribution des lots de transport scolaire ;

Article 3 : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure concernant la FNTV, ainsi que concernant les sociétés autocars Bas et TVRA ;

Article 4 : Il est infligé une sanction pécuniaire de :

- 3 800 € à l'Union professionnelle des transports routiers de l'Ain ;
- 7 300 € à la société Autocars Planche venant aux droits et obligations de la société les courriers des Dombes ;
- 11 200 € à la société Cariane Touriscar Ain ;
- 32 000 € à la société Cariane Val de Saône ;
- 68 500 € à la société cars Berthelet ;
- 470 000 € à la SA cars Philibert pour elle même et venant aux droits de la société Voyages Cognat ;
- 48 000 € à la société Gonnet Bustours ;
- 144 000 € à la Société Sécam ;
- 15 610 € à la société tourisme Guderzo ;
- 11 600 € à la société Trans-Jura cars ;
- 72 000 € à la régie départementale des transports de l'Ain (RDTA) ;

Délibéré, sur le rapport oral de Mme Nguyen-Nied, par M. Nasse vice-président, président la séance, Mmes Mader Saussaye et Perrot, MM. Charrière Bournazel et Piot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président, président la séance
Philippe Nasse

02-D-60

Décision n°02-D-60 du 27 septembre 2002 relative aux pratiques mises en œuvre par la Chambre syndicale des entreprises de déménagement et l'Association française de déménageurs internationaux

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la décision n° 97-D-64, du 16 septembre 1997, par laquelle le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office des pratiques mises en œuvre par la Chambre syndicale des entreprises de déménagement et l'association française de déménageurs internationaux ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les lettres de la présidente du Conseil de la concurrence en date du 6 mars 2002 notifiant aux parties intéressées et au commissaire du Gouvernement sa décision de porter l'affaire devant la commission permanente, conformément aux dispositions de l'article L. 463-3 du code de commerce ;

Vu les observations présentées par la Chambre syndicale des entreprises de déménagement et garde-meubles de France (CSD) et l'Association française de déménageurs internationaux (AFDI) et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la Chambre syndicale des entreprises de déménagement et garde-meubles de France (CSD) et de l'Association française de déménageurs internationaux (AFDI), entendus lors de la séance du 5 juin 2002 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

Décisions / 02-D-60

783

I. - Constatations

■ A. - Le secteur

Un déménagement comporte les prestations suivantes : emballage, chargement, depuis l'ancien domicile, transport et déchargement au nouveau domicile. Si cet ensemble d'opérations est identique quel que soit le client (fonctionnaire, particulier ou entreprise), le déménagement international (en y incluant l'outre-mer) comporte trois phases dont la deuxième est sans équivalent dans un déménagement interne :

- déménagement et transport jusqu'à l'embarquement comportant l'emballage, le chargement le transport du domicile au lieu d'embarquement et le chargement du conteneur ;
- transport maritime ou aérien : cette phase nécessite des relations avec les compagnies maritimes et aériennes, l'accomplissement de formalités administratives et donc l'entretien d'un réseau de correspondants, voire d'agences, d'où l'émergence de sociétés spécialisées dans le déménagement international ;
- déchargement jusqu'au domicile se décomposant en déchargement proprement dit, transport, et livraison.

L'accès à la profession de déménageur professionnel est subordonné à l'inscription au registre des transporteurs routiers, à la détention d'une licence communautaire et d'une licence de transport intérieur, ainsi qu'à la délivrance par le ministre chargé des transports d'une attestation de capacité. Cette dernière requiert le passage d'un examen sélectif, puisque seuls 5 % des candidats sont reçus.

Depuis les années 80, certaines primes de déménagement des fonctionnaires affectés outre-mer et à l'étranger et la plus grande partie de celles qui étaient versées par les caisses d'allocations familiales ont été supprimées : l'incidence des aides publiques au déménagement sur le marché est donc très atténuée.

Selon une enquête réalisée par la Sofres en janvier et février 1989, deux traits distinguent la demande des ménages : 82 % des déménagements sont réalisés par les ménages eux-mêmes et seuls 17 % des déménagements se font dans un rayon supérieur à 100 km, en France ou à l'étranger.

Concernant l'offre, le marché global du déménagement atteignait sept milliards de francs en 1998, se répartissant de façon égale entre les déménagements de particuliers et ceux d'entreprises.

Le secteur regroupe environ 1200 entreprises spécialisées, dont 90 % de PME de moins de 50 salariés et 10 % comptant entre 50 et 200 salariés. Au total, il emploie 15 000 salariés. Il s'agit d'un marché très atomisé, où aucun acteur n'apparaît en position prééminente, AGS, la première entreprise du secteur avec 143 millions de francs de chiffre d'affaires en 1997, ne détenant qu'environ 2 % du marché. Cet éclatement du marché n'est pas remis en cause par la constitution de regroupements de déménageurs tels que, en 1998, Demeco, Demepool, Interdem Frandem, France Armor, Déménageurs bretons.

Il existe des entreprises spécialisées dans le déménagement international (outre-mer inclus), AGS venant encore en tête avec un chiffre d'affaires de 105 millions de francs, soit 37,6 % du total réalisé sur ce segment (290 millions de francs), sur lequel les sociétés françaises tendent à reculer au profit de filiales de groupes étrangers.

■ B. - Les organisations représentatives

a) La Chambre syndicale des entreprises de déménagements et garde-meubles de France (CSD) :

Créée en 1890, la CSD est une association de la loi de 1901. Elle est constituée de 15 groupements régionaux en France métropolitaine et dans les Dom-Tom. Elle recensait 800 entreprises adhérentes en 1998, dont trois groupements commerciaux, soit 11 000 salariés et un chiffre d'affaires global de cinq milliards de francs, ce qui représente environ 70 % du secteur. Elle reste la principale organisation représentative du secteur malgré la création en 1989 du Groupement syndical des déménageurs européens.

Les missions de la CSD sont définies ainsi à l'article 2 de ses statuts :

- réguler la profession par l'édiction des usages, des mécanismes de règlement amiable des litiges (art. 9-4° des statuts), une caisse de garantie (art. 10) ;
- promouvoir la profession, notamment par des synergies ;
- défendre la profession, notamment en justice (g), mais aussi de manière plus générale (b)

La promotion de la profession est notamment assurée par la gestion d'un logo prévue à l'article 9 des statuts : « *La Chambre syndicale des entreprises de déménagements crée et possède les labels syndicaux qui (...) ont pour objet de faire connaître les entreprises adhérentes à la CSD* » Ce logo est présenté comme un label de qualité. Il est devenu, grâce à sa notoriété, un instrument de promotion des adhérents de la CSD, notamment dans les pages jaunes de l'annuaire téléphonique.

b) L'Association française de déménageurs internationaux (AFDI) :

L'AFDI a été créée en 1948 par la CSD. Les deux associations partagent les mêmes locaux et certains permanents leur sont communs. L'un des quatre vice-présidents de la CSD est président de l'AFDI. L'AFDI regroupe des déménageurs de la France métropolitaine et de l'outre-mer, soit, d'après la liste établie au 12 août 1998, une soixantaine d'entreprises, et est le seul organisme fédérateur de ce type de métier.

En premier lieu, l'AFDI est un organisme à vocation d'assurance : elle gère la garantie bancaire imposée en cas de défaillance par la Fédération internationale des déménageurs internationaux (FIDI), le règlement des impayés (Payment Protection Plan, PPP). L'adhésion à l'AFDI confère donc une image de solvabilité aux yeux des consommateurs et aux partenaires de l'entreprise affiliée.

En second lieu, l'AFDI est un établissement de promotion et de prospection : elle propose ses adhérents comme correspondants aux déménageurs étrangers.

■ C. - Les pratiques relevées

Le 17 octobre 1995, les sociétés AGS Paris, AGS Nouméa, AGS Tarbes, AGS Lorraine et AGS Papeete ont saisi le Conseil de la concurrence du refus d'adhésion que leur opposaient la CSD et l'AFDI. A la suite d'un protocole d'accord conclu avec la CSD et l'AFDI, elles ont déclaré retirer leur saisine le 22 avril 1997. Par une décision en date du 16 septembre 1997 le conseil a classé la saisine initiale et s'est saisi d'office des pratiques de la CSD et de l'AFDI.

1. - La CSD

a) Les principes statutaires :

Selon l'article 4-A des statuts, le candidat à l'adhésion doit :

«(1°) Faire la preuve, dans la localité, d'un exercice effectif, régulier et permanent de déménagement et éventuellement de garde meuble et à cet effet disposer de façon permanente d'un local commercial, de personnel d'exécution spécialisé, d'au moins un véhicule spécialisé ;

(2°) Offrir toutes les garanties morales souhaitables et manifester formellement son intention d'appliquer les règles essentielles élaborées par la chambre syndicale et de respecter les usages professionnels»

Les termes de ce dernier alinéa peuvent être illustrés par la déclaration de M. Wulput, vice-président de la CSD : *«Les entreprises qui se portent candidates pour entrer à la CSD doivent répondre à un certain nombre de critères et le président de région est chargé de l'enquête préliminaire concernant cette société. Il doit vérifier si l'entreprise en question a un véritable projet de recherche d'un bon service dans la qualité avec un engagement déontologique et un engagement confraternel. Si l'entreprise déclare vouloir entrer à la CSD juste pour le label, cela ne nous intéresse pas.»*

Toujours selon le même article, il existe des conditions simplifiées par rapport à celles qui viennent d'être énoncées pour l'activité de bureau de vente et de succursale d'entreprises adhérentes.

L'article 1-1 du règlement intérieur pose encore d'autres exigences :

«1 Au-delà de la constitution technique d'un dossier de demande d'admission telle qu'elle est prévue par les statuts, l'entreprise candidate doit présenter tous les critères moraux répondant à l'image de marque de la chambre syndicale ainsi qu'à la confraternité entre les membres et à la solidarité syndicale. A cet égard, le comportement des hommes doit constituer un critère déterminant de l'enquête préalable.

2 Pendant la période de stage de l'entreprise, le délégué départemental est chargé, sous l'autorité du président du groupement régional, d'observer le comportement de l'entreprise stagiaire. A l'issue de la période de stage, il fait part, au président du groupement régional et à son bureau, de son avis sur l'acceptation ou le refus d'admission de l'entreprise en tant que membre titulaire.»

Une procédure, exposée-ci- après, doit permettre de vérifier le respect de ces conditions.

Selon l'article 5 des statuts : «1° Le bureau national ou une commission prise en son sein est chargé d'instruire et de se prononcer sur toute demande d'admission.

A) A cet effet, le secrétariat général de la chambre syndicale effectue une enquête chez l'entreprise candidate et remet son rapport au bureau national, dans un délai de deux mois après réception du dossier complet de la demande d'adhésion.

B) Le bureau national (ou la commission prise en son sein) examine la demande de l'entreprise candidate à l'égard des justifications produites et de l'honorabilité des personnes assurant la gestion et l'exploitation et émet un avis à cette demande.

C) Cet avis est porté à la connaissance du président du groupement régional qui, dans un délai de deux mois, doit faire connaître son propre avis par écrit. A défaut de réponse dans ce délai, le groupement régional est présumé adopter un avis identique à celui du comité de direction.

2° Si le président du groupement régional est d'un avis opposé à celui du bureau national, le dossier est soumis au comité de direction. En cas d'opposition entre la région et le comité de direction, le dossier est transmis au président de la commission des labels, d'arbitrage et de discipline. Celui-ci fait procéder à une enquête approfondie par un membre de la commission disposant des pouvoirs les plus étendus. Il remet son rapport dans les deux mois au président de la CSD.

La commission émet un avis favorable, le président national peut passer outre à l'opposition de la région et prononcer l'admission. Dans le cas contraire, la candidature est définitivement rejetée.

3° L'agrément formulé par le bureau national ou le comité de direction n'est valable que pour un établissement compte tenu de l'agglomération où il se trouve, des personnes chargées de sa direction, du personnel et du matériel dont il dispose (...).

4° Toute candidature retenue est portée à la connaissance des adhérents par un moyen approprié pour permettre à ceux-ci de présenter leurs observations au bureau national, par écrit et dans un délai maximum de 30 jours. En cas d'opposition par un membre, le président de la chambre syndicale décidera s'il y lieu de présenter à nouveau au bureau national ou au comité de direction.

5° Le bureau national, ou la commission qui en est issue ou le comité de direction ne sont pas tenus de justifier de leur décision, qui ne saurait engager en aucune manière la responsabilité de la chambre syndicale.»

En outre, l'article I-3 du règlement intérieur confère au groupement régional le droit de proposer au bureau national de dispenser l'entreprise admise du stage d'un an.

Il convient encore de mentionner la procédure particulière en cas de transformation d'une entreprise adhérente. Les articles 6 des statuts et III du règlement intérieur indiquent que : «en cas de reprise d'entreprise adhérente, suite notamment à un redressement, la radiation de la chambre syndicale est d'office et

la procédure de réadhesion est nécessaire si le repreneur le souhaite, et il convient de solliciter à nouveau l'adhésion... le cas échéant si le nouveau dirigeant de l'entreprise est connu, (car déjà adhérent par exemple), l'adhésion peut faire l'objet d'une simple régularisation».

b) La pratique :

Aux conditions statutaires qui viennent d'être indiquées s'ajoutent, dans la pratique, trois conditions non écrites :

- L'exigence d'une antériorité de deux ans, attestée par la chambre syndicale et justifiée, selon cette dernière, par le fait que beaucoup d'entreprises nouvelles disparaissent au terme de la première année et sont susceptibles ainsi de grever la caisse de garantie.
- Le parrainage par des adhérents du syndicat professionnel, disparu des statuts depuis les années 70, mais attesté dans les faits par plusieurs témoignages :
 - M. Fur, gérant de la société de ce nom (cote 147 à 152) : *«J'ai souhaité entrer à la Chambre syndicale du déménagement en août 1996, j'étais parrainé par un membre de la Chambre syndicale.»*
 - M. Taieb, du groupe AGS (cote 89 à 93) : *«En France, pour être membre de la FIDI, il faut faire partie de l'AFDI, toutefois, pour cela il est nécessaire d'appartenir à la CSD. Or, cette dernière essaie de préserver tous les acquis de ses adhérents et n'est pas passionnée à l'idée d'intégrer de nouveaux adhérents donc... de futurs concurrents. Pour y être admis, il faut trouver des parrains qui n'acceptent de vous parrainer bien évidemment que si vous n'êtes pas un violent concurrent.»*
 - M. Van Riel, directeur de Trans Euro (cote 136 à 142) : *«Il semble que nous ayons eu des formulaires à compléter et à retourner pour l'obtention de deux parrainages, mais je ne retrouve pas la preuve de ces dires dans le dossier Chambre syndicale et je n'appartenais pas à la société à cette époque. Selon Mme Véronique Darmon, assistante de direction, un des deux parrains pourrait être la société Blache à Grenoble et l'autre parrain, avec encore plus de réserves, serait la société Laurent Déménagement à Fréjus.»*
 - M. De Laey, directeur général de la société Allied Arthur Pierre, (cote 101) : *«Nous sommes amenés de temps en temps à parrainer certains confrères qui veulent y entrer.»*
- Le versement d'un pourcentage du chiffre d'affaires de l'entreprise candidate, de l'ordre de 1,5 %, selon M. Briard, directeur technique de DTS (cote 158 à 162) : *«C'est pourquoi, seul le label de la CSD nous paraît envisageable actuellement, nous avons donc redemandé à cet organisme de nous accepter par lettre du 30 septembre 1998. Au 21 octobre 1998, nous n'avons toujours pas eu de réponse mais au téléphone on nous a dit que nous devons remplir les conditions suivantes : (...) – reverser à la CSD 1,5 % du chiffre d'affaires de l'entreprise.»*

De plus, plusieurs déclarations éclairent les conditions d'application de ces dispositions :

- M. Wulput, vice-président de la CSD, indique ainsi que l'enquête initiale sur l'entreprise candidate, que les statuts réservent au secrétaire général, est parfois réalisée par les groupements régionaux : *«Les entreprises qui se portent candidates pour entrer à la CSD doivent répondre à un certain nombre de critères et le président de région est chargé de l'enquête préliminaire concernant cette société (cote 112 à 116)»*. Qu'ils soient ou non à l'origine de l'enquête normalement dévolue au secrétariat général, les présidents de régions ont accès, par ce rapport d'enquête, à des informations confidentielles telles que les prix pratiqués ou la zone d'activité territoriale de leur concurrent.
- M. De Laey, directeur général de la société Allied Arthur Pierre, indique que ce contrôle est parfois même effectué par un confrère (cote 101) : *«Puis cette dernière (la société Rocordeau est devenue la Société française de déménagement et elle a été acceptée à la CSD après avoir été contrôlée par un confrère (Jauffrey à Montpellier). (...) Nous sommes de temps en temps amenés à parrainer certains confrères qui veulent y entrer. Pour ce faire, nous effectuons des vérifications dans ces entreprises.»*
- M. Rousse, directeur adjoint de la Sarl Aux professionnels réunis (UPM), et président de l'AFDI de 1988 à 1993 (cote 108) : *«Un contrôle est effectué auprès des entreprises de déménagement qui désirent entrer à la CSD, autrefois ce contrôle était effectué par des concurrents, j'ai moi-même contrôlé de nombreuses entreprises dont, par exemple, Interdean. Désormais ce sont des permanents du Syndicat qui font ce travail.»*
- M. Bonneau, directeur technique de la société Bonneau déménagement déclare (cote 143 à 146) : *«J'ai fait une demande en mai ou juin 1996 pour entrer à la Chambre syndicale. Il m'a été répondu oralement, dans les locaux de la Chambre syndicale, que mon admission n'interviendrait qu'après une longue procédure pouvant durer plusieurs mois. Cela m'a dissuadé de continuer cette démarche(...). Si on connaît bien un membre du syndicat, il semble que les démarches soient grandement facilitées»*.
- M. Fur, déjà cité ci-dessus, après un refus d'adhésion (cote 150) : *La société qui m'avait parrainé m'a reproché de n'avoir pas consacré de temps à la personne de la Chambre syndicale qui était venue dans ma société et m'a fait comprendre qu'avec une enveloppe de 50 000 francs mon adhésion serait facilitée. (...) Je travaille avec le même matériel que ceux qui sont membres de la CSD car je m'approvisionne à la FMD qui fournit tous les déménageurs...»*
- M. Delpuech, président du réseau Déménageurs bretons (cote 154) : *«La CSD(...) reste une organisation fermée pour deux raisons. La première raison tient au fait qu'elle ait été créée en 1890 par un groupe de déménageurs constituant de la sorte une entité qui s'apparentait à un club choisissant ses membres (...) Par la suite, sous le poids de la culture et des statuts, cette organisation est restée fermée. (...) De plus, à partir du moment où les statuts autorisent untel et untel à se manifester sur les candidatures à l'entrée syndicale sans critères objectifs mais en arguant de principes moraux, il y a des possibilités d'éviction (...). La Chambre syndicale présente une caisse de garantie d'un montant assez*

faible qui sert lorsqu'un adhérent présente une défaillance au sens juridique du terme, c'est-à-dire en cas de règlement judiciaire ou de dépôt de bilan. Toutefois, cette caisse de garantie n'est pas utilisée dans les autres cas de manquements d'un adhérent, son existence ne devrait donc pas justifier la politique de sélection de la Chambres syndicale.»

- La CSD peut également renvoyer le candidat à l'Institut technique du déménagement (ITD), organisme technique qui fournit des informations à ses adhérents sur leurs obligations fiscales, comptables et professionnelles. Cette solution non prévue par les statuts est justifiée, par les représentants de la CSD, par la faible surface de certains candidats, habituelle dans ce secteur de PME, insuffisante au regard de la cotisation à la CSD (cote 69). Comme le déclare M. Rousse, déjà cité ci-dessus : *«Le passage par l'ITD constitue une période probatoire pour les entreprises qui se font ainsi connaître de leurs pairs et qui pourront un an après leur entrée à l'ITD devenir membre stagiaire de la CSD.»* ou M. Delpuech, cité ci-dessus : *«L'ITD a un caractère essentiellement technique (...). Or la CSD se sert de l'ITD pour justifier la sélection de ses adhérents en renvoyant les entreprises non admises en son sein vers l'ITD.»*

De plus, rien n'interdit aux adhérents le recours à des entreprises sous-traitantes non affiliées à la CSD, et ce recours n'est pas rare, comme en témoigne M. Fur, déjà cité ci-dessus (cote 147 à 152) : *«La sous-traitance que j'ai effectué l'a toujours été avec des déménageurs de la CSD (...) les entreprises qui utilisent les services des sous-traitants négocient environ 20 % de déménagements à des prix intéressants qu'elles réalisent et 80 % de déménagements à des prix tirés sur lesquels elles conservent 20 à 30 % du prix HT et qu'elles confient à des petits artisans comme moi.»*

c) Les conséquences de l'appartenance à la CSD :

Outre la déclaration de M. Taieb, d'AGS, citée ci-dessus, et qui rappelle qu'il est nécessaire d'adhérer à la CSD pour être membre de l'AFDI, plusieurs déclarations font état des enjeux qui s'attachent à l'appartenance à la CSD :

- M. Bonneau, cité ci-dessus (cote 143 à 146) : *«Cela m'a dissuadé de continuer cette démarche et j'ai choisi de m'orienter vers la norme NF Service qui représente plus que la Chambre syndicale la qualité du travail. Toutefois, il est important d'être membre de la Chambre syndicale pour les informations qu'elle diffuse pour la profession et en raison de la confiance que la clientèle apporte à la Chambre syndicale. Pour les anciens clients, nous ne rencontrons pas de problèmes, mais pour les nouveaux clients, c'est un argument de poids que d'appartenir à la Chambre syndicale (...) Dès qu'un média parle de déménagement et cite la Chambre syndicale, les clients nous demandent si nous en faisons partie et c'est un handicap dans la prise de décision du client.»*
- M. De Laey, cité ci-dessus : *«Faire partie de la CSD est important pour faire partie de l'AFDI et de la FIDI et pour mettre le label Chambre syndicale sur les lettres de voitures et sur les en-têtes de documents. De plus, être membre de la Chambre syndicale permet de bénéficier d'une sécurité aussi bien pour les entreprises que pour les consommateurs car en cas de manquement aboutissant à un contentieux, la Chambre syndicale tente de régler le problème...»*

- M. Kordidian, de la société Interdean (cote 123) : *«Pour les déménageurs nationaux, appartenir à la CSD et faire de la publicité dans les pages jaunes est indispensable pour trouver de la clientèle.»*
- M. Van Riel, déjà cité ci-dessus (cote 140) : *«Entrer à la CSD était important pour nous car elle représente une autorité en matière de législation sociale (...). Sa représentativité nous confère un label de reconnaissance professionnelle. Faire partie de la CSD, c'est comme faire partie d'une élite.»*
- M. Fur, déjà cité ci-dessus (cote 149) : *«Je ne fais pas partie de la CSD. J'ai souhaité y entrer pour faire des déménagements de militaires (...) En effet, la CSD signe avec les militaires une convention uniquement connue de leurs membres puisque non transmise à l'extérieur(...). Il est également important d'appartenir à la CSD pour obtenir des marchés publics et pour répondre à la demande particuliers qui, influencés par les médias, ne veulent traiter qu'avec des sociétés appartenant à la CSD.»*
- M. Briard, déjà cité ci-dessus (cote 160) : *«Nous travaillons avec les gendarmes de Melun. Le Centre d'administration de l'armée de terre pour rembourser un déménagement prend en compte le grade, la situation familiale et la distance que doit effectuer le gendarme pour regagner son département de fonction mais ce en fonction de critères qui dépendent du département d'origine que nous, déménageurs non syndiqués, ne connaissons pas. Ce manque d'information nous fait perdre des clients car nos prix ne sont pas parfaitement adaptés à la situation du gendarme.»*
- M. Delpuech, déjà cité ci-dessus (cote 154) : *«Pourtant ne pas appartenir à la CSD entraîne des inconvénients majeurs. Le premier de ces inconvénients concerne les déménageurs internationaux qui pour être performants doivent appartenir à la FIDI ; or, pour cela, ils doivent au préalable appartenir à l'AFDI, membre de droit de la FIDI, mais pour être membre de l'AFDI il faut adhérer à la CSD (...) Le deuxième inconvénient de ne pas appartenir à la CSD se retrouve au plan national car elle renvoie toujours les consommateurs vers ses adhérents ce qui pénalise les non syndiqués sur un marché où le déménagement reste une opération exceptionnelle (en moyenne 1 déménagement tous les 10 ans par habitant).»*
- M. Mota, de la société MT Déménagement (cote 165) : *«Pour vendre du déménagement, je dois persuader les clients que ne pas appartenir à la CSD ne signifie pas un manque de professionnalisme ou de qualité car la CSD fait beaucoup de publicité (...). Je suis donc certain que nous perdons des clients en raison de notre non appartenance à la CSD.»*

Par comparaison avec le label de la CSD, le coût de la norme NF est souvent mis en avant :

- M. Rovillain, de la société Huet International (cote 118) : *«Notre société répond à la norme NF service qui nous coûte cher (10 800 francs par an plus des visites à 6 600 francs imposées. Nous appartenons à la CSD qui représente un label de qualité.»*
- M. Briard, de la société DTS (cote 159) : *«La norme NF Service serait un moyen d'affirmer notre image de qualité mais pour une jeune société comme la nôtre cela coûte trop cher (de l'ordre de 6 000 francs), pour 200 à 300 francs, nous avons reçu le dossier qui fixe les normes à respecter mais quand nous avons étudié le dossier tout nous a semblé insupportable financièrement.»*

2. - L'Association française de déménageurs internationaux (AFDI)

a) Les principes statutaires :

Selon l'article 3 des statuts : *«Pourra être membre de l'Association toute entreprise de déménagement et de garde-meubles déclarant adhérer aux présents statuts et remplissant les conditions suivantes :*

A) Etre membre titulaire depuis au moins deux années de la chambre syndicale (...);

B) Satisfaire à la définition du déménageur international qui est une entreprise de déménagement et de garde-meubles, capable par ses propres moyens et sans recours à des tiers, d'exécuter correctement et entièrement tous déménagements internationaux, soit à l'importation, soit à l'exportation. Cette définition suppose la propriété d'un garde-meubles et de locaux permettant la garde du matériel des confrères étrangers ;

C) Etre parrainé par deux membres de l'association affiliés à celle-ci depuis au moins deux années et n'appartenant pas au bureau. Un des parrains peut toutefois être soit un affilié à une autre association nationale membre de la fédération internationale des déménageurs internationaux (FIDI), à condition qu'ils appartiennent à cette association depuis au moins deux années, soit être affilié direct remplissant la même condition d'appartenance ;

D) Se soumettre à toutes enquêtes décidées par le bureau qui désignera le ou les enquêteurs ;

E) Etre agréé par le bureau ou par la commission prise en son sein, qui décidera à la majorité des membres présents et ne sera pas tenue de justifier sa décision auprès du candidat.»

Il convient d'ajouter une autre condition de nature statutaire prévue à l'article 4 des statuts : *«L'Association française de déménagements internationaux a la qualité de membre de la FIDI, fédération internationale de droit belge, dont le siège est à Bruxelles. De ce fait, les entreprises membres de l'AFDI ayant la qualité d'affiliées à la FIDI, doivent en respecter les statuts et le règlement et doivent constituer une garantie bancaire permanente ainsi que contribuer au financement des différents services mis en place par la FIDI, notamment à son fonds de protection des impayés, à peine d'exclusion de l'AFDI et de la FIDI.»*

b) Les pratiques effectives d'adhésion :

Le critère de fond énoncé au B de l'article 3 précité qui a trait à la surface logistique et à l'autonomie technique de l'entreprise candidate, s'avère peu contraignant : la société Laurent international Côte d'Azur, avec un chiffre d'affaires de 800 000 francs en 1997, a été admise à l'AFDI (cote 68). En tout état de cause, la circulaire n° 371 de l'AFDI (cote 66) prévoit des cotisations pour des chiffres d'affaires inférieurs à 250 000 F.

En revanche, le critère d'appartenance à la chambre syndicale mentionné au A de l'article 3 des statuts : *«être membre titulaire depuis au moins deux années de la chambre syndicale (...).»* est d'application stricte. Seul le

protocole d'accord entre la chambre syndicale et AGS Paris, Nouméa et Papeete a permis de surmonter un premier vote négatif de l'AFDI dont fait état le compte rendu du bureau national en date du 17 avril 1997. Le même compte-rendu démontre que l'AFDI a opposé son veto à la candidature d'AGS Prague et d'AGS Cote d'Ivoire à la FIDI jusqu'au protocole d'accord conclu avec AGS.

c) Les conséquences de l'appartenance à l'AFDI :

Plusieurs déclarations soulignent l'obligation d'appartenir à la FIDI, et donc à l'AFDI, pour une société de déménagement international :

M. Taieb, déjà cité ci-dessus (cote 89 à 93) : *«La FIDI joue un rôle très important sur le marché international en même temps que les grandes van lines américaines. Pour convaincre un particulier d'utiliser nos services, être un bon déménageur n'est pas suffisant, il faut appartenir à un organisme tel que la FIDI ou bien être autonome comme le sont les puissantes van lines américaines. Pour les PME françaises évoluant sur le marché international français (...) il n'y a pas beaucoup d'autres solutions que d'appartenir à la FIDI ou à l'OMNI pour disposer d'un réseau d'agents fiables et donc d'une réponse à l'attente de la clientèle. L'OMNI n'accepte les adhérents qu'à la condition qu'ils ne soient pas transcontinentaux. En France, pour être membre de la FIDI, il faut faire partie de l'AFDI. (...) De surcroît, la FIDI étant le seul organisme à avoir mis en place une garantie financière, sécurisant les transactions entre agents, (...) On comprend mieux dans ces conditions, qu'un organisme comme la Banque Mondiale, ne voulant pas que ses fonctionnaires soient pris en otage d'un contentieux entre deux déménageurs, préfère choisir comme prestataires des membres de la FIDI. (...) c'est pour les échanges avec ces pays (dans lesquels elle n'est pas présente) qu'il est indispensable qu'elle (AGS) appartienne à la FIDI, pour pouvoir être choisie comme partenaire. De plus, si on est membre de la FIDI, on n'est pas obligé de payer le correspondant tout de suite en raison des garanties financières que cette organisation apporte.»*

M. Rovillain, déjà cité (cote 118) : *«De même, l'AFDI et la FIDI sont des labels de qualité qui permettent de faire de la vente. Il est indispensable de faire partie de l'AFDI.»*

M. Cool, PDG de la société Lavanchy (cote 126 à 130) : *«LA FIDI est en fait une organisation à but lucratif à laquelle il est important d'appartenir quand on fait du déménagement international. D'ailleurs, pour la société Lavanchy, appartenir à la CSD est surtout intéressant pour faire partie de l'AFDI et de la FIDI.»*

M. Van Riel, déjà cité ci-dessus (cote 140) : *«La situation pourrait être critique pour Trans Euro France en attendant de faire partie de la FIDI, si nous n'avions le privilège de l'adhésion de notre maison mère de Londres à la FIDI.»*

■ D. - Les griefs

En application de l'article L. 463-2, il a été notifié à la CSD, sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce, le grief d'avoir mis en oeuvre des pratiques en matière d'adhésion qui ont eu pour objet et pour effet de limiter le libre jeu de la concurrence entre les entreprises de déménagements. Il a également été notifié, sur le fondement de l'article L. 420 1 du code du commerce, à l'AFDI, le grief d'avoir mis en oeuvre des pratiques en matière d'adhésion qui ont eu pour objet, ont pu avoir et ont effectivement, dans certains cas, eu pour effet de limiter le libre jeu de la concurrence entre les entreprises se livrant à des opérations de déménagement international.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil

Sur la prescription

Considérant que la CSD et l'AFDI soutiennent qu'en application de l'article L. 462-7 du code du commerce, 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, à leur constatation ou à leur sanction ; que le Conseil s'étant saisi d'office le 16 septembre 1997, sont prescrits les faits antérieurs au 16 septembre 1994 qui sont cités dans la notification de griefs ;

Mais considérant, qu'entre la date de la saisine du Conseil de la concurrence par les sociétés AGS Paris, AGS Nouméa, AGS Tarbes, AGS Lorraine et AGS Papeete et le retrait de cette saisine, une demande d'enquête, portant sur les pratiques de la CSD et de l'AFDI, a été adressée à la DGCCRF le 21 janvier 1997 ; que cet acte n'a pas perdu le fondement qu'il puisait dans la dénonciation des faits, qu'il a pu être versé au dossier de la saisine d'office et qu'il a, dès lors, un effet interruptif de la prescription ; qu'il s'ensuit que doivent être pris en compte, dans le cadre de la saisine d'office, les faits remontant jusqu'au 21 janvier 1994 ;

Sur l'atteinte aux droits de la défense

Considérant que la CSD et l'AFDI soutiennent que la décision par laquelle le Conseil s'est saisi d'office des pratiques contestées est contraire aux dispositions de l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme, qui consacre le droit à un procès équitable, notamment au regard de l'exigence d'impartialité, puisque ladite décision constitue un préjugé qui lie la décision au fond jusqu'à un certain point, du fait de son absence de motivation ;

Mais considérant que, d'une part, les personnes qui ont siégé au cours de la séance par laquelle le Conseil a décidé de se saisir d'office n'ont pas

siégé dans la formation appelée à statuer au fond et, d'autre part, les griefs ont été formulés non par le Conseil mais sous la seule responsabilité du rapporteur ; que le moyen relatif au non-respect du principe d'impartialité dans la présente procédure doit donc être écarté ;

Sur les pratiques constatées de la Chambre syndicale des entreprises de déménagement

Considérant que les critères d'adhésion à la CSD tels qu'ils sont énoncés aux articles 4-A des statuts et I du règlement intérieur, en se référant à des «*garanties morales*» ou à des «*critères moraux*» et non à des critères vérifiables, objectifs et fondés sur la capacité professionnelle des entreprises, apparaissent imprécis et subjectifs ; que les dispositions précitées des articles 5 des statuts et I du règlement intérieur instituent une procédure d'admission qui n'est pas enfermée dans des délais, confèrent un pouvoir de veto inconditionnel aux présidents des groupements régionaux et aux membres du syndicat professionnel et instituent un régime de décision qui est dispensé de toute obligation de motivation ; que les dispositions précitées de l'article 6, combinées à celles de l'article III du règlement intérieur, instaurent un traitement discriminatoire entre les repreneurs d'entreprises adhérentes selon que ceux-ci sont déjà membres de la CSD ou seulement «*connus*» de celle-ci, ce qui ouvre également la voie à des pratiques arbitraires ; qu'à ces stipulations s'ajoute l'obligation d'un parrainage par un membre de la chambre syndicale ; que, de plus, la procédure d'admission prévue à l'article 5 des statuts n'a pas été appliquée dans les faits, les visites de contrôle ayant souvent été effectuées par des concurrents des entreprises candidates et non par le secrétaire général de la CSD, comme en attestent plusieurs témoignages cités ci-dessus ; qu'il ressort de la déclaration de M. Delpuech, précitée, que ce système de cooptation ne peut se justifier par l'existence du fonds de garantie de la CSD, qui est d'un usage limité ;

Considérant que, si l'admission par cooptation de nouveaux membres au sein d'une organisation professionnelle ne constitue pas en elle-même une pratique contraire au droit de la concurrence, une telle pratique peut porter atteinte au fonctionnement de la libre concurrence si l'adhésion à cette organisation professionnelle est une condition de l'accès au marché ;

Considérant que, s'il est soutenu par la CSD que l'obligation non écrite de parrainage n'est pas établie, soit parce que les allégations en ce sens portent sur des faits prescrits comme ceux relatés par M. Korkidian, soit parce qu'elles ne sont pas articulées clairement comme celles de MM. Van Riel et Bonneau, il reste que l'obligation de parrainage est attestée par plusieurs autres témoignages cités ci-dessus (M. Fur, M. Taieb, M. De Laey) ; que la circonstance que M. Taieb se soit dédit de ses propos par une lettre en date du 2 mai 2002 est sans incidence sur ses déclarations antérieures, dont il n'est pas contesté qu'elles ont été régulièrement recueillies ; qu'en tout état de cause, le rôle dévolu, en droit et en fait, aux groupements régionaux dans la décision d'admission confirme la nécessité d'un parrainage de fait de membres du syndicat professionnel ;

Considérant que, s'il est encore observé par la CSD que les délais cités dans la notification de griefs, notamment ceux relatifs à l'admission de l'entreprise Alès

Soriano, ont été exagérés, il est constant que la procédure d'admission n'est pas enfermée dans des délais et peut donc, en se prolongeant dans le temps, constituer une pratique dissuasive pour les candidats à l'adhésion ;

Considérant que la CSD soutient aussi, dans son mémoire en défense, que les faits incriminés, essentiellement ceux relatifs à l'admission du groupe AGS, ne concernent qu'un nombre restreint d'entreprises, et ne reflètent pas la politique d'adhésion du syndicat professionnel ; qu'elle allègue également que les conditions restrictives d'accès à la chambre syndicale n'ont pas pour objet de limiter l'accès au marché du déménagement, mais d'assurer, d'une part, la qualité de la prestation de déménagement dans un secteur marqué par le travail clandestin et la présence d'opérateurs marginaux, et d'autre part, la confraternité entre les adhérents ;

Mais considérant que le caractère subjectif des conditions d'adhésion fixées aux articles 4-A des statuts et I du règlement intérieur, la dispense de motivation stipulée à l'article 5 des statuts et le rôle joué par les membres de la CSD dans la procédure d'adhésion (avis du président de groupement régional prévu à l'article 5 des statuts, parrainage maintenu dans les faits, visites de contrôle effectuées par des concurrents), peuvent avoir pour effet de permettre le rejet de candidatures dans le but d'empêcher l'entrée sur le marché de concurrents considérés comme gênants ;

Considérant que la CSD conteste que le refus d'adhésion puisse avoir un effet restrictif de concurrence ; qu'elle allègue, notamment, que la réglementation croissante de l'activité de déménagement et la mise en place, à son instigation, de la marque NF Service déménagement et de référentiels de normalisation, ont retiré au logo du syndicat son avantage commercial aux yeux des ménages et des entreprises et que la place de ce logo dans sa communication externe doit être relativisée ; qu'elle fait encore valoir que l'adhésion à ce syndicat n'est indispensable ni pour éviter les retours à vide mentionnés dans les caractéristiques générales du secteur, ni pour améliorer la rentabilité d'un déplacement sur le marché extralocal ; que l'adhésion à des groupements commerciaux dont l'importance irait croissant, permettrait d'atteindre le même objectif ;

Mais considérant que, sur le marché national, l'appartenance à la CSD constitue un avantage concurrentiel attesté par les nombreuses déclarations citées ci-dessus ; que le label de la CSD bénéficie d'une forte notoriété, soutenue par des investissements publicitaires importants, et qu'il est réclamé par les clients ; qu'il représente, dans un secteur marqué par la présence d'opérateurs peu qualifiés, une garantie pour les ménages qui recourent de façon exceptionnelle aux services d'un déménageur et ne peuvent donc se fonder sur leur expérience ou celle de leur entourage ; que la non adhésion à la CSD constitue, par ailleurs, un handicap pour les entreprises qui veulent entrer sur le segment de marché des déménagements de militaires, ainsi qu'en attestent les déclarations de M. Fur et de M. Briard, citées ci-dessus ; qu'aucune pièce du dossier n'atteste de l'importance croissante des regroupements de déménageurs et de leur rôle ;

Considérant qu'en ce qui concerne les déménagements internationaux, l'adhésion à la CSD est une des conditions à remplir pour adhérer à l'AFDI et

donc à la FIDI ; que de nombreuses déclarations, citées ci-dessus, attestent que l'adhésion à la FIDI est incontournable pour les entreprises qui veulent exercer des activités internationales ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède, qu'à supposer même que l'impact de l'appartenance à la CSD dans la gestion des retours à vide aille en déclinant, comme cette dernière l'allègue, les avantages concurrentiels exposés ci-dessus sont de nature à conférer aux refus d'adhésion à la CSD un effet structurant sur le marché du déménagement ; qu'en conséquence, l'examen arbitraire des demandes d'adhésion à la CSD que permettent les articles cités ci-dessus des statuts et du règlement intérieur est de nature à porter atteinte au fonctionnement de la concurrence sur le marché du déménagement et constitue un comportement coopératif prohibé par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Sur les pratiques constatées de l'AFDI

Considérant qu'il ressort des dispositions précitées de l'article 3 de ses statuts que les conditions d'admission à l'AFDI sont fondées sur des critères matériels imprécis susceptibles d'une appréciation discrétionnaire, subordonnent l'adhésion à l'appartenance à la CSD, instituent une obligation de parrainage, et dispensent de motivation les décisions ; que de telles clauses statutaires peuvent porter atteinte au fonctionnement de la libre concurrence si l'adhésion à cette organisation professionnelle est une condition de l'accès au marché ;

Considérant que l'AFDI fait valoir que cette politique restrictive sera atténuée par la suppression prochaine de l'obligation de parrainage, consécutive à une modification des statuts de la Fédération internationale des déménageurs internationaux (FIDI), intervenue lors de l'assemblée générale du 1^{er} mai 2001 ; qu'elle expose que l'obligation d'affiliation depuis deux ans à la Chambre syndicale des entreprises de déménagement et garde-meubles de France n'a pas pour objet de limiter le jeu de la concurrence, mais de vérifier la capacité technique de l'entreprise candidate ;

Mais considérant, sur ce dernier point, que le caractère imprécis des conditions de fond et discrétionnaire de la procédure d'admission de cette chambre ne garantit en rien la capacité technique des candidats à l'adhésion ;

Considérant que l'AFDI soutient encore que les avantages spécifiques liés à l'admission en son sein sont limités et que, notamment, l'adhésion à cette association ne présente aucun avantage commercial aux yeux des ménages qui en ignorent l'existence ; qu'elle affirme qu'elle n'exerce aucune action concertée sur les prix ; que la solvabilité financière assurée par le Payment Protection Plan garantit uniquement le règlement des factures par des partenaires étrangers et que l'affiliation à l'AFDI n'offre aucun avantage en termes de prospection ; que le seul avantage concret de cette affiliation est de rendre possible l'admission à la FIDI ;

Mais considérant que l'accomplissement d'opérations de déménagement international implique la recherche de partenaires pour limiter les démarches nécessaires (visite sur les lieux, segmentation des phases de l'opération ...) ; que, dès lors l'appartenance à l'AFDI comporte un avantage concurrentiel

incontestable, dans les relations, sinon avec la clientèle, du moins avec les partenaires professionnels de l'opération, en raison de la solvabilité financière et des procédures de règlement amiable que, le cas échéant, elle applique ; que seule, en France, l'AFDI peut offrir ces garanties puisqu'il résulte des stipulations combinées des articles 3 et 7 de la FIDI que cette fédération n'affilie qu'une association nationale par Etat et que les affiliations directes d'entreprises ne sont autorisées que dans les États où n'existent pas de telles associations ; que, dès lors, seule l'affiliation à l'AFDI offre l'avantage d'un système de références déontologiques et de garanties financières harmonisées au niveau mondial, comme en attestent les déclarations citées ci-dessus ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les dispositions incriminées des statuts de l'AFDI, par leur caractère arbitraire et discrétionnaire, peuvent avoir pour effet de limiter le jeu de la concurrence sur le marché du déménagement international et constituent un comportement coopératif prohibé par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

Sur les sanctions et injonctions

Considérant que les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; que, par suite, les dispositions introduites par cette loi dans l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles prévoient des sanctions plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce dans sa rédaction antérieure à l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 : *«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 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 qu'il convient de prévenir la poursuite par la CSD des pratiques dont il a été établi ci-dessus qu'elles étaient prohibées par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce, et de lui enjoindre de modifier, dans un délai de six mois à compter de la présente décision, ses statuts et son règlement intérieur, en précisant les conditions d'adhésion mentionnées à l'article 4 A 1° des statuts et en supprimant les critères moraux énoncés aux articles 4 A 2° de ces statuts et I-1 du règlement intérieur ainsi que le droit d'opposition conféré au président du groupement régional et à tout adhérent par l'article 5 des statuts, la disposition contenue au même article qui dispense de motiver les rejets de candidatures et, enfin, le traitement plus favorable réservé par l'article 6 aux repreneurs d'entreprises adhérentes lorsqu'ils sont seulement «connus» de la CSD ;

Considérant qu'il convient également d'enjoindre à la CSD de mettre un terme, dans le même délai, aux usages consistant à déléguer aux groupements régionaux l'enquête préliminaire sur les candidats à l'adhésion, et à imposer un parrainage par des entreprises déjà adhérentes ;

Considérant qu'il y a lieu de prévenir la poursuite par l'AFDI des pratiques dont il a été établi ci-dessus qu'elles étaient prohibées par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce en enjoignant à l'AFDI de modifier, dans un délai de six mois à compter de la présente décision, l'article 3 de ses statuts et les articles correspondants de son règlement intérieur, en précisant les conditions d'adhésion, en supprimant l'obligation préalable d'adhésion à la CSD et celle de parrainage, et en introduisant l'obligation de motiver les rejets de candidature ;

Considérant que pour apprécier la gravité des pratiques, il convient de prendre en compte le fait que les pratiques susmentionnées émanent des seuls syndicats professionnels significatifs sur le marché du déménagement ; qu'il est établi que ces pratiques peuvent avoir pour effet de restreindre l'accès au marché de certaines entreprises ; que le dommage à l'économie doit être apprécié en tenant compte de l'ancienneté des stipulations statutaires incriminées de la CSD et de l'AFDI ;

Considérant que les ressources provenant des cotisations de la CSD se sont élevées en 2001 à 555 444 francs, soit 84 676 euros ; qu'il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 76 000 euros ;

Considérant que les ressources provenant des cotisations de l'AFDI se sont élevées en 1999 à 375 526 francs, soit 57 248 euros ; qu'il y a lieu de lui infliger une sanction pécuniaire de 6 000 euros ;

Décide

Article 1er : Il est établi que la CSD (Chambre syndicale du déménagement et garde-meubles de France) et l'AFDI (Association française de déménageurs internationaux) ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code du commerce.

Article 2 : Il est enjoint à la CSD, de préciser dans un délai de six mois à compter de la présente décision les conditions d'adhésion mentionnées à l'article 4 A 1° des statuts, de supprimer, dans le même délai, les critères moraux énoncés aux articles 4 A 2° de ces statuts et I-1 du règlement intérieur, le droit d'opposition conféré au président du groupement régional et à tout adhérent par l'article 5 des statuts, la disposition contenue au même article qui dispense de motiver les rejets de candidatures, le traitement plus favorable réservé par l'article 6 et l'article III du règlement intérieur aux repreneurs d'entreprises adhérentes, non seulement lorsqu'ils sont déjà membres de la CSD mais aussi lorsqu'ils sont simplement « connus » ; de mettre un terme, dans le même délai, à l'usage de déléguer aux groupements régionaux l'enquête préliminaire sur les candidats à l'adhésion ainsi qu'à l'usage d'imposer un parrainage par des entreprises déjà adhérentes ;

Article 3 : Il est enjoint à l'AFDI de modifier dans le même délai l'article 3 de ses statuts et les articles correspondants de son règlement intérieur, en

précisant les conditions d'adhésion, en supprimant l'obligation préalable d'adhésion à la CSD et de parrainage et en introduisant l'obligation de motiver les rejets de candidature ;

Article 4 : Il est enjoint à la CSD et à l'AFDI d'adresser dans un délai de deux mois à compter de sa notification, la présente décision à chacun de leurs adhérents.

Article 5 : Il est infligé les sanctions pécuniaires suivantes :

- 7 6 000 euros à la CSD
- 6 000 euros à l'AFDI

Délibéré, sur le rapport oral de M. Soyez, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, et Mme Mader-Saussaye, membre.

Le secrétaire de séance

Thierry Poncelet

La présidente

Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-61

Décision n°02-D-61 du 27 septembre 2002 relative à la saisine de la Société moderne d'assainissement et de nettoyage (SMA) dirigée contre des pratiques relevées lors de l'attribution du marché d'exploitation de la décharge de Bagnols-en-Forêt

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 17 mars 1997 sous les numéros P 04, M 200 et F 952, par laquelle la Société moderne d'assainissement et de nettoyage (SMA) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Monin ordures services (MOS) et sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu la décision n° 97-PB-02 du 27 mai 1997 ;

Vu la lettre du 6 mai 2002 par laquelle la présidente du Conseil de la concurrence a notifié aux parties et au commissaire du Gouvernement sa décision de porter l'affaire devant la commission permanente en application de l'article L. 463-3 du code de commerce ;

Vu les observations présentées par la société SMA et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et la société Monin ordures services entendus lors de la séance du 5 juin 2002 ; la Société moderne d'assainissement et de nettoyage régulièrement convoquée ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

Décisions / 02-D-61

801

I. - Constatations

■ A. - La mise en décharge contrôlée

La principale modalité d'élimination des déchets reste la mise en décharge contrôlée. Les déchets sont répandus en couches successives sur un terrain aux caractéristiques géologiques, hydrologiques et d'aménagement permettant

de limiter au maximum les risques de nuisance ou de pollution des milieux environnants. Les décharges se répartissent en trois classes : les centres d'enfouissement technique (ci-après CET) de classe 1 (ou sites imperméables) assurent le stockage des déchets spéciaux ; les CET de classe 2 (ou sites semi-perméables) gèrent les déchets municipaux ou assimilés (dont les déchets industriels banals) ; les décharges, classe 3, (ou sites perméables) reçoivent uniquement des déchets inertes.

Les installations d'élimination des déchets sont soumises à la loi du 19 juillet 1976 relative aux installations classées pour la protection de l'environnement, qui précise les conditions de création, d'exploitation et de fermeture de ces installations soumises à autorisation préfectorale.

Aux termes de la loi du 13 juillet 1992, les décharges devront se transformer dans un délai de dix ans en centres de stockage qui ne recevront plus que les déchets ultimes. L'application de cette disposition devrait entraîner une diminution du nombre de décharges.

S'agissant plus particulièrement, du traitement des déchets ménagers en CET de classe II, les données de l'ADEME indiquent qu'en 1996, 466 CET traitaient les déchets ménagers expédiés en classe II, dont 137 en gestion pour le compte d'une collectivité territoriale, 171 en gestion dite privée et 158 en gestion directe.

La répartition, s'agissant du mode de gestion et du tonnage de déchets traités, est la suivante :

Mode de gestion	Tonnage traité	% du total
Régie. Exploitation directe par la collectivité	2 549 926	11,84
Gestion dite « <i>déléguée</i> ». Exploitation confiée par une collectivité locale à un tiers, personne privée	4 652 034	21,61
Gestion « <i>privée</i> ». Conception et exploitation par et pour une personne privée	14 566 514	67,65
Total	21 530 274	100

En ce qui concerne l'offre relative à la gestion de centre d'enfouissement technique de classe II pour le compte des collectivités locales, les données transmises par la partie saisissante, sensiblement identiques à celles de l'ADEME, après traitement, sont les suivantes au niveau national :

Répartition du marché de la gestion déléguée de la mise en décharge

	Nombre d'unités		Tonnages		T. moyen
Vivendi	44	32 %	1 930 313	41 %	43 871
Lyonnaise	31	23 %	1 333 041	28 %	43 001
Bouygues	19	14 %	430 430	9 %	22 654
Nicollin	3	2 %	203 904	4 %	67 968
Pizzorno	1	1 %	112 482	2 %	112 482
Autres	39	28 %	731 696	15 %	18 761
TOTAL	137	100 %	4 741 866	100 %	34 612

Au niveau régional, l'analyse des données ADEME indique que sur 25 CET de classe II, soit 2 048 651 tonnes de déchets traités, 10 sont exploités en gestion dite «*délégée*», soit 408 186 tonnes, 9 relèvent d'une gestion dite «*privée*», soit 1 071 106 tonnes, et 6 sont gérés directement par des personnes publiques, soit 569 359 tonnes.

La position des entreprises intervenant sur la région PACA est la suivante :

Nom de l'exploitant	Tonnage total	Pourcentage du tonnage total	Rang
Déchets services groupe Mos	49 069	12	3
ND exploitation d'un CET de classe II pour la commune de Manosque	22 048	5	
CISE	5 985	1	
Somedis	150 166	37	1
Siratom d'Aubagne	63 036	15	
COVED-EMCO	5 400	1	
SMA	112 482	28	2
Total	408 186		
(Source ADEME)			

Les informations «*ADEME*» permettent de constater que, sur un total global de 408 186 tonnes de déchets traités en classe II pour le compte des collectivités locales sur la région PACA, la part de marché du groupe MOS, via Déchets service, s'élève à un peu plus de 12 % du total. Ce tableau n'indique pas le nom de l'exploitant intervenant pour la commune de Manosque. Par ailleurs, il classe le SIRATOM d'Aubagne en «*gestion déléguée*» à lui-même. Quand bien même le CET de Manosque serait géré par le groupe MOS et le SIRATOM d'Aubagne serait reclassé en gestion directe, la part de marché du groupe MOS s'élèverait, au plus, à 21 % du total de déchets traités en PACA, contre 37 % pour la Somedis et 28 % pour la SMA.

■ B. - Le marché d'exploitation du cet, de classe II, de Bagnols-en-Forêt pour le compte du SITOM de Fréjus Saint-Raphaël

1. - Présentation

Le Syndicat intercommunal pour le traitement des ordures ménagères de l'aire de Fréjus Saint-Raphaël (ci-après SITOM) regroupe sept communes. Il possède un Centre d'enfouissement technique, utilisé par neuf communes, situé au lieu-dit du «*Vallon des Lauriers*» sur la commune de Bagnols-en-Forêt.

Le SITOM a choisi de confier l'activité de traitements des ordures ménagères à des sociétés privées. Depuis 1976, la société SMA a été chargée de l'exploitation de cette décharge.

En vue de renouveler le contrat d'exploitation, le SITOM a lancé un appel d'offre restreint européen, tenant compte de l'évolution du site pour la période courant du 1^{er} janvier 1997 au 1^{er} juillet 2002.

2. - La demande d'exploitation du CET de Bagnols-en-Forêt

Le rapport de présentation du marché indique : «*Le Syndicat intercommunal pour le traitement des ordures ménagères de l'aire de Fréjus/St Raphaël accueille sur le site de Bagnols-en-Forêt environ 130 000 tonnes par an de déchets de différentes natures (Ordures ménagères ; déblais/gravats, boues de station d'épuration et monstres notamment). Le SITOM a été autorisé par l'arrêté préfectoral du 27/05/1994, à procéder à une extension de 11 ha de la décharge de Bagnols-en-Forêt. Cette dernière représentera donc, en fin d'exploitation, une superficie totale de 14,70 ha, pour un volume total de déchets d'environ 830 000 m³ (100 000 tonnes par an).*

Parallèlement, dans la perspective de 2002, le SITOM s'est engagé dans une démarche globale en matière de traitement des ordures ménagères. La recherche d'une exploitation plus rationnelle et plus respectueuse de l'environnement, a conduit le SITOM à mettre en place : une presse à balle d'une capacité de 40 t/h ; une station de traitement de lixiviats élaborée (4 niveaux de traitement) d'une capacité de 100 m³/jour».

L'objet du marché est ainsi défini : «*Le présent marché consiste en la prise en charge de l'exploitation du site de la décharge contrôlée de Bagnols-en-Forêt dans le cadre suivant :*

- *Confinement et réaménagement final du site n°1, anciennement exploité, dès la prise en charge de l'exploitation,*
- *Réception et contrôle des déchets en utilisant le matériel et suivant le protocole défini par l'entreprise retenue. Le personnel affecté à la pesée sera du personnel du SITOM travaillant sous la responsabilité de l'entreprise retenue,*
- *Fourniture du matériel et des outils nécessaires pour compléter le site de réception et de contrôle, ainsi que pour assurer la surveillance globale du site,*

- Fourniture du matériel de manutention, de transport sur le site, et d'enfouissement,
- Fourniture du personnel en dehors de celui affecté à la pesée,
- Pendant une période de deux ans, liée à la période de garantie de l'installation assistance à l'exploitant de la station de traitement des lixiviats,
- Conduite des installations permettant une exploitation industrielle optimale du site de Vallon des Lauriers,
- Réaménagement du site soumis à exploitation selon les prescriptions de l'arrêté préfectoral d'autorisation en date du 27 mai 1994 et cela au plus près de l'avancement de l'exploitation,
- Assistance au Maître d'Ouvrage pour toutes les mesures de mise en conformité qui apparaîtraient nécessaires,
- La responsabilité globale du site et de l'ensemble des équipements incluant le pilotage global du site du point de vue de l'environnement et des risques».

L'appel à candidature date du 30 mai 1996. La date limite de réception des candidatures a été fixée au 7 juillet 1996.

3. - L'offre en vue d'exploiter le CET, de classe II, de Bagnols-en-Forêt pour le compte du SITOM

Douze entreprises ont répondu à l'appel d'offres en vue d'être sélectionnées : les sociétés France déchets, Fassa, Somedis, Valt, SOGEA, MOS, COVED, SMA, Sud Est assainissement, Cise et une société non connue dont l'offre est arrivée hors délais.

La commission d'appel d'offres a décidé, le 19 juillet 1996, de retenir quatre des onze entreprises pré-sélectionnées : la Société moderne d'assainissement et de nettoyage (SMA), la société Monin ordures services (MOS), reprise en 1997 par la société Déchets service, la société France déchets et la société Coved.

Ces quatre entreprises, sélectionnées par le SITOM, présentent, en 1996, les caractéristiques suivantes :

Les entreprises sélectionnées par le SITOM

Entreprises	CA 1996 en KF	Nombre de CET gérés pour le compte de collectivités locales	Tonnage de déchets traité	% du total national de CET gérés pour le compte de collectivités locales	% du total I de CET gérés pour le compte de collectivités locales en PACA
France déchets	689 056	1	37 138	0,8	0
MOS	362 000	1	26 487	0,6	0
COVED	516 578	13	318 442	6,85	1 (Var)
SMA	32 301	1	112 482	2,42	28 (Var)

A l'époque des faits, ces entreprises, toutes juridiquement indépendantes, sont indirectement adossées aux majors du secteur : France déchets est une filiale du groupe Lyonnaise des eaux, MOS est une filiale du groupe Lyonnaise des eaux, Coved dépend du groupe Bouygues, la SMA est une filiale du groupe Pizzorno dont une des entreprises, Sovatram, est détenue à hauteur de 65 %, par Onyx Méditerranée, filiale de Vivendi.

Le dossier de consultation a été transmis par le SITOM, le 13 août 1996, la date limite de réception des offres ayant été fixée au 27 septembre 1996 ;

Le 23 septembre, soit quatre jours avant l'expiration du délai de remise des offres, la société France déchets a informé par courrier le président du SITOM de sa décision de ne pas remettre de proposition au motif qu'elle appartenait au même groupe que la société MOS.

La société Coved a également décidé de ne pas remettre de proposition. Elle a fait parvenir au SITOM une télécopie, datée du 27 septembre 1996, dont la teneur suit : *«Je vous confirme que nous ne répondons pas à l'appel d'offre pour l'exploitation du CET Bagnols-en-Forêt. Nous vous ferons parvenir un courrier explicatif»*. Ce courrier n'est, en définitive, jamais parvenu au SITOM.

Au cours de la seconde phase de la procédure, la commission d'appel d'offres, réunie à nouveau le 14 novembre 1996 pour attribuer le marché, a retenu la SMA, considérée comme mieux-disante pour un montant annuel de 13 768 482 F HT. La société MOS avait, quant à elle, présenté une offre d'un montant de 7 217 200 F HT.

806

4. - Les offres des sociétés SMA et MOS

Les offres de ces sociétés ont été analysées sur la base de huit critères définis par l'appel d'offres et quantifiés par le bureau d'études Girus mandaté à cette fin par le SITOM de Fréjus Saint-Raphaël. Les critères énoncés par l'article 8 du règlement de la consultation adressé aux entreprises pré-sélectionnées par le SITOM étaient les suivants : *«Garantie professionnelle et financière ;*

1. *Expérience d'exploitation de sites de caractéristiques analogues*
2. *Capacité à assurer une garantie totale de traitement*
3. *Valeur technique au différents plans de : exploitation générale ; captage et élimination du biogaz, site 2, site anciennement exploité ; réaménagement du site, site 2, site anciennement exploité*
4. *Dispositif d'information du maître d'ouvrage*
5. *Prix*
6. *Dispositif de pilotage global du site au plan de l'environnement et des risques*
7. *Capacité à assister le maître d'ouvrage pour toute mise en conformité qui s'avèrerait nécessaire (études ou travaux)»*.

Le rapport d'analyse des offres présenté par le bureau d'études Girus commente sa mission en indiquant que : *«L'objectif de sa mission était de permettre d'obtenir les informations les plus précises sur les engagements des sociétés dans leur capacité à proposer au syndicat intercommunal une solution de traitement des déchets produits sur la zone, dans le cadre de l'exploitation du site de la décharge de Bagnols-en-Forêt afin d'atteindre dans les meilleures conditions le 1^{er} juillet 2002».*

Cette considération s'inscrit dans le droit fil de la description de l'objet du service à rendre figurant dans le CCAP et plus particulièrement le CCTP de l'appel d'offres. Le premier critère directement relatif à la gestion du site du Vallon des Lauriers correspond à la capacité des entreprises à assurer une garantie totale de traitement. Les entreprises ont répondu en ce sens en proposant chacune leurs solutions techniques. Le cabinet Girus remarque à propos de l'offre présentée par MOS que : *«Ce dossier a été construit beaucoup plus dans la logique d'un appel d'offre sur performance qui repose sur une audition des candidats permettant de faire préciser les offres».*

Les offres déposées par la SMA et MOS se décomposent comme suit :

Comparaison des offres MOS-SMA

	MOS Frs	SMA Frs	Ecart MOS/SMA Frs
Remise en état du site	924 000	935 654	- 11 654
Exploitation générale	1 724 000	5 908 428	- 4 184 428
Presse à balles	2 342 000	2 247 395	+ 94 605
Mise en décharge directe	925 000	459 577	+ 465 423
Traitement des lixiviats	1 004 000	675 000	+ 329 000

Les prix proposés par MOS sont supérieurs à ceux de la SMA s'agissant des postes «*presse à balles*», «*mise en décharge directe*» et «*traitement des lixiviats*». En revanche, pour l'exploitation générale du site, MOS présente un prix nettement inférieur à celui de la SMA.

Le rapport du cabinet Girus comporte une rubrique intitulée : «*Remarques sur les dossiers*». A propos de l'offre présentée par la société MOS, il est écrit : «*Dossier très sérieux et structuré dans sa présentation technique, mais très insuffisant dans la capacité d'analyse économique de la prestation proposée*». Il note, à propos du prix «*MOS*», que : «*les prix sont présentés de façon peu précise et souvent globalisés. Aucun détail n'est fourni sur la constitution de postes très importants (...) Ceci est de façon générale contradictoire avec ce qui était précisé à l'article 8 du CCAP où était notamment spécifié : «l'ensemble de ces frais fixes sera explicité et détaillé selon les différents postes».*

Dans son appréciation, il relève que l'offre de MOS est «*attractive mais [...] qui peut être liée à la cubature de 200 000 m³ retenue correspondant à, à peine, deux ans de fonctionnement*». Il ajoute que «*la proposition de MOS est très insuffisante en matière d'information sur la constitution des prix et surtout sur les engagements restant ou ne restant pas à la charge de la collectivité*».

Si le cabinet Girus a demandé des explications à la société MOS sur sa «*capacité à assurer une garantie totale du traitement*» (critère 3 de notation), aucune demande de précision n'a, en revanche, été effectuée s'agissant du prix proposé par MOS.

Par ailleurs, lors de la réunion de la commission d'examen des offres, du 14 novembre 1996, le représentant de la DGCCRF a formulé les remarques suivantes à la rubrique «*I. Avis éventuels des membres à voix consultative*» : «*2 – L'analyse par le bureau Girus des critères de choix du règlement de consultation n° 3, 4 et 7 fait apparaître des imprécisions qui auraient pu motiver, compte tenu de l'écart très important entre le montant des offres, une demande d'information complémentaire en application de l'article 300, alinéa 1 du code des marchés publics*» qui prévoit que «*la commission peut demander aux candidats de préciser ou compléter la teneur de leur offre. Ces investigations deviennent obligatoires avant de rejeter une offre anormalement basse*». En outre, le représentant de la DDE a indiqué que : «*Compte tenu de l'écart très important au niveau du coût de l'exploitation entre les deux concurrents, il conviendrait de demander : 3- un sous détail de prix à la société MOS afin de bien définir les prestations*». Enfin, ces avis étaient partagés par certains maires, dont les communes appartiennent au SITOM de Fréjus Saint-Raphaël.

5. - L'offre de la société MOS relative au traitement des lixiviats

Aux termes de l'article 4 du règlement de consultation, intitulé «*décomposition du prix forfaitaire*», «*le détail des prix sera présenté suivant le cadre de l'acte d'engagement. Seront précisés et distingués pour le site n° 1 anciennement exploité : le prix du dégazage et du traitement du biogaz ; le prix de la réhabilitation du site (hors biogaz) ; le prix de surveillance du site n° 1. (...) Seront précisées et distinguées pour le site en exploitation : la partie forfaitaire annuelle ; les parties proportionnelles à différencier selon les quantités suivantes : mise en balles et broyage avec enfouissement ; mise en décharge directe ; volume de lixiviats traités*».

S'agissant du traitement des lixiviats, l'article 7 du cahier des clauses techniques particulières dispose que : «*Pendant une durée de deux années, l'exploitation de la station de traitement des lixiviats sera prise en charge par le concepteur. Un contrat sera signé entre le concepteur de la STEP et l'entreprise retenue au moment de la prise en charge de l'exploitation du CET (...) Après cette période, l'entreprise retenue devra être à même de prendre en charge l'exploitation de la station de traitement dans le cadre d'un avenant (...)*». La pièce L annexée au cahier des charges propose «*un modèle de convention à établir entre l'entreprise retenue et le concepteur de la station de traitement des lixiviats*». Cette convention, en son article 11, traite de la rémunération du constructeur : «*En contrepartie des charges définies par le présent contrat, le constructeur percevra une rémunération mensuelle basée sur les caractéristiques moyennes de l'effluent telles que définies au § 1 de l'annexe 2 d'un montant de 27 F HT/M³. En moyenne annuelle, la facturation de la redevance ne pourra être inférieure à 25 000 M³/an*».

La réponse de la société MOS fait apparaître un prix de 15,08 F (HT)/m³ traité sous la rubrique 3 de l'article 2 «Prix» de l'acte d'engagement, intitulée «*Traitement des lixiviats conformément au projet de convention joint*» (partie proportionnelle du traitement) :

«2. *Exploitation du CET (hors réhabilitation site n° 1) (...)*

	Rémunération	
	En Francs (HT)/m ³ traité	En Francs (TTC)/m ³ traité
3. Partie proportionnelle		
3. Pour traitement des lixiviats	15,08	18,19

En revanche, le tableau de décomposition du prix forfaitaire figurant dans la deuxième partie de l'acte d'engagement indique un prix de 40,16 F (HT)/m³ traité.

EXTRAIT «Décomposition du prix forfaitaire pour l'exploitation du CET
(hors réhabilitation du site n° 1) suite

	Exploi- tation générale	Mise en balles ou broyage et enfouissement		Mise en décharge directe		Traitement des lixiviats	Total
		Mise en balle ou broyage	Transport et Enfouis- sement	Boues de STEP	Autres produits		
Total 2	186	1 066	211	73	165	558	2 259
Total (KF-HT/an)	1 724	1 719	623	272	653	1 004	5 995
Total général FHT/tonne (de déchets) ou m ³ (de lixi- viats)	13,79	18,09	6,55	27,20	32,65	40,16	47,96

Ces mêmes documents font apparaître pour la société SMA, d'une part, un prix de 27 F (HT)/m³ traité, sous la rubrique 3 de l'article 2 «Prix» de l'acte d'engagement retourné par cette société, intitulé «*Traitement des lixiviats conformément au projet de convention joint*» (partie proportionnelle du traitement), et d'autre part, un prix de 40,16 F (HT)/m³ traité, dans le tableau de décomposition du prix forfaitaire (2^e partie).

Le directeur général de la société MOS a justifié ainsi ses prix : «*Concernant le coût de traitement des lixiviats, le prix de 15,08 F HT que nous avons mentionné sur l'acte d'engagement concerne la partie proportionnelle de la prestation, qui se monte en réalité à 40,16 F HT le m³, comme cela a été indiqué dans la décomposition du prix forfaitaire annexée dans l'acte d'engagement. La partie fixe de cette prestation était incluse au chapitre 2.1 de l'acte d'engagement (partie fixe annuelle) dans la somme globale de 3 348 000 F HT. Pour évaluer le coût de cette prestation, nous avons considéré que le contrat d'exploitation du CET était passé pour 5 ans, et que Degremont s'engageait à réaliser la prestation pour 2 ans à un prix de 27 F HT le m³ à condition que les volumes ne dépassent pas 25 000 m³ par an. Les 40,16 F HT le m³ indiqués sur notre offre tiennent compte du gros entretien au cours des 3 années après la garantie. Le*

responsable de chez MOS a consulté Degrémont pour avoir des informations techniques afin de pouvoir calculer un prix de traitement des lixiviats».

A l'appui de sa déclaration, le directeur général de MOS a produit un document d'étude de l'appel d'offres lancé en vu de l'exploitation du site dit «*Vallon des Lauriers*».

6. - La mise en cause de l'attribution du marché de l'exploitation du CET, classe II, de Bagnols-en-Forêt

Le sous-préfet de l'arrondissement de Draguignan, ayant estimé que la passation du marché était entachée d'irrégularités, a demandé, par lettre du 10 février 1997, au président du SITOM d'annuler le marché. En l'absence d'une décision en ce sens du syndicat, le préfet du Var a déféré le marché passé entre le SITOM et la SMA, ainsi que la délibération du SITOM en date du 28 novembre 1996 qui s'y rattache, au tribunal administratif de Nice. A la suite de l'annulation desdits actes par jugement du tribunal administratif du 14 novembre 1997, confirmé par la cour administrative d'appel, ce même marché a été attribué derechef à la SMA après nouvelle mise en concurrence.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

810

Considérant qu'aux termes de l'article L.464-6 du code de commerce, *«Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, le Conseil de la concurrence peut décider, après que l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement ont été à même de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.»* ;

Considérant que la société saisissante soutient que la société MOS a proposé, à l'occasion de l'appel d'offres restreint lancé par le SITOM de Fréjus Saint-Raphaël pour l'exploitation d'un centre d'enfouissement technique, un prix abusivement bas, pratique prohibée par les dispositions de l'article 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, devenu L. 420-4 du code de commerce aux termes desquelles sont interdites 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...»* ;

Considérant que, par décision du 27 mai 1997 (97-PB-02), rejetant les demandes de mesures conservatoires sollicitées, le Conseil a estimé qu'*«en passant le marché en vue du renouvellement de la concession de l'exploitation de la décharge intercommunale, le SITOM est intervenu pour déléguer une mission de service public confiée aux communes et à leurs regroupe-*

ments par l'article 12 de la loi n° 75-633 du 15 juillet 1975 relative à l'élimination des déchets et à la récupération des matériaux, exerçant ainsi une fonction collective dans l'intérêt des collectivités territoriales concernées, et non en tant que consommateur personne physique ou morale contractant pour satisfaire ses besoins personnels ; qu'en conséquence, l'offre de prix proposée par la société Monin ordures services au Syndicat intercommunal pour le traitement des ordures ménagères de l'aire de Fréjus - Saint-Raphaël n'est pas visée par les dispositions de l'article 10-1 qui prohibent les seules offres ou pratiques de prix de vente aux consommateurs» ;

Considérant que la partie saisissante expose, par ailleurs, que pour obtenir le marché d'exploitation du CET de classe II de Bagnols-en-Forêt pour le compte du SITOM, la société MOS aurait pratiqué des prix qualifiés d'abusivement bas ou de «*prédateurs*» ; que pour pouvoir se comporter de la sorte, la société MOS se serait entendue avec les sociétés Coved, France déchets et Degrémont, ces deux dernières appartenant comme elle au groupe Lyonnaise des eaux ; qu'ainsi, la société Coved a, dans un premier temps, répondu à l'appel d'offres lancé par le SITOM pour se désister subitement ; que, de son côté, la société France déchets n'a pas révélé son appartenance au groupe Lyonnaise des eaux afin de favoriser l'offre de la société MOS ; qu'en outre, la société Degrémont aurait fait bénéficier la société MOS d'une offre de prix très inférieure à celle prévue par le cahier des charges pour le traitement des lixiviats ; que, par ailleurs, le prix de «*dumping*» présenté par la société MOS à l'occasion de l'appel d'offre restreint résulte de l'appui logistique et financier dont dispose cette société de par son appartenance au groupe Lyonnaise des eaux et caractériserait un abus de position dominante ;

En ce qui concerne les pratiques d'ententes

S'agissant du retrait de la société Coved

Considérant que la société Coved a informé le SITOM de Saint-Raphaël de son souhait de ne pas répondre, bien que sélectionnée, à l'appel d'offre relatif à l'exploitation du CET de classe II de Bagnols-en-Forêt ; que pour justifier cette abstention le directeur régional de la société Coved Rhône Méditerranée a indiqué qu'à la suite de la réception du cahier des charges : «*Un technicien de la direction technique de COVED s'est rendu sur les lieux, le 29 août 1996, avec le directeur commercial*» et que : «*Nous avons pu constater sur place que l'exploitation en cours était jugée par notre collaborateur de «mauvaise qualité». Compte tenu de l'état d'exploitation, présente et passée, nous n'avons pas voulu prendre le risque d'être le dernier exploitant de ce site, au risque d'être poursuivi par l'administration pendant 30 ans en cas de sinistre. En cas de relance de l'appel d'offre, si la consultation est relancée dans les mêmes termes, nous ne répondrons pas*».

Considérant qu'il n'existe pas au dossier d'éléments permettant de contredire cette justification ; que dès lors, il n'est pas établi que le retrait de la société Coved Rhône Méditerranée soit le résultat de la mise en oeuvre d'une pratique anticoncurrentielle prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

S'agissant du retrait de la société France déchets

Considérant que, le 23 septembre, soit quatre jours avant l'expiration du délai de remise des offres, la société France déchets a adressé un courrier au président du SITOM afin de l'informer qu'elle avait décidé de ne pas remettre de proposition au motif qu'elle appartenait au même groupe que la société MOS ; que ce document indique, en substance, qu'*«il ne [leur] a pas paru conforme aux exigences d'une bonne pratique concurrentielle que deux entreprises du même groupe, également qualifiées et détentrices du même savoir-faire (...) remettent chacune une offre»* ; que le directeur de cette société, M. Pascal Mettey, a, par ailleurs, précisé que *«dans le groupe SITA, auquel nous appartenons, il y a priorité aux filiales régionales pour répondre aux consultations concernant les décharges de classe II»* ;

Considérant que le fait d'informer le maître d'ouvrage, avant l'expiration du délai de remise des offres, de la réalité de la concurrence entre deux filiales d'un même groupe et de renoncer à concourir pour obtenir le marché n'est pas constitutif, en soi, d'une pratique anticoncurrentielle prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ; que, par ailleurs, l'instruction n'a pas mis en évidence l'existence d'une action concertée des sociétés MOS et France déchets qui expliquerait le retrait de cette dernière société au profit de MOS dans le but de fausser la concurrence entre les différents intervenants ; que par suite, il n'est pas démontré que le retrait de la société Déchets service constitue une infraction sanctionnée par l'article L. 420-1 du code de commerce ;

812

S'agissant de l'entente entre les sociétés Degrémont et MOS

Considérant que le directeur général de la société MOS a justifié ainsi les prix proposés dans sa réponse à l'appel d'offres : *«Concernant le coût de traitement des lixiviats, le prix de 15,08 F HT que nous avons mentionné sur l'acte d'engagement concerne la partie proportionnelle de la prestation, qui se monte en réalité à 40,16 F HT le m³, comme cela a été indiqué dans la décomposition du prix forfaitaire annexée dans l'acte d'engagement. La partie fixe de cette prestation était incluse au chapitre 2.1 de l'acte d'engagement (partie fixe annuelle) dans la somme globale de 3 348 000 F HT. Pour évaluer le coût de cette prestation, nous avons considéré que le contrat d'exploitation du CET était passé pour 5 ans, et que Degrémont s'engageait à réaliser la prestation pour 2 ans à un prix de 27 F HT le m³ à condition que les volumes ne dépassent pas 25 000 m³ par an. Les 40,16 F HT le m³ indiqués sur notre offre tiennent compte du gros entretien au cours des 3 années après la garantie. Le responsable de chez MOS a consulté Degrémont pour avoir des informations techniques afin de pouvoir calculer un prix de traitement des lixiviats»* ;

Considérant qu'à l'appui de sa déclaration, le responsable de la société incriminée a fait parvenir un document d'étude de l'appel d'offres lancé en vue de l'exploitation du site dit «Vallon des Lauriers» ; que ce document, rédigé en français, indique notamment :

«4. Station d'épuration (...) Selon les indications de Degrémont

Personnel	Par an
0,7 EM	
1 manoeuvre (130)	240
Entretien	38
Amortissement	23
Électricité	194
Consommables	134
P3	169
Divers	56
S/TOTAL	854
Frais généraux + marge	150
TOTAL	1 004

Dont partie fixe : 27 F X 25 000 = 675 000 F».

«Récapitulatif

1 Remise en état du site

Forfait global 924 200 F pendant 5 ans

2 Exploitation

Partie fixe

1 Frais globaux 1 724 000

2 Presses balles 480 000

3 CET 517 000

4 STEP 627 000

3 348 000

Partie proportionnelle presse à balles 95 000 T (19,60 F/T) soit 79,5 %

Partie proportionnelle CET 30 000 T (13,60 F/T) soit 44 %

Partie proportionnelle STEP 25 000 T (15,08 F/T) soit 37,5 %»

Qu'il résulte de ce document que la société MOS a étudié et transmis une offre, qui bien que présentée en contradiction avec la demande du SITOM s'agissant de son ordonnancement, est conforme au cahier des charges ;

Considérant que l'ensemble de ces éléments permet de conclure que la société MOS, en répondant à l'appel d'offres s'agissant du traitement des lixiviats, a tenu compte des exigences concernant la rémunération du constructeur de la station de traitements des lixiviats, à savoir pour une durée de deux années un montant de 27 F HT/m³ pour un minimum de 25 000 m³/an, comptabilisées en partie fixe de la prestation ; qu'en tout état de cause, aucun élément du dossier ne démontre l'existence d'une entente anticoncurrentielle qu'aurait développée les sociétés MOS et Degrémont dans le cadre de l'attribution du marché d'exploitation de la décharge de Bagnols-en-Forêt et susceptible d'être sanctionnée sur le fondement de l'article 7 de l'ordonnance devenu L. 420-1 du code de commerce ;

En ce qui concerne l'abus de position dominante

Considérant que la prestation de traitement des déchets en CET de classe II présente des différences substantielles par rapport aux autres techniques de traitement des déchets ménagers ; qu'elle fait appel à des techniques différentes de celles des autres modes de traitement des déchets ménagers comme le recyclage, le compostage ou l'incinération qui impliquent une transformation physique ou chimique des déchets ; qu'en outre, la mise en décharge contrôlée est le seul mode de traitement qui permette l'élimination des déchets ultimes générés par les autres procédés tels que les mâchefers et les résidus de fumées, ainsi que l'élimination des déchets encombrants ; qu'en revanche, ce mode de traitement ne répond manifestement pas aux objectifs de valorisation des déchets par réemploi ou recyclage définis par la loi ; que les coûts moyens de traitement en décharge contrôlée sont très inférieurs à ceux des autres modes de traitement, avec valorisation ou sans valorisation ; que les quantités de déchets traités selon les divers modes de traitement attestent que les collectivités territoriales, demanderesses d'élimination de déchets ménagers, ont, pour leur grande majorité, choisi le mode de gestion par enfouissement technique quant bien même elles disposaient d'autres moyens pour éliminer les déchets ; qu'il en résulte que le traitement des déchets en centre d'enfouissement technique de classe II ne constitue pas un mode d'élimination des déchets substituable aux autres techniques d'élimination ;

814

Considérant que, d'après les données ADEME relatives au traitement des déchets en CET de classe II, pour le compte de collectivités locales et en zone PACA, la société Somedis traite 37 % du total des déchets, la SMA 28 % et la société Déchets service du groupe MOS 12 % ;

Considérant que la domination d'un marché résulte de la réunion d'éléments qui permettent de constater que l'entreprise est en situation de s'abstraire de la concurrence des autres entreprises présentes sur le marché ; que l'un des principaux critères de recherche de la position d'une entreprise est l'importance de la part détenue par l'entreprise sur le marché examiné ;

Considérant que les éléments relatifs à la position économique de la société MOS, tant au regard de celle de ses concurrents admis par le SITOM à présenter une offre qu'au plan régional, voire national, n'aboutissent pas à caractériser une position dominante sur le marché de la gestion de CET de classe II pour le compte de collectivités locales ;

Considérant, par ailleurs, que, si le fait pour une entreprise mère, en position dominante sur un marché, de subventionner une de ces filiales afin de lui permettre de présenter des prix prédateurs, destinés à éliminer la concurrence, constitue un abus, il n'existe au dossier aucun élément permettant de penser que l'entreprise MOS aurait bénéficié de l'appui, matériel, financier ou humain, du groupe Suez-Lyonnaise des eaux pour présenter son offre ; que par suite, sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la position occupée par la société Lyonnaise des eaux sur le marché de la gestion des CET de classe II pour le compte de collectivités locales, il n'est pas établi que cette société aurait été à l'origine d'une pratique prohibée par l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de faire application de l'article L. 464-6 du code de commerce.

Décide

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Fontaine-Eloy, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente, M^{me} Perrot, membre.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Décisions / 02-D-61

815

02-D-62

Décision n°02-D-62 du 27 septembre 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre enregistrée le 16 février 1999 sous le numéro F 1124, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques constatées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale basés en Bretagne ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par les sociétés Transports Déménagements Roussel, Le Floch, Démex Joncqueur, AGS Armorique, Boulouard, Aux aménageurs Bretons et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Transports déménagements Roussel, Le Floch, Démex Joncqueur, AGS Armorique, Boulouard, entendus au cours de la séance du 26 juin 2002, la société Aux aménageurs Bretons et l'entreprise Acropole Déménagements ayant été régulièrement convoquées ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés :

816

I. - Constatations

■ A. - Le secteur concerné

Un déménagement est une opération globale qui est constituée d'un ensemble de prestations. Il comprend l'emballage et le chargement des biens dans l'ancien domicile, leur transport par voie routière, ferrée, maritime ou aérienne de façon exclusive ou combinée et leur déchargement au nouveau domicile du client. La gamme des prestations offertes dépend des souhaits exprimés par le client, allant du simple transport à une offre complète intégrant l'emballage et le déballage de la totalité ou d'une partie des objets à transporter ainsi que le démontage et le remontage des meubles, outre des prestations spécifiques concernant les meubles de grande valeur et les objets précieux ;

Cet ensemble de prestations est identique, que le client soit une entreprise ou un particulier, mais le service demandé varie en fonction, notamment, du nombre de mètres cube de mobilier à déménager ou de la distance de l'ancien au nouveau domicile ;

Un devis établissant le coût réel du déménagement selon les différentes prestations possibles est effectué gratuitement. Suivant les règles rappelées par la chambre syndicale des entreprises de déménagement et de garde-meubles de France, le devis doit détailler l'ensemble des conditions d'intervention, c'est-à-dire la description précise des prestations demandées par le client, les dates d'exécution, la distance kilométrique à parcourir, le volume total à transporter, sa valeur ainsi que le prix proposé et les conditions de paiement. Le devis, une fois accepté, est complété par une déclaration de valeur détaillée établie par le client et par une lettre de voiture, l'ensemble formant le contrat de déménagement. La chambre syndicale conseille aux clients intéressés de consulter plusieurs entreprises afin de comparer les devis proposés ;

S'agissant du déménagement des fonctionnaires, ceux-ci perçoivent, pour cette opération, une indemnité forfaitaire et négocient avec les entreprises, comme n'importe quelle personne privée, les conditions du contrat afin d'obtenir la meilleure prestation au moindre coût ;

Le déménagement des militaires est régi par des dispositions particulières ; le décret n° 68-298 du 21 mars 1968, qui fixe les modalités du règlement des frais occasionnés par le déplacement des militaires sur le territoire métropolitain, dispose en son article 1er, que ces agents sont remboursés *«selon les conditions et les modalités fixées par le décret du 10 août 1966»* mais l'article 27 du texte précise *«qu'à titre transitoire, et jusqu'à une date qui sera fixée par arrêté du ministre de l'économie et du ministre des armées, les bénéficiaires du présent décret continueront à être remboursés de leurs frais de transport de mobilier (...) dans les conditions prévues aux articles 19, 20 et 22 du décret du 1er mars 1954.»*

L'arrêté conjoint des ministres chargés de l'économie et des armées prévu par l'article 27, précité, n'étant pas intervenu, le régime du remboursement des frais de déménagement des militaires sur le territoire métropolitain reste, à ce jour, soumis aux dispositions du décret du 1er mars 1954, précisées par l'instruction interarmées n° 3000/DEF/C30 du 1er septembre 1974, qui prévoit le remboursement des frais réellement exposés dans la limite d'un plafond, sur présentation à l'administration de deux devis d'entreprises concurrentes, les agents pouvant bénéficier d'une avance limitée à 90 % des frais.

Le calcul du plafond de remboursement pour chaque opération de déménagement résulte d'une formule intégrant le volume total autorisé du déménagement (variant en fonction du grade et de la situation de famille du militaire), la distance à parcourir et une liste de paramètres financiers fixés périodiquement par l'administration et régulièrement publiés. De la sorte, il est possible à tout militaire concerné de connaître la limite du prix au-delà de laquelle les frais exposés resteront à sa charge, et à toute entreprise de déménagement de connaître le montant en deçà duquel le client sera intégralement remboursé de ses frais.

Le secteur du déménagement est représenté en France par 12 000 entreprises spécialisées ayant réalisé un chiffre d'affaires global de 6 milliards de francs en 2000. Il s'agit essentiellement de petites entreprises de caractère familial, 90 % d'entre elles employant moins de 50 salariés. Nombre de ces petites structures sont, toutefois, affiliées à des groupements comme Déméco ou Interdem ;

En l'espèce, les pratiques relevées concernent un marché qui présente plusieurs caractéristiques :

- un cadre géographique correspondant au ressort territorial des départements situés dans la région Bretagne. L'importance de ce marché est directement liée aux restructurations des forces armées et à l'évolution de leurs implantations territoriales.
- des modalités intrinsèques de choix des prestataires et de règlement des prestations, les militaires devant fournir à leur administration deux devis établis dans les règles de la profession afin de démontrer la mise en concurrence des entreprises postulantes.
- une possibilité pour les entreprises du secteur de connaître à l'avance la période de la demande, les départs des militaires étant réguliers, compte tenu de la limitation impérative de leurs affectations.

L'importance économique de l'activité en cause n'est pas négligeable et a été soulignée par les déclarations de certains dirigeants des entreprises mises en cause dans le présent dossier. Ainsi, selon le gérant de l'entreprise Le Floch, la clientèle militaire, toutes armées confondues, représente 60 % environ du chiffre d'affaires hors taxe des entreprises de déménagement de la région Bretagne ; pour l'entreprise Boulouard, cette clientèle représente environ 50 % du chiffre d'affaire de l'ensemble des agences de son groupe et, pour la société Roussel, 17 à 28 % du chiffre d'affaires global de son agence de Lorient pour les années 1994 à 1997.

■ B. - Les pratiques relevées par l'enquête

L'enquête menée par les services territoriaux de la DGCCRF porte sur 127 dossiers relatifs à des déménagements de militaires de la marine nationale basés en Bretagne effectués entre 1995 et 1997. Un de ces dossiers a fait l'objet d'une déclaration spontanée auprès des services de la DGCCRF de la part d'un militaire qui s'est plaint d'avoir directement reçu, de l'entreprise Déméco Roussel, contactée pour son déménagement, un devis établi par l'entreprise «Les Déménageurs Bretons», sans avoir jamais reçu la visite du commercial de cette dernière entreprise, pourtant mentionnée en-tête de ce second devis. Compte tenu de l'importance des sommes en cause, l'épouse du militaire concerné avait alors consulté l'entreprise de déménagement Boulouard sur la base d'un inventaire de mobilier que celle-ci avait précédemment établi lors d'une visite à son domicile, sans l'informer que deux de ses confrères avaient déjà réalisé des devis. Ce troisième devis s'est révélé inférieur de 32,80 % au moins-disant des deux autres devis.

Les 126 autres dossiers ont été communiqués aux services de la DGCCRF par le service de gestion compétent de la marine nationale, dans le cadre de l'enquête administrative. Chacun comporte les deux devis exigés par l'administration. Le croisement des informations contenues dans ces dossiers révèle les points de convergence suivants :

- l'écart entre les deux devis fournis à l'administration militaire n'est supérieur ou égal à 2 % que dans 9 cas ;
- 6 entreprises, sur les 19 ayant réalisé des devis, obtiennent à elles seules 90 % des contrats de déménagement ;
- des erreurs similaires portant sur l'orthographe du nom ou de l'adresse ont été relevées dans la rédaction de devis d'entreprises distinctes pour une même opération ;
- dans 77,4 % des cas en moyenne, l'entreprise moins-disante a réalisé son devis antérieurement ou le même jour que l'entreprise plus-disante et, s'agissant des 6 entreprises les plus souvent moins-disantes, cette proportion va jusqu'à 90 % des cas ;
- les 5 entreprises qui font le plus grand nombre de propositions moins-disantes, et qui appartiennent, en outre, au groupe de celles qui réalisent plus de 90 % des prestations de déménagement sur le marché de référence, réalisent leur devis antérieurement ou le même jour que l'entreprise plus-disante dans 66 à 90 % des cas ;
- la mention d'une visite effectuée chez le client par un commercial figure sur chacun des deux devis dans 43 % des cas, sur le seul devis moins disant dans 25 % des cas, sur le seul devis plus-disant dans 24 % des cas et sur aucun des deux devis dans 12 % des cas.

Enfin, les investigations menées au sein des entreprises apparaissant comme les plus souvent bénéficiaires de contrats de déménagement de militaires ont permis diverses saisies de papiers à en-tête vierges, au nom d'entreprises concurrentes.

Les éléments recueillis à l'encontre de chaque entreprise concernée sont les suivants :

1. - L'entreprise de déménagement Le Floch

Pendant la période faisant l'objet de l'enquête, l'entreprise Le Floch a établi 61 devis et réalisé 30 opérations de déménagement.

Quatre dossiers contenant des devis d'entreprises concurrentes plus-disantes ont été saisis dans les locaux de cette entreprise et trois exemplaires d'inventaires de mobilier, nécessaires à la constitution d'un dossier de déménagement de militaire, revêtus du cachet de l'entreprise Le Floch et signés en blanc, ont été saisis dans les locaux de l'entreprise Démex Jonqueur.

De plus, l'examen comparatif des devis concurrents figurant dans huit dossiers a permis de relever un certain nombre d'éléments.

Ainsi, dans deux devis moins-disants émanant des entreprises Acropole Déménagements et Déméco Roussel, on constate des erreurs d'orthographe identiques à celles figurant sur les devis établis pour les mêmes clients par l'entreprise Le Floch ; dans le premier cas, le nom du client est orthographié

Wodjick au lieu de Wojcik (devis de l'entreprise Acropole Déménagements et devis de l'entreprise Le Floch, tous deux datés du 27 septembre 1996) et, dans le second, Reberieux au lieu de Rebrioux (devis de l'entreprise Déméco Roussel du 3 mai 1995 et devis de l'entreprise Le Floch en date du 6 juin 1995). Par ailleurs, dans un dossier au nom de Perrot, les enquêteurs ont constaté que le devis moins-disant de l'entreprise Boulouard avait été utilisé comme support pour l'écriture du devis plus-disant de l'entreprise Le Floch, les mentions manuscrites du second devis apparaissant, par l'effet du carbone, en surimpression sur la surface du premier.

L'entreprise Le Floch a, par ailleurs, obtenu d'entreprises concurrentes des devis d'un montant plus élevé comportant les mêmes erreurs d'orthographe que ses propres devis quant au nom des clients concernés. Ainsi, sur un devis obtenu le 13 août 1996 de l'entreprise Acropole Déménagements, le nom de Le Sauce est orthographié Le Sausse et le lieu de destination est inexact, comme sur le devis de l'entreprise Le Floch. De la même manière, les devis fournis par l'entreprise Déméco Roussel en date des 28 février, 3 et 9 mai 1995, orthographient, comme les devis Le Floch, Tamarel au lieu de Tamarelle, Le Brun au lieu de Lebrun, Azario au lieu de Azzario. Enfin, dans un dernier cas, l'examen des deux devis au nom de Dréau, fournis par les entreprise Le Floch et Déméco Roussel, fait apparaître une même rature concernant la date prévue pour l'exécution du déménagement.

2. - L'entreprise Déméco Roussel

Pendant la période considérée, la société Transports Déménagements Roussel exploitant sous l'enseigne Déméco Roussel a établi 44 devis et réalisé 17 déménagements.

Des erreurs d'orthographe identiques dans les devis de cette entreprises et dans ceux de l'entreprise Le Floch ont, ainsi qu'il a déjà été exposé, été constatées dans les dossiers Tamarelle, Lebrun, Azario et Rebrioux. S'agissant du dossier Dréau, les deux devis présentent la même rature au même endroit.

De la même manière, une erreur a pu être relevée sur un devis Déméco Roussel du 22 mai 1995 et sur un devis plus élevé émanant de l'entreprise Boulouard, en date du 2 juin 1995 en ce qui concerne le nom du client Vallar, orthographié Vallard. Dans le dossier du client Bidault, une rature manuscrite identique a été constatée, en ce qui concerne la mention de la période d'exécution du déménagement, sur le devis de l'entreprise Roussel et sur le devis plus élevé de l'entreprise Boulouard. Par ailleurs, s'agissant du dossier Truffaut, déjà évoqué, le client a indiqué avoir reçu, de l'agent commercial de Déméco Roussel, la proposition d'un deuxième devis concurrent à en-tête de l'entreprise Les Déménageurs Bretons sans qu'un agent commercial de celle-ci ne lui ait rendu visite.

3. - L'entreprise Acropole Déménagements

Pendant la période de référence, l'entreprise Acropole Déménagements a établi 14 devis et réalisé 9 opérations de déménagement.

Parmi les documents saisis dans les locaux de l'entreprise se trouvaient des feuilles d'inventaire vierges à en-tête d'autres entreprises et des dossiers d'étude de clients sur lesquels est mentionné le nom d'autres entreprises.

Un devis, d'un montant plus élevé, fourni à l'entreprise Le Floch, le 13 août 1996, comporte la même erreur d'orthographe sur le nom du client (Le Sausse au lieu de Le Sauce) et la même inexactitude en ce qui concerne le lieu de destination du chargement. Un devis, plus élevé, établi au profit de l'entreprise Acropole déménagements par l'entreprise Le Floch, le 27 septembre 1996, comporte un nom de client orthographié avec la même erreur (Wodjick au lieu de Wojcik).

4. - Les entreprises Démex Joncqueur et AGS Armorique

Durant la période considérée, l'entreprise AGS Armorique a fourni 7 devis, tous moins-disants, et effectué les 7 déménagements correspondants ; l'entreprise Démex Joncqueur, liée à la précédente par un contrat de sous-traitance, a établi 7 devis et réalisé 1 déménagement.

Dans les locaux de l'entreprise Démex Joncqueur, ont été retrouvés des exemplaires d'inventaire de mobilier nécessaires à la constitution de dossiers de déménagement de militaires, signés en blanc et revêtus du cachet des entreprises Le Floch et AGS Armorique ainsi que des devis de cette dernière entreprise. De la même manière, les enquêteurs ont saisi, dans les locaux de l'entreprise AGS, des dossiers d'étude de clients auxquels sont joints des devis concurrents.

Par ailleurs, l'examen des 6 devis moins-disants établis entre le 22 mars 1995 et le 30 juillet 1996 par Démex Joncqueur (dossiers Prigent, Caraes, Pendezec, Navarro, Phelippeau et Sabouret) révèle que la rubrique «*visitée par M. date*» n'est pas remplie. Enfin, les écarts de prix entre les devis Démex Joncqueur et les devis AGS Armorique sont, dans 5 cas, d'un niveau inférieur à 1,5 %.

5. - L'entreprise Aux Aménageurs Bretons

Cette entreprise a établi 44 devis et effectué 17 déménagements pendant la période qui a fait l'objet de l'enquête.

Il a été indiqué ci-dessus, à propos du dossier concernant M. Truffaut, que ce client avait déclaré avoir reçu directement de l'entreprise Démeco Roussel, la proposition d'un deuxième devis concurrent émanant de l'entreprise Les Déménageurs Bretons, alors qu'aucun agent de celle-ci ne lui avait rendu visite. S'agissant, par ailleurs, du dossier Fornari, le devis émanant de l'entreprise Boulouard, en date du 10 juillet 1996, mentionne, comme le devis de l'entreprise Aux aménageurs Bretons une adresse de livraison qui

a été portée ultérieurement à la main, et l'inventaire dressé par l'entreprise Boulouard est joint au devis moins disant de l'entreprise Les Aménageurs Bretons.

6. - L'entreprise Boulouard

Au cours de la période considérée, l'entreprise Boulouard a réalisé 55 devis et effectué 35 opérations de déménagement.

Ainsi qu'il a été relevé précédemment, des similitudes ont été constatées entre les devis de cette entreprise et, en premier lieu, un devis moins élevé de l'entreprise Aux Aménageurs Bretons dans le dossier Fornari, en deuxième lieu, un devis moins élevé de l'entreprise Déméco Roussel pour le dossier Vallar, orthographié Vallard, en troisième lieu un devis plus élevé de l'entreprise Le Floch, pour le dossier Perrot et, enfin, un devis plus élevé de l'entreprise Déméco Roussel pour le dossier Bidault.

■ C. - Le grief notifié

Au vu des éléments recueillis, un grief de pratiques concertées de devis de couverture a été notifié aux entreprises de déménagement Le Floch, Déméco Roussel, Acropole Déménagements, Démex Joncqueur, AGS Armorique, Les Déménageurs Bretons et Boulouard, sur le fondement des dispositions des articles 7 et 13 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, en vigueur au moment de la commission des faits, devenus les articles L. 420-1 et L. 464-2 du code de commerce.

822

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Sur la compétence

Considérant que les entreprises Roussel, Le Floch, Démex Joncqueur, AGS Armorique et Boulouard font valoir que le Conseil de la concurrence serait incompétent pour connaître de l'activité économique des entreprises de déménagement des personnels militaires, dès lors que les opérations de déménagement n'évoluent pas dans le cadre de l'économie libérale, les prix étant fixés et limités par l'État, puis remboursés à ses agents qui n'en assument pas la charge ; qu'elles ajoutent que le barème des remboursements des frais de déménagement de ces personnels a été établi en concertation avec les instances représentatives de la profession concernée sur la base du coût réel d'un déménagement après avoir laissé au professionnel un bénéfice raisonnable, ce qui contrevient au principe de la liberté de fixation des prix ;

Mais considérant qu'aux termes du décret du 1^{er} mars 1954, dont le contenu a été précisé par l'instruction interarmées n° 3000/DEF/C30 du 1^{er} septembre 1974, le remboursement des frais réellement exposés par les militaires de la marine, dans la limite d'un plafond, est subordonné à la fourniture de deux devis à leur administration et au choix du moins élevé des deux ; qu'il s'ensuit que la relation commerciale s'établit directement entre l'entreprise de déménagement et le militaire, l'intervention de l'administration se limitant au seul remboursement des frais, dans les deux limites précédemment exposées ; qu'en conséquence, la circonstance que le prix payé aux entreprises par les agents concernés leur est finalement remboursé par l'État n'est nullement de nature à supprimer toute concurrence par les prix, alors que le système de remboursement instauré par l'instruction interarmées précitée vise, au contraire, expressément à permettre à l'administration, qui supporte le prix de la prestation, de s'assurer que le bénéficiaire de celle-ci a fait jouer la concurrence par les prix entre un nombre minimum d'offres ; que les plafonds de remboursement prévus par les textes ne constituent pas une tarification mais une limite supérieure en deçà de laquelle l'exigence de production de plusieurs devis vise à faire jouer la concurrence par les prix ; qu'enfin, la concertation alléguée entre le ministère de la défense et les organisations professionnelles concernées ne porte pas sur l'établissement d'un barème mais sur une éventuelle réévaluation du montant maximum de la prise en charge par l'État ; que c'est, dès lors, à tort qu'il est soutenu que le système de remboursement instauré par l'instruction interarmées du 1^{er} septembre 1974 équivalait à un système de fixation unilatérale des prix par l'autorité publique et supprime toute concurrence par les prix ; que le Conseil de la concurrence est donc compétent pour apprécier les pratiques contraires aux dispositions du titre II du livre IV du code de commerce ;

Décisions / 02-D-62

823

Sur la procédure

Sur la recevabilité du second mémoire déposé par le conseil des parties le 14 juin 2002

Considérant que le conseil des entreprises Déméco Roussel, Le Floch, Démex Joncqueur, AGS Armorique et Boulouard a déposé, le 14 juin 2002, un second mémoire assorti de nouvelles pièces, aux fins de solliciter du Conseil le dépôt d'une question préjudicielle auprès de la Cour de justice de la Communauté européenne sur la conformité de la réglementation française du remboursement des frais de déménagement des militaires au regard du droit européen de la concurrence et son incompatibilité avec les dispositions de la Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne ;

Considérant que la présente affaire a été examinée par le Conseil selon la procédure prévue par les dispositions de l'article L. 463-3 du code de commerce, suivant lesquelles *«le président du Conseil de la concurrence ou un vice-président délégué par lui peut, après la notification de griefs aux parties intéressées, décider que l'affaire sera jugée par le Conseil sans établissement préalable d'un rapport. Cette décision est notifiée aux parties»* ; qu'aux termes de l'article L. 463-2, dont la portée est générale, les parties disposent d'un délai de deux mois à compter de la notification des griefs

pour consulter le dossier et présenter leurs observations ; que la décision de recourir à la procédure simplifiée a été prise le 6 mars 2002 ; que le 15 mars 2002, il a été procédé à l'établissement d'une nouvelle liste de destinataires de la notification de griefs qui a fait courir un nouveau délai de deux mois expirant le 15 mai 2002 ; qu'ainsi, le premier mémoire des entreprises a été valablement déposé le 13 mai 2002 ; qu'en revanche, le second mémoire, déposé le 14 juin 2002, l'a été hors délai et doit être écarté des débats ;

Sur la représentation de l'État par le commissaire du Gouvernement

Considérant que le conseil des entreprises Roussel, Le Floch, Démex Joncqueur, AGS Armorique et Boulouard a fait valoir en séance que l'intervention de l'État devant le Conseil de la concurrence est soumise au principe de la représentation obligatoire par ministère d'avocat ; que tel n'ayant pas été le cas en l'espèce, la procédure serait viciée ;

Considérant que l'article 4 de la loi n° 71.1130 du 31 décembre 1971 pose en principe que *«nul ne peut, s'il n'est avocat, assister ou représenter les parties, postuler et plaider devant les juridictions et les organismes juridictionnels ou disciplinaires de quelque nature que ce soit (...)»* ;

Mais considérant, en premier lieu, et ainsi qu'il a été précisé par le Conseil constitutionnel dans un arrêt du 23 janvier 1987 relatif à l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, que le Conseil de la concurrence n'est pas une juridiction mais un organisme administratif de nature non juridictionnelle ; qu'il n'est donc pas soumis, à ce titre, aux dispositions de l'article 4, précité, de la loi du 31 décembre 1971 ; qu'en second lieu, les principes généraux régissant la représentation des parties n'interdisent pas de prévoir, en certaines matières, une dispense du ministère d'avocat ; qu'aux termes de l'article L. 463-7 du code de commerce, *«Les séances du Conseil de la concurrence ne sont pas publiques. Seules les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent y assister (...) Le rapporteur général (...) et le commissaire du Gouvernement peuvent présenter des observations»* ; qu'ainsi, le moyen pris de l'irrégularité de la participation à la séance du commissaire du Gouvernement doit être écarté ;

Sur l'application de la règle non bis in idem

Considérant que les sociétés de déménagement demandent au Conseil de déclarer que les faits pour lesquels des griefs leur ont été notifiés ont déjà été jugés, les entreprises AGS Armorique, Boulouard et Roussel ayant été condamnées par le Conseil, notamment par sa décision n° 99-D-50 du 13 juillet 1999, concernant le déménagement des militaires dans la région de Vannes ; qu'elles exposent que cette nouvelle notification se heurte à l'autorité de la chose jugée qui veut que nul ne soit jugé deux fois pour les mêmes faits ;

Mais considérant que si, en vertu du principe non bis in idem, inscrit dans le pacte international relatif aux droits civils et politiques (article 14 § 7), dans la Convention européenne des droits de l'homme (protocole n° 7, art. 4) et dans l'article 6 du code de procédure pénale qui dispose que

«l'action publique pour l'application de la peine s'éteint (...) par la chose jugée», une personne déjà condamnée pour un fait répréhensible ne peut être poursuivie à nouveau pour ce même fait, l'exception de chose jugée ne peut, aux termes d'une jurisprudence constante, être valablement soulevée qu'en présence d'une identité de cause, d'objet et de parties entre les deux poursuites ; que s'il est exact que certaines des entreprises mises en cause dans la présente affaire ont déjà été sanctionnées par le conseil pour des pratiques de devis de couverture, les faits ayant donné lieu à ces sanctions, qui se sont déroulés soit en 1989 et 1990 (décision n° 92-D-37 du 2 juin 1992) soit en 1992 et 1993 (décision n° 99-D-50, précitée), ne sont pas les mêmes que ceux concernés par la présente procédure, qui ont été commis entre 1995 et 1997 ;

Sur les conditions de la notification de griefs à la Sarl «Aux Aménageurs Bretons»

Considérant que Maître Géniteau, commissaire à l'exécution du plan de cession de la société Aux Aménageurs Bretons arrêté dans le cadre de la procédure de redressement judiciaire dont cette société a fait l'objet, fait valoir que le grief retenu à l'encontre de son administrée ne lui a pas été régulièrement notifié puisque la dénomination de l'entreprise retenue par la notification de griefs était inexacte ;

Considérant que la notification de griefs porte que le grief doit être notifié à la société Aux Déménageurs Bretons et que c'est bien au gérant de la société Aux Déménageurs Bretons qu'elle a été adressée ; que, toutefois, il résulte du dossier que la société Aux Aménageurs Bretons est affiliée au réseau de franchise «*les Déménageurs Bretons*» ; que, dans le cadre de la procédure diligentée par les services de la DGCCRF, les enquêteurs se sont présentés dans les locaux de «*l'agence des Déménageurs Bretons, SARL au capital de 400 000*» situés 56, cours Chazelles à Lorient où ils ont été reçus par «*M. Jean-Pierre Leteneur, gérant*» qui a été entendu sur les pratiques incriminées ; qu'en outre, les devis de couverture reprochés et sur lesquels le gérant s'est expliqué ont été réalisés sur du papier à en-tête des «*Déménageurs Bretons*» ; que dans ces conditions, les erreurs matérielles qui ont pu être commises sur la dénomination de l'entreprise n'ont porté atteinte ni au principe du contradictoire ni à la régularité de la procédure ;

Sur l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme

Considérant que les sociétés Roussel, Le Floch, Démex Joncqueur, AGS Armorique et Boulouard critiquent l'absence de mise en cause des militaires dans la présente procédure ; qu'elles font valoir qu'«*au mépris des principes fondamentaux de la Convention européenne des droits de l'homme en son article 6, notamment, il est reproché aux entreprises de déménagement d'avoir produit des devis de complaisance alors que le demandeur du devis et principal bénéficiaire n'a jamais fait l'objet de poursuites, (...) réalisant ainsi l'infraction dont le déménageur n'est au mieux qu'un complice*» ;

Mais considérant que, dans un arrêt du 24 janvier 1995 rejetant un pourvoi dirigé contre un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 29 avril 1993, la chambre commerciale de la Cour de cassation a retenu qu'«...ainsi que l'arrêt l'a exactement énoncé, le Conseil n'était compétent que pour sanctionner les entreprises qui s'étaient rendues coupables d'agissements constitutifs d'ententes prohibées sanctionnées par les dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 même si les personnels bénéficiaires des prestations et l'administration chargée d'en effectuer le remboursement avaient par leur compromission ou leur complaisance déterminé ou facilité la mise en œuvre et la persistance de telles pratiques, dès lors que, pour de tels comportements, ces personnes et autorités administratives échappaient au pouvoir que lui conférait le texte susvisé ; qu'en l'état de ces énonciations et constatations, qui ne laissaient pas aux instances compétentes la possibilité de se prononcer sur le comportement des personnels impliqués dans la mise en œuvre de ces pratiques, la cour d'appel n'a pas méconnu la portée de l'article 6 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales» ; qu'au surplus, les entreprises de déménagement n'indiquent pas en quoi l'absence de poursuites engagées à l'encontre de leurs clients aurait été de nature à empêcher ou compromettre l'exercice de leur propre défense ; que le moyen fondé sur une méconnaissance des règles du procès équitable doit, dans ces conditions, être rejeté ;

Sur la définition du marché pertinent et son contour géographique

Considérant que les entreprises concernées par la notification de griefs soutiennent que le marché pertinent est constitué par l'ensemble du territoire français dès lors que la réglementation du déménagement des militaires est applicable sur tout ce territoire et que, par ailleurs, les entreprises mises en cause ont une dimension nationale ; qu'elles contestent l'existence d'un marché pertinent spécifique aux déménagements des militaires sur la région de Bretagne et précisent que si cette hypothèse prévalait néanmoins, le marché devrait alors être circonscrit à la ville de Lorient, ce qui exclurait, de fait, la responsabilité des entreprises Roussel, Démex Joncqueur, AGS Armorique et Le Floch, qui n'ont pas leur siège social dans cette ville ;

Considérant que 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 et où les unités offertes sont substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs ;

Considérant que le Conseil de la concurrence, déjà saisi de pratiques similaires reprochées à certaines des entreprises auxquelles ont été notifiés les présents griefs, a, dans ses décisions n° 92-D-37, n° 93-D-27 et 99-D-50, retenu l'existence d'un marché pertinent du déménagement des marins en Bretagne ; que, se fondant sur l'existence de «marchés qui peuvent être individualisés en raison par exemple de l'existence de réglementations spécifiques (le marché du déménagement du mobilier de certains fonctionnaires, militaires et agents publics) ou de particularités locales (les trois quarts des bases navales métropolitaines sont situées en Bretagne)...», il a retenu

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... qu'il suit de là que les pratiques en cause se sont développées avec une intensité et un territoire suffisamment large pour être susceptibles d'affecter le fonctionnement de l'ensemble du marché breton» ; que cette analyse a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 29 avril 1993, qui énonce, que «par une exacte appréciation de la loi, une juste appréciation des faits et une motivation appropriée, le Conseil a examiné les pratiques d'entente entre entreprises consistant en la fourniture de devis de couverture établis en vue de la fourniture de prestations de déménagement aux agents du ministère de la défense sur des marchés qu'il a délimités en fonction des contraintes géographiques du choix des prestataires, de la spécificité réglementaire du remboursement des frais de changement de résidence de ces personnels et de la spécialisation des entreprises offrant de tels services ; que pour définir ces marchés il a justement constaté que la demande des marins mutés à partir des bases de Bretagne rencontrait l'offre des entreprises localement établies dans cette région et spécialisées dans ce type de déménagements ; qu'en effet, pour cette catégorie de prestations, l'offre et la demande ne peuvent se rencontrer et constituer un marché au sens économique, que dans une aire géographiquement limitée par la proximité de l'entreprise avec laquelle le client entre directement en rapport pour l'évaluation du cubage du mobilier à transporter et l'établissement du devis préalable à l'exécution de la prestation» ; qu'il existe donc bien un marché régional du déménagement des militaires en Bretagne et que c'est dans le cadre de ce marché pertinent que doivent être appréciées les pratiques retenues par la notification de griefs ;

Sur la pratique des devis de couverture

Considérant qu'il résulte de l'examen des éléments recueillis dans les 127 dossiers examinés dans le cadre de l'enquête que l'écart entre les deux devis fournis à l'administration militaire n'est supérieur ou égal à 2 % que dans 9 cas sur les 127 examinés ; que 6 entreprises (Boulouard, Le Floch, Déméco Roussel, Acropole Déménagements, AGS Armorique et Aménageurs Bretons) sur les 19 ayant réalisé les devis, obtiennent à elles seules 90 % des contrats de déménagement ; que, dans 76,4 % des cas en moyenne, l'entreprise moins-disante a réalisé son devis antérieurement ou le même jour que l'entreprise dont le devis était le plus élevé et que, s'agissant des 6 entreprises les plus souvent moins-disantes, cette proportion va jusqu'à 90 % des cas ; que des exemplaires d'inventaire de mobilier revêtus du cachet de l'entreprise Le Floch et signés en blanc ont été retrouvés dans les locaux de l'entreprise Démex Joncqueur ainsi que des devis de l'entreprise AGS ; que, dans les locaux de cette dernière, ont été appréhendés des dossiers d'étude de clients auxquels étaient joints des devis concurrents ; qu'ont été saisis, dans ceux de l'entreprise Acropole Déménagements, des feuilles d'inventaire vierges à en-tête d'autres entreprises et des dossiers d'étude

de clients mentionnant le nom d'autres sociétés de déménagement ; que de multiples erreurs similaires portant sur l'orthographe du nom ou sur le lieu de destination ou encore sur la date du déménagement ont été relevées dans la rédaction des devis des entreprises Le Floch, Roussel, Acropole Déménagements et Boulouard pour une même opération, ainsi que cela a été précédemment indiqué dans le I de la présente décision ; que la société Roussel a fourni au client Truffaut un devis établi sous le timbre «Les Déménageurs Bretons» sans que cette dernière société ait, à un moment quelconque, procédé à une visite sur place ;

Considérant qu'en ce qui concerne les entreprises AGS Armorique et Démex Joncqueur, dont les liens de sous-traitance ont déjà été signalés, l'examen des douze devis saisis par les enquêteurs dans six dossiers de déménagement révèle que l'attributaire, moins-disant dans tous les cas, a été la société AGS Armorique, avec un écart de prix encore plus faible que la moyenne relevée dans les 127 dossiers objets de l'enquête et qu'aucune des six opérations en cause n'a donné lieu à la visite d'un agent de la société Démex Joncqueur préalablement à l'établissement du devis.

Considérant que l'entreprise Boulouard soutient que les particularités relevées entre les devis et sur lesquelles s'appuie la notification de grief s'expliquent autrement que par l'existence d'une concertation ; qu'ainsi, le client Fornari n'avait pas la clé de la cave lorsque l'agent de l'entreprise s'est présenté pour établir le devis, que ce document aurait été posté avec deux inventaires à la demande de l'intéressé lequel aurait ensuite, de sa propre initiative, changé lui-même les dates, indiqué sa nouvelle adresse et joint l'inventaire incomplet établi lors de la visite ; que l'orthographe inexacte du nom «Vallar» provient «manifestement» d'une erreur de frappe de la secrétaire habituée à taper «Boulouard avec un d» ; que la surcharge du devis Perrot a été faite par le client lui-même car sur le double conservé par l'entreprise elle n'apparaît pas ; que sur le devis concernant le déménagement de M. Bidault, c'est l'intéressé lui-même qui a barré les dates mentionnées ;

Mais considérant que les dénégations de la société Boulouard et les explications avancées par elle face aux constatations matérielles effectuées sur les devis litigieux ne sont appuyées d'aucun commencement de preuve ;

Considérant, en outre, qu'il résulte des déclarations des dirigeants des entreprises recueillies au cours de l'enquête que ceux-ci ont, dans leur ensemble, reconnu l'existence des pratiques incriminées ; qu'ainsi, M. Le Floch, co-gérant de l'entreprise Déménagements Le Floch, a précisé : *«Comme l'administration militaire demande deux devis, et à la demande expresse du client, sauf si ce dernier souhaite faire jouer la concurrence, deux options sont possibles :*

- *à l'initiative du client ce dernier demande le 2^e devis à une autre entreprise et communique les éléments à l'entreprise avec laquelle il souhaite traiter (environ 50 % des cas).*
- *à l'initiative de l'entreprise, sur demande du client, elle va demander à un deuxième déménageur un devis confrère (environ 50 % des cas)» ;* que ces pratiques sont confirmées par le dirigeant de la société Déméco Roussel : *«Nous précisons que la demande d'un devis confrère nous est faite par les*

militaires dans plus de 70 % des visites effectuées. Nous en refusons un grand nombre mais dans certains cas, nous sommes tenus d'accepter cette contrainte qui va toujours dans le sens de la satisfaction de nos clients» ; que selon M. Joannic, de l'entreprise Acropole Déménagement, «(...) les commerciaux interrogent d'autres entreprises en leur fournissant des indications de volume, de lieu, de chargement et de déchargement de livraison. Les entreprises adressent leur devis au client qui nous communique le montant du devis confrère et nous établissons ensuite, et généralement à un niveau inférieur, notre devis que nous adressons au client» ; que M. Pérès, gérant de la société Démex Joncqueur, qui déclare tout d'abord «Je n'ai jamais établi de devis concurrents dans mon entreprise ni fait établir de devis concurrents. En revanche, j'ai parfois orienté le choix de mes clients vers des confrères», poursuit en ces termes : «Lorsque je suis consulté par un client envoyé par un confrère, je lui fais un prix au-dessus du VA + V de B» (formule permettant à l'administration de déterminer le montant maximal de l'indemnisation en fonction de variables connues : volume, distance, situation familiale). «Lors de nos confrontations avec AGS pour les déménagements que vous avez relevés sur Lorient en 95 et 96 je pense que dans la majorité des cas nous avons été approchés par le client pour faire un prix supérieur à mon confrère» ; que M. Bettevy, qui exerce les fonctions de directeur d'agence à la société AGS Armorique, précise : «... en règle générale j'établis toujours les devis AGS le plus tard sauf quand le client m'indique qu'il a déjà contacté le ou les confrères» ; que M. Leteneur, gérant de l'agence des Déménageurs Bretons, a déclaré : «Je condamne un système hypocrite où tous les partenaires sont parfaitement au courant depuis de nombreuses années...» ; que M. Boulouard, gérant de la société Boulouard, a reconnu que : «... dans 99 % des cas, le militaire nous demande de nous occuper du deuxième devis. En fait, nous sommes souvent contactés par téléphone pour des demandes de devis dont on se doute bien qu'ils sont militaires et dont ils nous indiquent le prix. On répond sur notre base de prix normal en sachant bien que le devis sera montré au concurrent par le militaire» ;

Considérant, enfin, que, dans une lettre adressée aux professionnels concernés, le 24 juillet 1998, le «Comité des déménageurs de Bretagne en colère» écrit : «Le déménagement des militaires est dangereux !!! Beaucoup d'entre nous déménagent des militaires. Pour cela ils sont obligés, sous peine de ne plus travailler avec eux, de donner aux militaires les deux devis concurrentiels qui leur permet de se faire rembourser» ; que la chambre syndicale des entreprises de déménagements et garde-meuble de France reconnaît l'existence de ces pratiques puisque sa circulaire n° 98/15 du 28 juillet 1998 mentionne que «cette situation a engendré un profond malaise, bien compréhensible, chez les professionnels de cette région, lesquels ont décidé de constituer un «Comité des Déménageurs de Bretagne en Colère» afin de faire abolir la réglementation en vigueur qui impose la production par le militaire, de deux devis concurrentiels» ; que dans une lettre signée «Les déménageurs en colère», adressée au ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et au ministre de la défense, il est écrit : «Le déménagement des militaires occasionne des désordres au regard des règles relatives à la libre concurrence. Le cadre juridiquement admis depuis trente ans, qui

organise cette activité est à l'origine de situations ambiguës et répréhensibles (...). Peu enclins à se livrer à une étude de concurrence contraignante et inefficace, les militaires exigent depuis longtemps de l'entreprise à laquelle ils promettent de confier leurs effets, la fourniture des devis concurrentiels. Cela est contraire aux dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 sur la liberté des prix et de la concurrence. Les déménageurs s'y sont pourtant résolus, de peur de ne plus avoir accès aux marchés des déménagements militaires (...) faut-il mourir en refusant de travailler comme on le fait depuis trente ans avec nos clients, ou alors en étant condamné pour ces méthodes de travail devenues répréhensibles» ; que ces revendications, qui se réfèrent à une situation ancienne, démontrent que les entreprises avaient parfaitement connaissance du caractère prohibé des pratiques.

Sur les justifications des pratiques invoquées par les entreprises

Considérant que les sociétés Roussel, Le Floch, Démex Joncqueur, AGS Armorique et Boulouard ne sauraient, contrairement à ce qu'elle soutiennent en premier lieu, prétendre s'exonérer de la responsabilité encourue par elles dans les pratiques en cause en se prévalant de l'inefficacité, voire du caractère pervers d'un dispositif réglementaire dont elles ont, en réalité, contribué à ruiner la portée par la concertation qu'elles ont mise en œuvre en marge de l'administration ;

Considérant que ces sociétés soutiennent, en deuxième lieu, que la pratique qui leur est reprochée est imposée par le décret fixant le barème des frais de mutation des personnels de l'État et concluent, en conséquence, à l'application de l'article L. 420-4 I-1° du code de commerce aux termes duquel *«Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application»* ;

Mais considérant que les pratiques de concertation incriminées ne résultent nullement de l'application des dispositions régissant le remboursement des frais de déménagement des militaires, lesquelles visent, au contraire, à faire échec à de telles pratiques en valorisant la concurrence, afin de faire baisser les prix à l'avantage du consommateur.

Considérant que les entreprises revendiquent, enfin, le bénéfice de l'exonération accordée par l'article L. 420-4 I 2. du code de commerce aux auteurs des pratiques lorsqu'ils peuvent justifier, aux conditions prévues par le texte, que ces pratiques ont pour effet d'assurer un progrès économique.

Mais considérant qu'il appartient aux auteurs des pratiques anticoncurrentielles de démontrer, non seulement, que ces actions comportent des avantages économiques, mais encore que ceux-ci sont suffisants pour compenser les incidences des pratiques sur la concurrence (cour d'appel de Paris, 17 juin 1992, Compagnie générale de vidéo-communication) ; que par ailleurs, le progrès invoqué doit, ainsi que l'a rappelé le Conseil dans un avis 99-A-17 du 17 novembre 1999 *«constituer un progrès pour la collectivité dans son ensemble et non simplement permettre une amélioration conjoncturelle de la situation des entreprises concernées»* et qu'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» ; qu'il n'est, en l'espèce, nullement justifié que les concertations relevées auraient eu pour effet d'assurer un progrès économique en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en serait résulté ; que le progrès économique invoqué par les entreprises repose sur leurs seules allégations, au surplus contredites par certains éléments du dossier, notamment par le dossier de déménagement de M. Truffaut dans lequel le devis, établi par une entreprise tiers à l'entente entre deux autres déménageurs, a fait apparaître un écart à la baisse de l'ordre de 30 % ;

Sur les sanctions

En ce qui concerne l'application des articles L. 621-40 et L. 621-43 du code de commerce au bénéfice de la Sarl Aux Aménageurs Bretons

Considérant que M. Géniteau, commissaire à l'exécution du plan de cession de la société Aux aménageurs Bretons, fait valoir que les dispositions des articles L. 621-40 et L. 621-43 du code de commerce s'opposent au prononcé de toute condamnation à l'encontre de cette société, dans la mesure où la condamnation à intervenir trouverait son origine dans des fautes antérieures au prononcé du redressement judiciaire et où cette créance n'aurait pas fait l'objet d'une déclaration au représentant des créanciers ;

Mais considérant qu'il résulte d'un arrêt de la chambre commerciale de la Cour de cassation en date du 4 mars 1997, société Desbarbieux, que *«les condamnations prononcées par le Conseil de la concurrence après le jugement d'ouverture sont des sanctions pécuniaires qui n'existent que depuis sa décision, de sorte que ces créances n'ont pas leur origine dans le jugement d'ouverture et ne sont pas soumises aux dispositions des articles 47 et 50»* ; qu'en conséquence, les dispositions invoquées ne peuvent faire échec ni à l'examen des pratiques ni à leur sanction par le Conseil de la concurrence ;

En ce qui concerne le chiffre d'affaires à prendre en compte

Considérant que les infractions retenues ci-dessus ont été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques ; que, par suite et en vertu du principe de non rétroactivité des lois à caractère punitif, les dispositions introduites par cette loi à l'article L. 464-2 du code de commerce, en ce qu'elles sont plus sévères que celles qui étaient en vigueur antérieurement, ne leur sont pas applicables ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-2 du code de commerce, dans sa rédaction applicable avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, *«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 de non exécution 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 taxe réalisé en France au cours du dernier exercice clos. Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le maximum est de 1 524 490,17 euros» ;

Considérant que, dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001, l'article L. 464-5 du code de commerce dispose que «*le Conseil lorsqu'il statue selon la procédure simplifiée prévue à l'article L. 463-3, peut prononcer les mesures prévues au I de l'article L. 464-2. Toutefois, la sanction pécuniaire prononcée ne peut excéder 750 000 euros pour chacun des auteurs des pratiques prohibées*» ; que cependant, en vertu des dispositions de l'article 22, alinéa 2, de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, applicables à l'époque de la commission des faits, la sanction pécuniaire prononcée dans le cadre de la procédure simplifiée ne peut excéder 500 000 F (76 244,51 €) pour chacun des auteurs des pratiques prohibées ;

Considérant que les entreprises incriminées font valoir que le montant réalisé avec la clientèle des militaires de Bretagne est tout à fait marginal dans leur chiffre d'affaires ou, à tout le moins, n'en représente pas la totalité ; qu'elles ajoutent que leur chiffre d'affaire prend en compte d'autres activités, notamment, celle de garde meubles, lesquelles devraient être déduites du chiffre d'affaires global à prendre en considération pour le calcul de la sanction ;

Mais considérant, en premier lieu, que les affirmations des entreprises sur la part mineure que représenterait le déménagement des militaires dans leurs chiffres d'affaires, sont démenties par les déclarations de leurs responsables ; qu'en effet, selon le gérant de l'entreprise Le Floch, «*les déménagements militaires restent importants, les entreprises économiquement parlant ne peuvent pas s'en passer (environ 60 % du chiffre d'affaires hors taxe, toutes années confondues)*» ; que selon M. Guyader, de l'entreprise Roussel SA, le pourcentage de cette activité par rapport au chiffre d'affaires global de l'agence était, pour l'année 1994, de 24 %, pour 1995, de 23 %, pour 1996, de 17 % et pour 1997, de 28 % ; qu'enfin, selon M. Boulouard, le déménagement militaire représente 50 % environ du chiffre d'affaires sur l'ensemble des agences ; qu'il ne peut donc être valablement soutenu, au vu des déclarations précitées, que l'activité des déménagements militaires n'occupe qu'une part résiduelle dans l'activité des entreprises poursuivies ; qu'en second lieu, aux termes mêmes de l'article 13 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986, en vigueur au moment des faits, la seule référence pertinente est le chiffre d'affaires total de l'entreprise et non pas le seul chiffre d'affaires réalisé dans tel ou tel secteur d'activité en rapport avec les pratiques reprochées ; qu'en conséquence, le chiffre d'affaires global des entreprises incriminées doit être retenu ;

En ce qui concerne la fixation des sanctions

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 des prestations en cause ;

que de telles pratiques ont déjà été sanctionnées à maintes reprises dans le secteur du déménagement des militaires ou des fonctionnaires et, notamment, dans une décision 92-D-37 du 2 juin 1992 assortie d'une mesure de publication dans un quotidien local et qui concerne également le marché du déménagement des marins de la marine nationale en Bretagne ; que, dès lors, les entreprises ne pouvaient ignorer le caractère prohibé et la gravité des pratiques mises en œuvre.

Considérant que les entreprises Le Floch, AGS Armorique et Aux aménageurs Bretons ont fait l'objet de sanctions pécuniaires dans le cadre de cette précédente poursuite et que l'arrêt de la cour d'appel de Paris, rendu sur le recours formé contre la décision n° 92-D-37, précitée, l'a émendée sur le seul montant des sanctions ;

Considérant que, s'agissant du dommage à l'économie, il convient de relever que les pratiques retenues ont pu avoir pour effet et ont eu pour effet dans un cas (dossier Truffaut) de provoquer une hausse artificielle des prix, établis par référence aux plafonds de remboursement ;

a) En ce qui concerne la société Aux Aménageurs Bretons

Considérant que la société Aux aménageurs Bretons a été déclarée en redressement judiciaire par un jugement en date du 5 janvier 2001 et a fait l'objet d'un plan de cession ; qu'il n'y a pas lieu, dans ces conditions, de lui infliger une sanction ;

b) En ce qui concerne la société Déménagements Le Floch

Considérant que la société Le Floch a effectué 5 déménagements (Le Sauce, Tamarelle, Lebrun, Azario, Dreau) pour lesquels une pratique de devis de couverture a été mise en œuvre à son profit ; qu'elle a fourni un devis de couverture dans trois dossiers de déménagement (Perrot, Rebrioux, Wojcik) ;

Considérant que cette société a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxe de 2 384 062 € au cours de l'année 2001, dernier exercice disponible et a réalisé un bénéfice comptable de 57 509 € ; 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 75 000 € ;

c) En ce qui concerne la société Transports Déménagements Roussel

Considérant que la société Déméco Roussel a effectué 3 déménagements (Vallar, Rebrioux, Truffaut) pour lesquels une pratique du devis de couverture a été mise en œuvre à son profit ; qu'elle a fourni un devis de couverture dans 5 dossiers de déménagement (Tamarelle, Lebrun, Azario, Dreau et Bidault) ;

Considérant que cette société a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxe de 2 434 644 € au cours de l'année 2001, dernier exercice disponible et que son résultat d'exploitation pour la même période fait apparaître un bénéfice comptable de 41 409 € ; 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 65 000 € ;

d) En ce qui concerne la société Acropole Déménagements

Considérant que la société Acropole Déménagements a effectué un déménagement (Wojcik) pour lequel une pratique de devis de couverture a été mise en œuvre à son profit ; qu'elle a fourni un devis de couverture dans un dossier de déménagement (Le Sauce) ;

Considérant que cette société a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxe de 1 364 102 € au cours de l'année 2001, dernier exercice disponible ; que son résultat d'exploitation pour la même période s'est traduit par une perte comptable de 13 502 € ; 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 € ;

e) En ce qui concerne la société Démex Joncqueur

Considérant que la société Démex Joncqueur a établi six devis de couverture au profit de la société AGS Armorique (Prigent, Caraes, Pendezec, Navarro, Phelippeau, Sabouret) ;

Considérant que cette société a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxe de 899 927 euros au cours de l'année 2001, dernier exercice disponible ; que son résultat d'exploitation pour la même période a fait apparaître un bénéfice comptable de 832 euros ; qu'en fonction des éléments généraux et individuels, tels qu'ils sont appréciés ci-dessus, il y a lieu de lui infliger une sanction de 18 000 euros ;

f) En ce qui concerne la société AGS Armorique

Considérant que la société AGS Armorique a obtenu de la société Démex Joncqueur six devis de couverture et effectué les déménagements correspondants ;

Considérant que cette société a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxe de 1 624 039 euros au cours de l'année 2001, dernier exercice disponible ; que son résultat d'exploitation pour la même période s'est traduit par une perte de 3 444 euros ; 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 35 000 euros ;

g) En ce qui concerne la société Boulouard Déménagements

Considérant que la société Boulouard Déménagements a effectué 2 déménagements (Perrot, Bidault) pour lesquels une pratique de devis de couverture a été mise en œuvre à son profit, qu'elle a fourni un devis de couverture dans 2 dossiers de déménagement (Vallar, Fornari) ;

Considérant que cette société a réalisé en France un chiffre d'affaires hors taxe de 3 342 273 €, au cours de l'année 2001, dernier exercice disponible ; que son résultat pour la même période a fait apparaître un bénéfice d'exploitation de 451 407 € ; que selon les indications fournies par son avocat, elle a été mise en redressement judiciaire par le Tribunal de commerce de Lorient, le 4 mai 2001 et qu'un plan de redressement organisant la continuation de l'entreprise a été arrêté par une décision de la même juridiction

en date du 19 mars 2002 ; 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 30 000 € ;

En ce qui concerne les autres sanctions

Considérant que pour renforcer l'efficacité des mesures prises par le Conseil, il convient de porter à la connaissance des personnels militaires prenant part à des opérations de déménagement le caractère illicite des pratiques relatées ci-dessus et les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises qui s'y prêtent ; que les entreprises visées à l'article 2 ci-après devront, en conséquence, assurer la publication de la présente 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 1er : Il est établi que les entreprises Le Floch, Transports Déménagements Roussel, Acropole Déménagements, Démex Joncqueur, AGS Armorique, Boulouard Déménagements et Aux aménageurs Bretons ont enfreint les dispositions de l'article L 420-1 du code de commerce.

Article 2 : Sont infligées les sanctions pécuniaires suivantes :

- 75 000 € à la société Le Floch ;
- 65 000 € à la société Transports Déménagements Roussel ;
- 10 000 € à la société Acropole Déménagements ;
- 18 000 € à la société Démex Joncqueur ;
- 35 000 € à la société AGS Armorique ;
- 30 000 € à la société Boulouard Déménagements.

Article 3 : Il est enjoint aux sociétés Le Floch, Déméco-Roussel, Acropole-Déménagements, Démex Joncqueur, AGS Armorique et Boulouard Déménagements de publier, à leurs frais et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur sont infligées, la présente décision dans la revue *Armées d'aujourd'hui*, dans un délai de deux mois à compter de la date de sa notification.

Article 4 : Il n'y a pas lieu de prononcer de sanction à l'égard de la société Aux aménageurs Bretons.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Deparis en remplacement de M. Muller, empêché, par Mme Pasturel, vice-présidente, présidant la séance, M. Gauron et M. Ripotot, membres.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

La vice-présidente, présidant la séance,

Micheline Pasturel

Décisions / 02-D-62

835

02-D-63

Décision n°02-D-63 du 8 octobre 2002 relative à des pratiques constatées dans le secteur des télécommunications

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu les lettres en date des 28 février 1996 et 7 mars 1997, enregistrées sous le numéro F 856, par lesquelles le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques concernant le secteur des télécommunications ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 16 juillet 2002 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés ;

836

I. - Constatations

■ A. - Les pratiques dénoncées

La lettre de saisine du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, datée du 28 février 1996, s'appuie sur un rapport d'enquête établi le 2 novembre 1995 par la direction nationale des enquêtes de concurrence, pour dénoncer les pratiques suivantes :

- utilisation par certaines filiales du groupe France Télécom, dans le cadre de leur politique de communication, de leur appartenance à ce groupe (enseigne et logo) ;
- mise à disposition au bénéfice de ces filiales de personnels de France Télécom, soit directement, soit indirectement ;
- orientation gratuite par France Télécom vers Cofratel des demandes d'installation d'autocommutateurs d'une capacité supérieure à cinquante postes.

Dans son mémoire complémentaire, enregistré le 7 mars 1997, le ministre dénonce, par ailleurs, un accord conclu entre France Télécom et la Fédération interprofessionnelle de communication d'entreprise (FICOME) à l'occasion de la

mise en œuvre du plan de numérotation à dix chiffres entré en vigueur le 18 octobre 1996. Aux termes de cet accord, chacune des parties s'engageait à n'accepter l'exécution des travaux d'adaptation des installations existantes que pour les matériels installés par ses soins ou entretenus par elle.

■ B. - Les parties visées par la saisine

1. - France Télécom

La loi n° 90-568 du 2 juillet 1990 relative à l'organisation du service public de la poste et des télécommunications a transformé le service des télécommunications relevant de la direction générale du ministère chargé des télécommunications en exploitant public autonome, personne morale de droit public placée sous la tutelle du ministre chargé des postes et télécommunications, dénommée France Télécom. Cette loi a été modifiée, postérieurement à la saisine, par la loi n° 96-660 du 26 juillet 1996 qui a transformé la personne morale de droit public en une entreprise nationale dont l'État détient directement plus de la moitié du capital social. Sauf dispositions législatives contraires, cette entreprise est soumise aux dispositions applicables aux sociétés anonymes.

A la date de la saisine, France Télécom disposait d'un monopole légal sur le service téléphonique. L'ouverture à la concurrence a été progressivement réalisée à partir du 1er janvier 1998, d'abord sur la téléphonie longue distance puis, à partir du 1er janvier 2002, sur la boucle locale. Pour l'instant, le monopole de l'abonnement est maintenu.

La société anonyme France Télécom constitue, avec ses filiales et ses participations, un ensemble composé de plus de deux cents entreprises exerçant leur activité dans les secteurs des technologies et des services de la communication. Le groupe est actuellement organisé en huit branches, dont la branche Entreprises qui regroupe de nombreuses filiales (Expertel consulting, Expertel services & FM et Cofratel, notamment).

A la date de la saisine, l'organisation commerciale de l'exploitant public France Télécom était la suivante :

- un service «*Grands comptes*» regroupant la plupart des grandes entreprises françaises et les principaux ministères, soit environ 300 clients ;
- dix-huit agences «*Entreprises*» essentiellement tournées vers les entreprises ;
- trente-trois agences multimarchés (hors Outre-mer) traitant des clientèles «*entreprises-professionnels-résidentiels*» ;
- cent-quarante agences «*résidentiels-professionnels*».

Chacune de ces agences dépendait de l'une des cinquante directions régionales réparties sur le territoire. Elles employaient plus de 6 700 agents affectés à des tâches commerciales, relevant du secteur concurrentiel et du secteur sous monopole. Selon l'estimation de la Fédération nationale de la communication d'entreprise, à la même époque environ 1 600 agents étaient affectés dans le secteur de l'installation.

France Télécom emploie deux catégories de personnel : des fonctionnaires et des agents contractuels employés librement sous le régime des conventions collectives. Selon les modalités fixées par décret en Conseil d'État, les fonctionnaires peuvent, sur leur demande, être exceptionnellement placés hors de la position d'activité de leur corps.

2. - Expertel

A la date de la saisine, Expertel était un groupement d'intérêt économique (GIE), régi à ce titre par l'ordonnance n° 67-821 du 23 septembre 1967. Il avait été créée le 31 décembre 1982 par l'exploitant public France Télécom et par la société France câbles et radio (FCR), filiale de Cogecom, société holding de France Télécom. Il s'agissait alors de rassembler en une même entité les services Réseaux d'entreprise, marketing et développement de la société FCR avec les services de la direction régionale Île-de-France de France Télécom spécialisés dans la maintenance des autocommutateurs du palais de l'Élysée, de Matignon, des principaux ministères et organismes publics. Aux termes de l'article 3 de son contrat constitutif, ce GIE avait reçu pour objet *« l'étude, le conseil, l'ingénierie, l'exploitation, la location et la maintenance de réseaux de communication d'entreprise (réseaux PABX et connexes) et de leurs matériels associés, ainsi que toute autre activité, notamment commerciale, industrielle, mobilière, immobilière, financière ou technique qui se rattache directement ou indirectement à cet objet, d'assurer la promotion de l'intérêt et la coopération de ses membres »*. A la fin de l'année 1994, il utilisait les services de 444 personnes, dont 284 fonctionnaires relevant de France Télécom et 260 agents salariés de la société FCR.

Ce GIE a été dissous postérieurement à la saisine. Dans un premier temps, au cours de l'année 1998, il a été remplacé par trois sociétés anonymes dénommées respectivement Expertel services, Expertel FM et Expertel consulting. Les deux premières ont fusionné en janvier 2000. La nouvelle entité résultant de cette fusion a été dénommée Expertel services & FM.

Expertel services & FM

Selon les informations recueillies au cours de l'instruction, l'activité d'ESFM, filiale à 100 % de France Télécom, est centrée sur des services destinés aux gestionnaires des services de télécommunications et aux utilisateurs de ces services (gestion centralisée, tableau de bord, assistance etc...). Succédant au GIE Expertel, elle intervient marginalement dans le secteur de la maintenance. Ses effectifs sont d'environ 400 personnes dont 164 fonctionnaires relevant de France Télécom. En l'an 2000, elle a réalisé un chiffre d'affaires d'environ 505 millions de francs (plus de 77 millions d'euros). Sa clientèle est composée de grandes entreprises et administrations, pour l'essentiel, localisées en Île-de-France.

Expertel consulting

L'activité d'Expertel consulting, filiale à 100 % de France Télécom, consiste à accompagner le développement des entreprises dans le cadre de missions de conseil dans les domaines des télécommunications, des nouvelles

technologies, de l'organisation interne et des relations avec la clientèle. Contrairement à d'autres cabinets de conseil, elle n'intervient ni dans le secteur du développement informatique ni dans celui de l'intégration.

Sa clientèle se répartit en deux catégories : celle des opérateurs en télécommunications et celle des autres entreprises et organismes publics. Sa cible de clientèle est celle des structures employant au moins 500 personnes, soit environ 3 000 entreprises privées et 1 000 organismes relevant du secteur public. Sur un effectif de 120 personnes, dont quelques fonctionnaires relevant de France Télécom, 100 sont des consultants. En l'an 2000, elle a réalisé un chiffre d'affaires de près de 100 millions de francs, soit environ 14 800 300 euros.

3. - Cofratel

Les origines du groupe Cofratel, spécialisé dans l'étude, la conception, la réalisation et la maintenance des systèmes de communication d'entreprise, remontent à 1927, date de création de la Compagnie française de téléphonie devenue Compagnie française de télécommunications. En 1994, la société FCR du groupe France Télécom, qui détenait déjà 34 % de son capital, a acquis la totalité des parts. A la même époque, le groupe Cofratel s'est rendu acquéreur du groupe Sogestel composé d'une soixantaine de sociétés téléphoniques. Cette dernière opération a été suivie d'une importante restructuration conduite en plusieurs étapes, la dernière consistant en l'absorption de toutes les sociétés par une entité dénommée Cofratel SA, filiale à 100 % du groupe France Télécom, dont l'activité d'installation-maintenance s'exerce au travers de six directions régionales et de 45 agences réparties sur tout le territoire. 1 400 personnes figurent dans ses effectifs dont le seul fonctionnaire, relevant de France Télécom, est le président directeur général. En l'an 2000, son chiffre d'affaires a atteint 1 039 043 103 F, soit un peu plus de 158 millions d'euros.

4. - La Fédération interprofessionnelle de la communication d'entreprise (FICOME)

La FICOME est une association régie par la loi du 1^{er} juillet 1901. Cette organisation, qui dispose de onze délégations régionales, comprend environ 300 sociétés et groupes adhérents sur le millier d'entreprises que compte la profession, pour un effectif de techniciens et ingénieurs évalué à 20 000.

Beaucoup de ces adhérents sont de petites entreprises mais la représentation des constructeurs (Alcatel, JS Télécom, Siemens, Matra etc...) y est également assurée, de même que celle de Cofratel.

■ C. - Les marchés

1. - Le secteur de l'ingénierie-conseil en télécommunications

L'activité d'ingénierie-conseil consiste généralement en une prestation d'analyse des besoins, de conception d'un projet et d'assistance au maître d'ouvrage pour le choix des fournisseurs et l'installation des équipements.

Compte tenu de ses caractéristiques, elle s'adresse à des structures d'une certaine importance. Il est possible de distinguer deux principaux types de clientèle : celle des opérateurs en télécommunications et celle des autres entreprises et organismes publics.

Selon les informations recueillies au cours de l'instruction, une centaine d'entreprises sont présentes dans le secteur. Parmi les plus importantes d'entre elles, on distingue des sociétés de conseil (Accenture, Cesmo, Solucom, Siticom) mais aussi des sociétés d'ingénierie en informatique.

L'instruction a également permis de constater qu'il n'existait pas de données précises sur l'activité du secteur et que la pluralité des activités exercées par certaines sociétés rendait extrêmement difficile la détermination des parts de marché des principaux intervenants. Selon le rapport d'enquête, en 1994, le GIE Expertel estimait sa part de marché à 10 % environ. La société Expert Consulting qui lui a succédé situe cette part entre 5 et 10 % pour le segment des entreprises et organismes publics, précisant que son activité auprès de sa maison-mère n'excède pas 5 % des besoins de cette dernière qui recourt largement aux services de cabinets extérieurs au groupe.

2. - Le secteur de l'installation-maintenance en télécommunications privées

Le champ d'activité des installateurs en télécommunications privées recouvre, d'une part, le placement et l'installation d'équipements et, d'autre part, la maintenance de ces équipements.

2.1. L'installation :

Le commutateur, système permettant d'assurer la liaison entre deux points d'un réseau, constitue l'élément de base d'une installation. Une première classification conduit à distinguer, d'une part, les microcommutateurs et, d'autre part, les autocommutateurs.

Les microcommutateurs ont une capacité en nombre de postes et de lignes limitée. Leur installation ne requiert pas l'intervention d'un professionnel du secteur. Ils ne sont guère susceptibles d'adaptation et ne nécessitent pas de maintenance. De ce fait, ils n'intéressent pas les installateurs, leur distribution étant principalement assurée par des grandes surfaces, notamment par les magasins spécialisés en bricolage.

Les autocommutateurs ou PABX (Private Automatic Branch Exchange), numériques ou analogiques, ont une capacité en nombre de lignes et de postes variable, pouvant atteindre plusieurs milliers de postes pour les modèles les plus performants. Différents équipements sont susceptibles d'y être raccordés : téléphones pour la voix, ordinateurs pour les données, vidéo pour les images, télécopieur et minitel pour les textes, permettant ainsi la réalisation de véritables réseaux de communication. L'installation peut être acquise ou louée. Dans ce dernier cas, le montant de la redevance correspond généralement à un pourcentage du prix du matériel installé. A la date de la saisine du Conseil, seuls les professionnels admis selon une procédure fixée à l'article R 20-23 du code des postes et télécommuni-

cations pouvaient procéder à leur mise en place et à leur maintenance. Cette procédure a été supprimée par l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 portant transposition de directives communautaires relatives aux télécommunications.

2.2. La maintenance :

Il est possible d'identifier deux types de maintenance :

- la maintenance préventive, qui s'exerce le plus souvent dans le cadre d'un contrat de durée variable, lequel prévoit la périodicité des visites à l'initiative du prestataire de services. Un contrat de ce type est généralement proposé lors de l'achat du matériel.
- la maintenance correctrice, soit dans le cadre du contrat de maintenance susmentionné, soit, plus rarement, à l'attachement. Ce type de maintenance se distingue du précédent en ce qu'il consiste à mettre fin, sur demande expresse du client, à un dysfonctionnement avéré. Dans la pratique, les contrats de maintenance prévoient généralement la réparation ou le remplacement des pièces endommagées, sous réserve d'une utilisation normale de l'installation.

Pour les équipements loués, le contrat d'entretien est en principe inclus dans le contrat de location. Les équipements achetés ne sont pas nécessairement entretenus par leur installateur. Ainsi, pour la société Cofratel, sur un parc de 35 000 PABX, 80 % ont donné lieu à la conclusion d'un contrat de maintenance à l'occasion de la vente, contrat qui a été renouvelé dans 70 % des cas environ.

Les tarifs pratiqués varient selon les entreprises. Selon le rapport annexé à la lettre de saisine, au moment de l'enquête, la redevance annuelle se situait généralement entre 6 et 10 % du coût de l'installation.

2.3. Les offreurs :

A la date de la saisine trois types d'acteurs intervenaient dans le secteur de l'installation maintenance :

- les sociétés liées aux constructeurs. C'est notamment le cas d'Alcatel, au travers de sa filiale Alcatel réseaux d'entreprise, et de Matra communication qui, postérieurement à la saisine du Conseil, ont été rachetées respectivement par Platinum Funds Holding et par Spie Batignolles. Leur activité s'exerce sur tout le territoire ;
- France Télécom qui intervient également sur tout le territoire au travers de ses agences commerciales et de ses centres techniques. Dans le cadre de son activité d'installation-maintenance, elle se trouve en concurrence directe avec sa filiale Cofratel. La société Expertel services & FM intervient marginalement pour assurer la maintenance de PABX mais elle ne procède à aucun placement ;
- les installateurs indépendants des constructeurs. En termes d'effectifs, ils sont majoritaires dans la profession. Toutefois, les entreprises sont le plus souvent de petite taille et leur activité cantonnée au niveau local. Il faut cependant relever que, derrière certaines d'entre elles, on découvre la présence de grands groupes tels que Vivendi, Lyonnaise des eaux, Eiffage. De

ce fait, le nombre d'installateurs réellement indépendants est fort réduit. Pour faire face à la concurrence et pouvoir offrir une gamme étendue de services, certains d'entre eux se sont regroupés au sein d'une association.

2.4. Les demandeurs :

Il est possible de distinguer trois types de clientèle :

- celle des entreprises dont les besoins sont divers et fonction, notamment, de leur importance, de la nature de l'activité et du nombre de sites sur lesquels elle est exercée. La demande s'étend de l'installation traditionnelle à la réalisation de réseaux de communication faisant appel à diverses technologies. Elle porte également sur la maintenance ;
- celle des administrations et organismes publics dont les besoins ne sont pas fondamentalement différents de ceux des entreprises mais dont la satisfaction peut être subordonnée au respect de procédures particulières (appels d'offres, notamment) ;
- celle des particuliers, pour laquelle l'activité d'installateur se limite généralement au raccordement et à la pose de prises téléphoniques. De ce fait, elle n'entre que pour une faible part dans la constitution du chiffre d'affaires des professionnels du secteur.

2.5. La détermination du marché pertinent :

Il a été indiqué précédemment que les installateurs interviennent dans le placement des autocommutateurs et des équipements annexes, soit dans le cadre d'une vente, soit dans celui de la location-entretien. Dès lors, la première question qui se pose est celle de savoir si la vente et la location-entretien constituent deux marchés distincts.

Dans sa décision n° 247/86 du 5 octobre 1988, Société alsacienne et lorraine de télécommunication et d'électronique (ALSATEL), la Cour européenne de justice a jugé que : *«s'agissant d'apprécier si l'entreprise a une puissance économique lui permettant de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective, on ne saurait isoler comme marché à prendre en considération celui de la location-entretien alors qu'il apparaît que les usagers ont le choix entre l'achat et la location-entretien (...)»* et elle a retenu l'existence d'un marché national des installations téléphoniques. En l'espèce, il ressort de l'instruction que les clients de France Télécom et de Cofratel ont également le choix entre ces deux formules qui sont également proposées par d'autres professionnels du secteur. De surcroît, selon les dépositions recueillies au cours de l'instruction, il n'existe pas de statistiques permettant d'apprécier la part respective de chacun de ces modes de placement. Il convient donc d'adopter la même solution.

Il a également été indiqué précédemment qu'une proposition de maintenance accompagne généralement une offre de vente. Le client conserve toutefois la possibilité de confier cette prestation à un autre installateur de son choix, soit dès l'acquisition du matériel, soit à l'expiration d'un contrat. L'exemple susmentionné de Cofratel démontre qu'il utilise cette possibilité. Dans la mesure où la vente et la maintenance ne sont pas substituables, la seconde question qui se pose est celle de l'existence d'un marché de la

maintenance. Toutefois, en l'absence de données précises sur l'activité de la profession, la détermination d'un tel marché n'apparaît pas possible.

Compte tenu de ce qui précède, le marché à prendre en considération est celui de l'installation-maintenance. Sur ce marché, il est également très difficile de connaître la position des différents intervenants. A partir des résultats d'une enquête, menée en 1994, par la Fédération interprofessionnelle d'entreprises (FICOME) auprès d'entreprises adhérentes ou non adhérentes, recoupés avec d'autres informations fournies par des constructeurs et par le groupe France Télécom, l'enquêteur de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a estimé la part du marché du groupe France Télécom à 12,8 % (5,2 % pour la SA France Télécom, 6,8 % pour Cofratel et 0,8 % pour Expertel), celle des constructeurs à 40 % et celle des installateurs indépendants à 47,1 %. Selon les déclarations du président directeur général de Cofratel, actuellement, la part du groupe France Télécom serait d'environ 20 %.

3. - Le secteur de l'exploitation-gestion

L'activité d'exploitation-gestion, totalement indépendante du choix des matériels et de leur placement, vise à fournir un ensemble de prestations à des entreprises dotées de réseaux complexes. Ces prestations portent notamment sur la gestion des configurations et des abonnés, sur l'observation du trafic et la gestion des coûts, sur l'assistance aux gestionnaires des systèmes de télécommunications et aux utilisateurs de ces systèmes. Les prestations peuvent encore concerner la sécurité et la protection des données.

Selon les informations recueillies au cours de l'instruction, les constructeurs disposant de réseaux de distribution (Alcatel et Matra, notamment) ainsi que certains installateurs privés interviennent sur ce marché, concurremment avec la société Expertel services & FM qui a succédé dans cette activité au GIE Expertel.

A la date de l'enquête susmentionnée, le directeur général du GIE Expertel avait estimé à moins de 1 % la part de marché de son groupement. Celui d'Expertel services & FM a indiqué que sa société prenait en charge 400 000 lignes sur un parc d'environ quatre millions, ce qui représente 4 % du marché.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

1. - Sur la prescription

Considérant qu'aux termes de l'article L. 462-7 du code de commerce : «*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, à leur cons-*

tation ou leur sanction» ; qu'en l'espèce, aucune mesure d'instruction satisfaisant aux exigences des dispositions précitées n'a été effectuée dans le délai de trois ans suivant la date du 7 mars 1997 à laquelle le complément de saisine a été enregistré au bureau de la procédure du Conseil de la concurrence ;

Considérant, toutefois, qu'il résulte d'une jurisprudence constante qu'une pratique continue ne commence à se prescrire qu'à la date à laquelle elle a pris fin (cass. Crim., 28 mars 1996) ;

Considérant que l'accord dénoncé par le ministre conclu entre France Télécom et la FICOME, concernant les travaux d'adaptation des installations existantes à la numérotation téléphonique à dix chiffres entrée en vigueur le 18 octobre 1996, ne saurait être assimilé à une pratique continue par nature ; qu'aucun élément du dossier ne permet d'établir qu'il serait demeuré en vigueur jusqu'à une date non prescrite ; que, dans ces conditions, le Conseil ne peut examiner ces faits ;

Considérant, en revanche, que les autres pratiques, dénoncées par le ministre, consistant pour les filiales de France Télécom à utiliser le logo et l'enseigne de leur maison-mère et à bénéficier directement ou indirectement des services de personnels en relevant, étaient susceptibles de présenter un caractère continu ; que les mesures d'instruction, auxquelles il a été procédé, ont révélé que les sociétés Expertel services & FM et Expertel consulting, qui ont succédé au groupement d'intérêt économique Expertel ainsi que la société Cofratel, continuaient de bénéficier de la mise à disposition ou du détachement de fonctionnaires relevant de la SA France-Técom ; qu'à défaut pour cette dernière d'avoir répondu, en dépit de la lettre de rappel qui lui avait été adressée le 20 février 2002 et dont elle a accusé réception le 25 février suivant, à la demande qui lui avait été faite concernant la cessation éventuelle de la pratique consistant à orienter gratuitement vers Cofratel les demandes d'installation d'autocommutateurs d'une capacité supérieure à cinquante postes, ladite pratique doit être regardée comme étant toujours en vigueur ; que, dès lors, il y a lieu pour le Conseil d'examiner ces pratiques ;

2. - Sur les pratiques

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-6 du code de commerce : *«Lorsqu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, 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»* ;

Considérant qu'en vertu de l'article L. 420-2 du code de commerce, est prohibée, dans les conditions prévues à l'article L. 420-1, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprises d'une position dominante sur le marché intérieur ou une partie substantielle de celui-ci ;

Considérant que le GIE Expertel avait été constitué par l'exploitant public France Télécom et par une de ses filiales, la société FCR ; que les sociétés qui ont succédé à ce groupement ainsi que la société Cofratel constituent

des filiales à 100 % de la SA France Télécom ; que l'ensemble constitue un groupement d'entreprises au sens des dispositions de l'article L. 420-2 susmentionné ; que si le groupe France Télécom occupe une place modeste sur les marchés de l'ingénierie-conseil en télécommunications, de l'installation-maintenance et de l'exploitation-gestion des télécommunications, il est constant qu'à la date de la saisine, il exerçait un monopole légal sur le marché des télécommunications et qu'il se trouve à l'heure actuelle, compte tenu du caractère récent de l'ouverture du marché à la concurrence, toujours en position dominante sur ce marché ;

Considérant qu'il est licite, pour une entreprise publique qui dispose d'une position dominante sur un marché en vertu d'un monopole légal, d'exercer une activité ou d'entrer sur un ou des marchés relevant de secteurs concurrentiels, à condition qu'elle n'abuse pas de sa position dominante pour restreindre ou tenter de restreindre l'accès au marché pour ses concurrents en recourant à des moyens autres que ceux qui relèvent d'une concurrence par les mérites ; qu'ainsi, une entreprise publique disposant d'un monopole légal qui utilise les ressources de son activité monopolistique pour subventionner une nouvelle activité ne méconnaît pas, de ce seul fait, les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant que le Conseil, dans son avis n° 94-A-15, en date du 10 mai 1994, relatif à une demande d'avis sur les questions soulevées par les diversifications d'activités d'EDF et de GDF au regard de la concurrence, a relevé que, dans le cas où un éventuel déficit structurel des activités de diversification serait indéfiniment compensé par les résultats positifs tirés de l'activité du monopole, *«un tel cas de figure conduirait au maintien sur le marché d'une offre artificiellement compétitive qui sinon disparaîtrait»* et que *«la permanence de cette offre rétroagirait, en outre, sur le fonctionnement concurrentiel du marché»* ; qu'il a encore observé, dans ce même avis, que ces mécanismes de subventions croisées *«constituent des facteurs de distorsion de concurrence parce qu'en subventionnant des activités de diversification, ils reviennent à consentir aux filiales des avantages appréciables par rapport aux concurrents. A long terme, de telles pratiques risquent d'éliminer du marché tous les acteurs économiques ne bénéficiant pas de conditions analogues»* ;

Considérant que, dans sa décision n° 00-D-47 du 22 novembre 2000, le Conseil de la concurrence a précisé *«qu'est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal (...) d'utiliser tout ou partie de l'excédent des ressources que lui procure son activité sous monopole pour subventionner une offre présentée sur un marché concurrentiel lorsque la subvention est utilisée pour pratiquer des prix prédateurs ou lorsqu'elle a conditionné une pratique commerciale qui, sans être prédatrice, a entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle (...) ; qu'ainsi, une subvention croisée peut à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son importance, avoir un effet potentiel sur le marché»* ;

Considérant que, dans sa décision n° 00-D-57 du 6 décembre 2000 se référant à la décision susmentionnée du 22 novembre précédent, le Conseil a précisé : *«la mise à disposition de moyens tirés d'une activité réalisée*

sous monopole légal pour le développement d'activités relevant du champ concurrentiel est susceptible d'être qualifiée au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce si deux conditions cumulatives sont réunies :

- *Il faut, en premier lieu, que la mise à disposition de moyens puisse être qualifiée de «subvention», c'est à dire qu'elle ne donne pas lieu, de la part de l'activité qui en bénéficie, à des contreparties financières reflétant la réalité des coûts ;*
- *Il faut, en second lieu, que l'appui ainsi apporté présente un caractère anormal ;»*

En ce qui concerne les mises à disposition et détachement

Considérant que si les sociétés Cofratel, Expertel consulting et Expertel services & FM bénéficient des services de personnels de France Télécom mis à disposition ou détachés auprès d'elles, il résulte de l'instruction que ces mises à disposition et détachement ont été réalisés moyennant des contreparties financières effectives ; que l'enquêteur a relevé qu'outre les rémunérations et cotisations sociales correspondantes, ces contreparties pouvaient intégrer des avantages en nature tels que des loyers ou des frais de documentation ; que les documents produits lors des auditions auxquelles le rapporteur a procédé révèlent également qu'en sus des charges susmentionnées, France Télécom prélève des frais de gestion des dossiers des fonctionnaires concernés ; qu'il n'est nullement établi que ces contreparties financières seraient insuffisantes ; que la seule circonstance que le nombre de fonctionnaires mis à disposition ou détachés est important, ne saurait, à elle seule, être constitutive d'une pratique prohibée au regard du droit de la concurrence ; que, dans ces conditions, les mises à disposition et détachements accordés par France Télécom au bénéfice de ses filiales susmentionnées ne sont pas susceptibles de relever du champ d'application de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

En ce qui concerne l'orientation gratuite de clientèle vers Cofratel

Considérant qu'au cours de l'année 1994, France Télécom a inscrit dans le catalogue de ses produits une gamme d'autocommutateurs (PABX) visant à permettre aux agences commerciales de répondre aux demandes de clients portant sur une configuration inférieure à cinquante postes ; que le mode de traitement des demandes concernant des installations d'une capacité plus importante a été précisé par une directive du 26 décembre 1994 aux termes de laquelle : «*PABX hors catalogue- En l'absence de demande écrite ou d'appel d'offres du client auprès de France Télécom, et pour répondre à une simple demande d'informations des clients, les directions régionales fourniront aux clients une liste des installateurs admis. Pour répondre à une demande écrite ou à un appel d'offres d'un client sur les PABX hors catalogue et dans le cas où il ne concerne que l'installation maintenance (cf. annexe 1) FT Grands comptes et les directions régionales renverront les demandes des clients du marché entreprise vers Cofratel (...)*» ; qu'il ressort du rapport établi à l'issue de l'enquête administrative diligentée par l'administration préalablement à la saisine du Conseil de la concurrence qu'aucune contrepartie financière n'a été prévue pour cette orientation de clientèle ; qu'un tel concours est assimilable à une subvention au sens des dispositions précitées ;

Considérant qu'il ressort de pièces annexées à la lettre de saisine que, lors de différents appels d'offres, la société Cofratel n'était pas la moins-disante et que les taux de redevance prévus par les contrats de maintenance proposés correspondaient à ceux habituellement pratiqués par la profession ; que si, pour la vente d'un téléphone, un prix anormalement bas a été relevé, il résulte de l'instruction qu'il s'agissait d'une erreur sur le montant de la remise accordée par le constructeur et que le prix de l'installation complète n'encourait pas la même remarque ; que l'enquêteur a, par ailleurs, noté qu'aucun exemple d'offre calculée avec une marge négative sur les coûts opérationnels n'avait été relevé à l'encontre de Cofratel ; que si, aux termes de son enquête effectuée en 1995, il a mentionné que la rentabilité économique de la société était d'un faible niveau, il a également pris soin de préciser que les entreprises concurrentes se trouvaient dans la même situation ; qu'ainsi, il n'est pas établi que l'assistance commerciale apportée par France Télécom ait permis à Cofratel de mettre en œuvre des pratiques prédatrices ;

Considérant encore que si, selon ce même rapport, l'application de la directive susmentionnée a permis l'obtention de deux marchés pour la vente de deux installations aux prix respectifs de 192 000 F et 89 960 F et le placement des contrats d'entretien correspondants moyennant le versement d'une redevance annuelle de 15 969 F et 8 119 F, l'enquêteur a aussi relevé qu'il n'était pas établi que l'initiative émanait d'un agent de France Télécom ; qu'aucun élément du dossier n'est de nature à établir que, depuis 1995, d'autres contrats auraient été conclus selon la même procédure, dont le nouveau président du conseil d'administration de Cofratel a d'ailleurs déclaré ignorer l'existence ; que, dans ces conditions, et compte tenu de la part détenue par France Télécom sur le marché de l'installation-maintenance, la pratique en cause ne saurait être regardée comme ayant entraîné une perturbation importante ou durable du marché ; qu'elle n'est donc pas contraire aux dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

En ce qui concerne l'utilisation de l'enseigne et du logo

Considérant que, lors de leur audition par le rapporteur, les représentants des filiales de France Télécom mises en cause ont justifié l'utilisation de l'enseigne et/ou du logo de leur maison-mère par un souci de transparence vis à vis de la clientèle ;

Considérant que le groupe France Télécom ne compte pas moins de deux cents sociétés dont certaines peuvent se trouver en concurrence ; que l'existence d'un logo commun ou d'une enseigne commune est de nature à assurer la transparence vis à vis de la clientèle ; que dès lors, l'usage du logo de la maison-mère ou l'indication de l'appartenance au groupe France Télécom n'est pas, à elle seule, susceptible de constituer une pratique relevant du champ d'application de l'article L. 420-2 du code de commerce ; que, par ailleurs, l'instruction n'a pas établi que, dans leur politique de communication, les sociétés mises en cause se seraient prévaluées abusivement d'avantages liés aux monopoles de droit ou de fait détenus par leur maison-mère ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède qu'aucune pratique anticoncurrentielle commise en période non prescrite et ayant fait

l'objet d'un grief notifié n'ayant été établie, il convient 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 oral de Mme Palud par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente et M. Nasse, vice-président.

Pour le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-64

Décision n°02-D-64 du 23 octobre 2002 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires de la société Speed rabbit pizza à l'encontre des sociétés Neptune, Domino's pizza France, RM Master et Télépizza France

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu la lettre du 15 mai 2002, enregistrée sous le numéro 02/0049 F, par laquelle la société Speed rabbit pizza a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Neptune, Domino's pizza France, RM Master et Télépizza France ;

Vu la lettre du 27 mai 2002, enregistrée sous le numéro 02/0053 M, par laquelle la société Speed rabbit pizza demande au Conseil de prendre des mesures conservatoires visant à mettre fin aux comportements qu'elle dénonce dans sa saisine ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement, les sociétés Speed rabbit pizza, Domino's pizza France et RM Master ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Speed rabbit pizza, Neptune, Domino's pizza France et RM Master entendus lors de la séance du 25 septembre 2002 ;

Considérant que la société Speed rabbit pizza expose que les sociétés Neptune, Domino's pizza France, RM Master et Télépizza France offrent une pizza gratuite pour toute pizza commandée et livrée à domicile et pratiquent, de ce fait, des prix de vente abusivement bas aux consommateurs ; que cette offre fait l'objet de tracts publicitaires distribués à domicile et qu'une telle pratique relève d'une stratégie d'élimination des concurrents sur le marché de la livraison des pizzas à domicile ;

Décisions / 02-D-64

849

Sur les entreprises mises en cause

Considérant, en ce qui concerne les offres promotionnelles faites à Rennes par deux magasins à l'enseigne Domino's pizza, que ces magasins sont exploités en franchise par la société Neptune ; que la société Domino's pizza ; franchiseur, était jusqu'au 1^{er} janvier 2002 l'unique actionnaire de la société Neptune ;

Considérant, en ce qui concerne les offres promotionnelles faites par le magasin à l'enseigne Télépizza situé rue Saint-Dominique à Paris, que ce magasin est la propriété de la société RM Master ; que la société Télépizza France est une centrale d'approvisionnement des magasins à l'enseigne Télépizza et ne possède pas de magasins en propre ;

■ Sur la saisine au fond

Considérant qu'aux termes de l'article L. 462-8 du code de commerce, le Conseil de la concurrence *«peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants»* ;

Considérant que l'article L. 420-5 du code de commerce 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.....»* ; qu'il en résulte que la qualification de prix abusivement bas, au titre dudit article, demande que deux conditions soient réunies ; qu'il est nécessaire, en premier lieu, que le niveau du prix proposé soit insuffisant au regard des coûts de production, de transformation et de commercialisation ; qu'il faut aussi, en second lieu, que le prix pratiqué ou bien traduise une volonté d'éviction ou bien comporte une potentialité d'éviction du concurrent ou d'un produit du concurrent ;

■ Sur la condition tenant à l'insuffisance du prix au regard des coûts

Considérant que la saisissante considère que le fait que ses concurrents vendent deux pizzas pour le prix d'une en livraison, aboutit à un prix *«manifestement»* abusivement bas car un tel prix ne couvrirait pas le coût de production, de transformation et de distribution des deux pizzas ; qu'elle inclut dans ces coûts la matière première, le coût de livraison, les salaires, le loyer ; qu'elle indique que la confection et la livraison de deux pizzas reviendraient ainsi à 15,24 euros HT alors que les pizzas sont vendues, selon les *«modèles»*, entre 11 et 15 euros chez ses deux concurrents ;

Considérant qu'il convient de vérifier, sur la base des éléments comptables propres à chaque entreprise, si les prix de vente pratiqués pour la livraison de deux pizzas au prix d'une seule sont effectivement inférieurs aux coûts de production, de transformation et de commercialisation de deux pizzas ;

Considérant, en ce qui concerne les coûts susceptibles de servir de référence, que le Conseil a indiqué, dans son avis n° 96-A-05 du 2 mai 1996, relatif à une

demande d'avis portant sur certaines questions de concurrence soulevées par des dispositions du projet de loi sur la loyauté et l'équilibre des relations commerciales, que : *«Les dispositions envisagées qui définissent le prix abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation s'inscrivent dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire et nationale sur les prix de prédation»* ; que le prix de prédation correspond au cas d'une entreprise en position dominante ; que le Conseil a rappelé, dans ce même avis, la définition du prix prédateur telle qu'elle a été donnée par la Cour de justice des communautés européennes dans l'arrêt AKZO du 3 juillet 1991 : *«- des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (...) 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 (...) puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (...) 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»* ;

Considérant, en outre, que le Conseil, dans son avis n° 97-A-18 du 8 juillet 1997 relatif à une demande d'avis concernant l'application de l'article 10-1 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenu l'article L. 420-5 du code de commerce) au secteur du disque, a énoncé que : *«En tout état de cause seront pris en considération les coûts variables qui permettent de présumer un effet d'éviction ; la référence aux coûts moyens totaux ne peut être effectuée que si la pratique de prix bas est accompagnée d'indices suffisamment sérieux, probants et concordants d'une volonté délibérée de capter la clientèle au détriment du concurrent. Cette volonté peut résulter des conditions dans lesquelles la pratique a été mise en œuvre, notamment lorsqu'elle relève d'un comportement qui s'écarte de la politique commerciale habituelle du distributeur et/ou parce qu'elle est clairement dirigée contre un concurrent»* ;

Considérant qu'il résulte des références ainsi rappelées que, dans l'hypothèse où une entreprise aurait pratiqué un prix de vente qui serait inférieur aux coûts variables, la preuve de la volonté d'éviction résulte de plein droit de la mise en œuvre de cette pratique si l'entreprise est en position dominante, comme c'est le cas dans les circonstances de l'arrêt AKZO ; mais que si l'entreprise n'est pas en position dominante, comme c'est le cas envisagé dans l'avis n° 97-A-18 relatif aux prix abusivement bas, cette pratique constitue une présomption simple ou indice de sa volonté d'éviction, qui doit être complétée par d'autres indices pour établir l'existence d'une telle volonté ; que, dans ce dernier cas, il convient alors d'examiner si la démonstration de la volonté d'éviction ou de la potentialité d'éviction, exigée par le texte de l'article L. 420-5, résulte de l'ensemble des éléments figurant au dossier ;

Considérant que la nature fixe ou variable des coûts recensés doit, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice des communautés euro-

péennes, être appréciée au regard des circonstances de l'espèce ; qu'en effet, dans l'arrêt AKZO, déjà cité, la Cour a précisé notamment : *«il convient donc d'examiner si les frais de main-d'œuvre ont, en l'espèce, varié en fonction des quantités produites... dans ces conditions, il y a lieu de retenir que les coûts variables sont ceux qui figurent dans les documents que cette entreprise a soumis à la Cour»* ; que, dans sa décision n° 94-MC-10 du 14 septembre 1994 concernant le secteur du béton prêt à l'emploi dans le département du Var, le Conseil a défini le coût moyen variable de production à partir de la comptabilité analytique établie mensuellement par chacune des entreprises ; qu'il résulte des deux décisions précitées qu'il convient de déterminer, en se fondant sur la comptabilité particulière du distributeur, les coûts dont l'évolution est liée au développement des ventes et qui constituent les coûts variables ;

Considérant que la société RM Master a communiqué les comptes de résultat mensuels de janvier à mai 2002 du magasin de la rue Saint-Dominique à Paris ; qu'il ressort de ces comptes que, pour le mois de mai 2002 qui est celui pendant lequel la publicité incriminée a pu produire ses effets, le chiffre d'affaires de 33 734,46 euros a couvert l'ensemble des coûts fixes et variables (29 074,65 euros) avec un résultat d'exploitation positif de 13,8 % du chiffre d'affaires ; que les coûts de l'activité ventes en livraison ne font pas l'objet d'une comptabilisation séparée mais que l'affectation de l'ensemble des coûts à cette activité au prorata de sa part dans le total des ventes, soit 67,6 % en mai 2002, permet de les évaluer à 20 235,95 euros ($29\,074,65 \times 0,676$) pour un chiffre d'affaires correspondant de 22 816,90 euros ; qu'il apparaît ainsi que les coûts totaux de production, de transformation et de commercialisation de ces pizzas sont couverts ; que l'une des deux conditions cumulativement requises par l'article L. 420-5 du code de commerce pour caractériser un prix abusivement bas, n'est donc pas remplie en ce qui concerne l'offre publicitaire de la société RM Master visant à proposer deux pizzas livrées pour le prix d'une seule ;

Considérant que la société Domino's pizza a communiqué, par rapport au prix moyen d'une commande, exprimé en base 100, la répartition des coûts correspondants, d'une part, pour une commande comprenant une pizza livrée, d'autre part pour une commande comprenant deux pizzas livrées ; que ces estimations font apparaître une marge de 30,96 % pour une commande comprenant une pizza et de 28,62 % pour celle comprenant deux pizzas ; que le représentant de la société saisissante conteste, toutefois, ces estimations et soutient que le coût en matières premières pour une commande d'une pizza représentant 27 % du total, le coût en matières premières pour une commande de deux pizzas doit donc être estimé à 54 %, et non à 29,38 % comme l'indique inexactement le tableau produit ;

Mais, considérant que la première colonne de ce tableau, qui s'intitule *«commande normale : base 100 moyenne nationale»*, correspond, comme l'a confirmé le représentant de la société Domino's pizza en séance, à une commande moyenne livrée comprenant, non seulement une ou plusieurs pizzas, mais aussi d'autres produits tels que salades, ailes de poulet, boissons, crèmes glacées ou autres desserts, non concernés par la promotion en cause ; que, selon ces estimations, la matière première représente 27 % du prix de

vente d'une commande moyenne incluant une pizza, les salaires, 32 %, les frais de livraison (soit les coûts liés au véhicule et à son entretien), 0,5 %, les royalties, 5,5 % et la publicité, 4 % ; que, selon les indications contenues dans la seconde colonne du tableau, le seul poste de coût qui varie du fait de la livraison d'une pizza supplémentaire est la matière première, dont la part dans le prix de vente de la commande passe alors de 27 à 29,38 % ; que cette variation ne paraît pas manifestement sous-évaluée compte tenu du faible coût en matières premières d'une pizza, qui peut être estimé, selon les indications données par Domino's pizza, à 1,91 euro pour un prix de vente moyen de 16,25 euros ; qu'il est constant que la livraison d'une pizza supplémentaire par le même livreur n'entraîne pas de supplément en coûts salariaux et en frais de livraison ; qu'il peut donc être retenu que les coûts variant avec l'inclusion d'une pizza gratuite dans la commande soit ceux de la matière première, s'élèvent à 29,38 % du prix de cette commande ; qu'en ajoutant les autres coûts variant avec le chiffre d'affaires d'un magasin, soit les salaires, les frais de livraison, ainsi que les coûts liés aux royalties et la publicité, les coûts variables s'élèvent à 71,38 % du prix de vente d'une commande moyenne comprenant une pizza gratuite pour une payée, soit une marge après coûts variables de 28,62 % ;

Considérant que Domino's pizza indique que les frais fixes représentent en moyenne 72 676 euros par point de vente ; que, compte tenu de la marge après coûts variables retenue ci-dessus, soit 28,62 centimes pour un euro de chiffre d'affaires, le chiffre d'affaires total doit atteindre au moins 253 934 euros (soit 72 676 euros divisés par 0,2862 cts) pour couvrir 72 676 euros de frais fixes ; que les chiffres d'affaires communiqués pour les magasins Neptune de Rennes (420 017 euros) et Cesson-Sévigné (476 300 euros) vérifient cette condition ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'une des deux conditions cumulativement requises par l'article L. 420-5 du code de commerce pour caractériser un prix abusivement bas, à savoir l'insuffisance du niveau de prix par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation des pizzas livrées, n'est pas non plus remplie en ce qui concerne l'offre publicitaire des deux magasins de Rennes visant à proposer deux pizzas livrées pour le prix d'une seule ;

■ Sur la condition tenant à l'éviction du marché

Considérant que l'existence d'un niveau de prix insuffisant par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, serait-elle établie, ne suffit pas à justifier l'application de l'article L. 420-5 du code de commerce, laquelle suppose encore qu'il soit démontré que cette pratique a pour objet ou est susceptible d'avoir pour effet d'évincer du marché l'entreprise qui prétend en être victime ou l'un de ses produits ; que l'examen de cette seconde condition, auquel il est procédé à titre surabondant, conduit à écarter, de ce chef également, l'application du texte susvisé ;

a) Sur l'objet de la pratique

Considérant, en effet, qu'en l'espèce, aucun élément du dossier ne permet de penser que l'offre de deux pizzas livrées pour le prix d'une, faite par les magasins à enseigne Domino's pizza et Télépizza responsables des publicités incriminées, aurait eu pour objet d'évincer du marché l'entreprise plaignante ;

b) Sur la constatation d'un effet d'éviction ou de la potentialité d'un tel effet

En ce qui concerne l'importance respective des entreprises en cause

Considérant que le Conseil, dans l'avis précité n° 97-A-18 du 8 juillet 1997, a indiqué que l'appréciation d'un effet d'éviction au titre de l'article L. 420-5 du code de commerce doit tenir compte du rapport de force entre les opérateurs concernés au regard de leur part du marché, de leurs capacités financières, de leur force commerciale respective et de leur structure d'activité, la pratique de prix bas n'étant susceptible d'avoir un tel effet que si elle est mise en œuvre par un opérateur dont les moyens ainsi définis sont suffisamment importants, alors qu'à l'inverse, celui qui se prétend victime de la pratique ne dispose pas de moyens lui permettant d'y résister ;

Considérant que la société Neptune est propriétaire de deux magasins situés l'un à Rennes, l'autre à Cesson Sévigné dans la périphérie est de Rennes ; que son chiffre d'affaires s'est élevé en 2001 à 896 317 euros ; que, pour sa part, la société RM Master est propriétaire de 5 magasins à l'enseigne Télépizza dont celui de Paris concerné par la publicité dénoncée ; que, par ailleurs, il existe 13 magasins à cette enseigne appartenant à des franchisés, soit, pour l'ensemble du territoire national, 18 magasins à cette enseigne ;

Considérant que l'enseigne Speed rabbit pizza se présente dans sa saisine comme le numéro 2 de la livraison de pizzas à domicile, en France, et détient, à Rennes et dans sa périphérie immédiate, quatre magasins ; que, dans Paris intra-muros, elle dispose de 15 magasins, dont cinq situés à moins de quatre kilomètres du magasin Télépizza de la rue Saint-Dominique et, qu'en France métropolitaine, elle totalise 64 magasins ; que le chiffre d'affaires des magasins de Rennes et de Paris ne peut être déterminé, la saisissante s'étant refusée à communiquer des données individualisées par magasin ; que le chiffre d'affaires global des magasins à l'enseigne Speed rabbit pizza s'est élevé, en 2001, à 22 364 160 euros soit 25 fois celui des magasins de la société Neptune ; que le chiffre d'affaires des magasins appartenant en propre à la société Speed rabbit pizza a atteint, en 2001, 3 035 140 euros, soit 3,38 fois celui de la société Neptune ;

Considérant, au surplus, que les données disponibles relatives au secteur de la livraison de pizzas en France, pour l'année 2000, permettent de relever que l'enseigne Speed rabbit pizza se situait alors au troisième rang avec un chiffre d'affaires de 18,8 millions d'euros pour 61 magasins, devancée par Pizza hut avec 83,1 millions d'euros et La Boîte à pizzas avec 19,8 millions

d'euros ; que les magasins à l'enseigne Domino's pizza totalisaient alors un chiffre d'affaires de 15,2 millions d'euros pour 31 magasins et ceux à l'enseigne Télépizza, 4,6 millions d'euros pour 30 magasins ;

En ce qui concerne l'impact potentiel des comportements dénoncés

Considérant que le Conseil, dans l'avis précité n° 97-A-18, a indiqué que l'appréciation d'un effet d'éviction au titre de l'article L. 420-5 du code de commerce doit également tenir compte de la permanence et de l'étendue de la pratique ;

Considérant, en premier lieu, que les zones de chalandise couvertes par les magasins de livraison de pizzas sont restreintes ; qu'en effet, selon la densité d'urbanisation et les facilités de circulation, et compte tenu de l'engagement de respecter un délai de 30 minutes entre la passation de la commande et sa livraison et de la nécessité de livrer un plat encore chaud, la zone de livraison autour de chaque magasin varie entre 3 et 5 kilomètres selon les représentants des enseignes Télépizza et Domino's pizza, entre 4 et 7,5 kilomètres selon la société Speed rabbit pizza ; qu'il s'ensuit que les publicités incriminées sont susceptibles d'affecter la capacité concurrentielle des seuls magasins concurrents situés dans cette zone limitée ;

Considérant, en deuxième lieu, que la publicité des deux magasins Domino's pizza de Rennes a couvert la période allant du 1^{er} avril au 12 mai 2002 ; que les chiffres d'affaires hebdomadaires de ces magasins sur cette période, compris entre 10 000 et 13 700 euros, sont voisins des chiffres d'affaires hebdomadaires constatés dans les 6 semaines précédant et les 6 semaines suivant ladite période ; que, de même, le pourcentage des ventes en livraison par rapport aux ventes à emporter n'a pas connu de variations significatives et reste proche de la moyenne constatée sur l'ensemble des 18 semaines considérées ; que la société Speed rabbit pizza a refusé de communiquer les chiffres d'affaires hebdomadaires des magasins à son enseigne situés dans les zones de chalandises des magasins concurrents de Rennes dont elle dénonce le comportement, rendant ainsi toute comparaison impossible ;

Considérant, en troisième lieu, qu'en ce qui concerne le magasin à l'enseigne Télépizza sis rue Saint-Dominique à Paris, son offre ne concernait que les livraisons effectuées les lundis et mardis, jours des ventes les plus faibles, comme l'indiquent les données communiquées tant par la société Domino's pizza que par la société Speed rabbit pizza ; que cette offre était limitée à 1 mois, prenant fin au 31 mai 2002, et avait pour but de combler le déficit de clientèle constaté ; que les magasins à l'enseigne Speed rabbit pizza qui se trouvent dans un rayon de 4 kilomètres du magasin Télépizza sont ceux de la rue de Vaugirard, de la rue Lecourbe, de l'avenue Kleber, de l'avenue du Maine et du boulevard du Montparnasse ; que la société Speed rabbit pizza a communiqué les chiffres d'affaires journaliers et hebdomadaires, pour la période du 1^{er} janvier au 2 juin 2002, des magasins Vaugirard, Lecourbe et Kleber ; que, sur la période couverte par la publicité Télépizza, le chiffre d'affaires de ces magasins est équivalent, voire supérieur, à celui relevé sur d'autres semaines ; que le même constat peut être fait lorsque seuls sont retenus les chiffres d'affaires réalisés les lundis et mardis ; qu'au surplus, le

compte de résultat relatif aux magasins parisiens détenus par la société Speed rabbit pizza fait apparaître un résultat bénéficiaire de 42 447 euros pour l'exercice 2001, et de 37 766 euros à la date du 31 mai 2002 ;

Considérant, ainsi, qu'il n'existe au dossier aucun élément pouvant laisser penser que les offres promotionnelles dénoncées dans la saisine auraient eu ou auraient pu avoir un effet d'éviction à l'encontre de la société Speed rabbit pizza ;

c) Sur le comportement de la société Speed rabbit pizza et des autres enseignes du secteur

Considérant, enfin, que les sociétés Domino's pizza et RM Master ont versé au dossier des tracts publicitaires montrant que des magasins à l'enseigne Speed rabbit pizza ont également pratiqué des offres promotionnelles portant sur une pizza gratuite pour une pizza livrée ; que 14 magasins de Paris ont fait une telle offre, pour le lundi, au mois de décembre 2001 ; que deux magasins à Strasbourg l'ont proposée, du lundi au vendredi, jusqu'au 30 juin 2002 ; que les quatre magasins de Rennes l'ont proposée, du lundi au jeudi, jusqu'au 1^{er} mars 2002 ; que, de la même façon, d'autres enseignes font régulièrement de telles offres soit limitées à certains jours de la semaine soit 7 jours sur 7, les publicités communiquées concernant les enseignes suivantes : La Boîte à pizzas à Mulhouse, Pizza hut à Nantes, Pizza time à Rennes, Pizza drive à Amiens, Pizza Sprint dans neuf magasins de la région Bretagne dont deux à Rennes, Pizza à Gogo à Boulogne-Billancourt, Vaparetto à Levallois-Perret ;

Considérant que le représentant de la société RM Master a signalé, lors de son audition par le rapporteur, qu'à sa connaissance «*c'est Speed rabbit pizza qui, la première, a fait des offres commerciales agressives en venant sur le terrain de l'offre d'une gratuite pour une achetée en vente à emporter, ceci 7 jours sur 7, et en permanence, il me semble à partir de 1997, notamment pour concurrencer le leader du marché Pizza hut. Celui-ci a réagi en faisant la même offre d'abord du lundi au jeudi, puis 7J/7 à partir de janvier/février 2002. Les petits réseaux tels que le nôtre, face aux deux leaders, Pizza hut et Speed rabbit n'ont pu que s'aligner sur ce type d'offres.*» ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que les faits dénoncés, tels qu'ils ont été soumis à l'appréciation du Conseil, ne peuvent être considérés comme des indices suffisamment probants de l'existence de pratiques prohibées par l'article L. 420-5 du code de commerce ; qu'en application des dispositions de l'article L. 462-8 du même code, il y a donc lieu de rejeter la saisine au fond et, par voie de conséquence, la demande de mesures conservatoires ;

Décide

Article 1^{er} : La saisine au fond enregistrée sous le numéro 02/0049 F est rejetée.

Article 2 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0053 M est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M. Komiha, par M^{me} Pasturel, vice présidente,
présidant la séance, M^{me} Perrot, MM. Gauron, Piot et Ripotot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La vice-présidente, présidant la séance,
Micheline Pasturel

Décisions / 02-D-64

857

02-D-65

Décision n°02-D-65 du 28 octobre 2002 relative à la saisine de la société LMCA contre des pratiques d'EDF

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu les lettres enregistrées les 10 et 24 février 1997, sous le numéro F 939, par lesquelles la société «*Les matériaux composites appliqués*» (ci-après LMCA) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques d'EDF dans le secteur de l'entretien des centrales nucléaires ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et le représentant de la société LMCA entendus au cours de la séance du 9 juillet 2002 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs ci-après exposés :

858

I. - Constatations

■ A. - Le cadre juridique des procédures d'achat d'EDF pour l'entretien des centrales nucléaires

EDF est soumis à la réglementation générale concernant les installations industrielles, notamment celle concernant la sécurité incendie, à laquelle s'ajoute la réglementation particulière à la sûreté nucléaire pour les centrales nucléaires dont cet établissement public a la charge.

1. - La réglementation relative à la sécurité incendie des installations industrielles

L'arrêté du 21 avril 1983 relatif à la détermination du degré de résistance au feu des éléments de construction et conditions particulières d'essais des ventilateurs de désenfumage a pour objet de fixer les méthodes conduisant

à la détermination des degrés de résistance au feu des éléments de construction. Le texte indique que les dossiers de classement sont satisfaits par des laboratoires agréés et détermine les degrés de classement ainsi que les critères d'obtention.

L'article 17 de l'arrêté susvisé précise : *«Selon les fonctions particulières et le rôle qu'est appelé à jouer au cours d'un incendie un élément de construction, son classement peut relever de trois catégories prévues à l'article 11 :*

(...) 2 - Classement «pare-flammes» de l'élément pour lequel sont requis les critères de résistance mécanique, d'étanchéité aux flammes et aux gaz chauds ou inflammables,

3 - Classement «coupe-feu» de l'élément pour lequel sont requis les critères de résistance mécanique, d'étanchéité aux flammes et aux gaz chauds ou inflammables et d'isolation thermique.

L'annexe IV du même arrêté concerne particulièrement les portes et fermetures. Elle fixe dans son article 3 les conditions de réalisation des essais :

«D'une manière générale, l'essai doit être exécuté sur des ensembles en grandeur réelle, complets en ordre de fonctionnement, munis de leurs organes de manœuvre, tel qu'il est prévu de les utiliser dans la pratique.

L'ensemble doit être expérimenté dans un mur du type de celui dans lequel il est destiné à être utilisé, en particulier lorsqu'il constitue un élément de système préfabriqué ou industrialisé (...).».

L'article 5 de l'annexe V de l'arrêté du 21 avril 1983 traite de la conduite des essais, notamment des manœuvres préalables aux essais feu :

«Préalablement à l'essai de résistance au feu, les éléments ci-après doivent faire l'objet des manœuvres également indiquées ci-après :

§1 : Portes battantes... : 2 000 cycles d'ouvertures-fermetures de l'élément».

Ces cycles ont été portés à 400 000 par le Règlement de la conception et de construction-incendie (RCC-Incendie) de 1987 propre à EDF.

2. - La réglementation relative à la sûreté nucléaire

La direction régionale de l'industrie, de la recherche et de l'environnement (DRIRE) a expliqué : *«Les textes qui régissent la sûreté nucléaire sont, au plan général, le décret du 11 décembre 1963 définissant les installations nucléaires de base (INB) et au plan technique, l'arrêté ministériel de 1974 portant sur le circuit primaire principal, et l'arrêté du 10 août 1984 relatif à la qualité de la conception, de la construction et de l'exploitation des installations nucléaires de base.*

C'est l'exploitant des installations nucléaires qui définit les éléments importants pour la sûreté (IPS), les exigences auxquelles ils doivent répondre et les procédures de contrôle».

En effet, l'arrêté du 10 août 1984, relatif à la qualité de la construction et de l'exploitation des installations nucléaires de base complétant le décret

du 11 décembre 1963, renvoie sur l'exploitant des installations nucléaires de base la responsabilité d'une qualité en rapport avec les exigences de sûreté que l'on est en droit d'attendre pour une telle installation :
«Article 1^{er} : L'exploitant d'une installation nucléaire de base veille à ce qu'une qualité en rapport avec l'importance de leurs fonctions pour la sûreté, au sens du décret du 13 mars 1973 susvisé, soit définie, obtenue et maintenue ...

A cette fin, l'exploitant s'assure qu'un système est mis en place pour définir la qualité des éléments précités..., obtenir et maintenir cette qualité...

Article 2 : Tenant compte de la spécificité de son installation nucléaire de base, l'exploitant identifie les activités que lui-même ou ses prestataires exercent et qui influent sur la qualité des éléments importants pour la sûreté visée à l'article 1^{er}...

Article 4 : L'exploitant responsable de la sûreté de l'installation est, de ce fait, responsable de l'application des dispositions du présent arrêté relatives aux activités concernées par la qualité.

Pour les activités concernées par la qualité exercées par les prestataires, l'exploitant veille à ce que les contrats incluent la notification à ces prestataires des dispositions permettant l'application du présent arrêté.

L'exploitant exerce ou fait exercer sur tous les prestataires une surveillance permettant de s'assurer de l'application par ceux-ci des dispositions ainsi notifiées. En particulier, il veille à ce que les biens ou services fournis fassent l'objet de contrôles permettant de vérifier leur conformité à la demande...

Article 6 : Les exigences nécessaires pour obtenir et maintenir la qualité visée à l'article 1^{er} doivent être définies pour chaque activité concernée par la qualité, compte tenu de son importance pour la sûreté».

860

3. - Les règles mises en œuvre par EDF

Les prescriptions légales et réglementaires exposées ci-dessus ont amené les exploitants à définir leurs propres codes et règles. Selon les responsables de la DRIRE : *«La pratique réglementaire française en matière de sûreté nucléaire exige notamment de l'exploitant la présentation écrite de l'ensemble des règles, codes et normes correspondant à la pratique industrielle qu'il met en œuvre lors de la conception, de la réalisation et de la mise en service des équipements importants pour la sûreté des installations nucléaires».*

L'industrie nucléaire française élabore de tels codes et normes, dénommés *«Règles de conception et de construction (RCC)»* et *«Cahiers des spécifications techniques (CST)»*.

«L'élaboration des RCC est confiée à un comité de rédaction qui prend en compte les fiches d'interprétation et de modification déjà diffusées, ainsi que les demandes de révision formulées par les utilisateurs. Le document rédigé est envoyé aux unités et aux services techniques pour examen et approbation en Comité technique de l'équipement (CT). Ensuite, il est transmis à l'Administration (DSIN) pour accord».

«... Les Cahiers de spécifications techniques (CST) se trouvent dans tous

les centres. Leurs procédures d'élaboration sont comparables à celles des RCC, ils sont notifiés par le directeur technique de l'équipement. En l'absence de CST, les centres rédigent des CST avec l'accord du SEPTEN. Le SEPTEN a pour vocation de maintenir la cohérence sur les produits IPS et IPD».

Conformément à la réglementation sur la sûreté nucléaire, les services d'EDF ont défini ce qu'il convenait de classer IPS (Important pour la sûreté).

Il existe deux grandes catégories de classement IPS : toutes les fournitures, matériaux et produits qui peuvent être en contact avec un fluide radioactif, d'une part et tous les systèmes pour lesquels il faut prévoir plusieurs sources électriques, afin de les maintenir opérationnels en cas de situation exceptionnelle (tremblement de terre, fortes gelées...), d'autre part.

C'est dans ces conditions qu'ont été mis en place les tests d'endurance dits «400 000 manœuvres», destinés à mesurer la capacité de résistance des portes et qui sont un préalable à la qualification au feu ou au test d'étanchéité (même document que dessus).

M. Claverie, adjoint à la direction du SEPTEN (Service des études et des projets thermiques et nucléaires) a expliqué qu'à la suite de deux accidents survenus l'un, dans une centrale nucléaire américaine en 1978 et l'autre dans la centrale thermique à flammes de Porcheville en France, au cours desquels le feu s'était propagé par les câbles électriques, les autorités administratives de contrôle françaises ont reproché à EDF de ne pas avoir établi des règles assez précises en matière de sécurité incendie, notamment en ce qui concerne les portes et les câbles.

Le SEPTEN a alors renforcé ces exigences en matière d'incendie notamment, en posant des règles visant à diminuer les risques d'apparition du feu et à empêcher qu'il ne se propage.

S'agissant de la qualification des entreprises, les responsables du SEPTEN ont expliqué :

«(...) Le poids de l'autorité de sûreté a conduit à augmenter les exigences, ce qui conduit à ce qu'environ 70 % des matériels sont classés IPS ou IPD (Importants pour la sûreté ou la disponibilité) et ne peuvent donc être mis en œuvre que par des entreprises ayant reçu l'accréditation AQ (Assurance qualité) de notre service SQR Il convient de noter que ces exigences sont étendues aux centrales déjà construites, ce qui peut poser le problème de l'adaptation des entreprises».

Les responsables du Centre national d'études et de production d'électricité (CNEPE) de Tours ont déclaré :

«(...) Le choix de blocs portes coupe-feu ou pare-flamme est déterminé par le principe de sectorisation posé par l'arrêté du 21 avril 1983 sur la protection feu. Il est établi dans chaque îlot nucléaire, avec le concours du CNEN, des zones de «potentiel de feu» qui régissent le recours aux blocs porte coupe-feu ou pare-flammes lié à la maîtrise souhaitée du risque. L'entreprise qui répond doit être qualifiée ; elle doit fournir les PV de qualification.

Les entreprises intervenant en zone nucléaire doivent avoir une qualification Assurance qualité (AQ) délivrée par le SQR (Service qualité des réalisations). Tous marchés, touchant à la sûreté, à la disponibilité, à la sécurité des personnels ou des matériels de coût important doivent être passés sous AQ (75 % des marchés).

Les qualifications AQ des entreprises sont répertoriées dans le fichier «Majestic» initié par le SQR. Par ailleurs, chaque fournisseur EDF est répertorié dans un fichier, consultable par minitel, établi par l'IDE».

4. - Les procédures de passation des marchés publics d'EDF

Les marchés publics passés par EDF ne sont pas soumis au code des marchés publics. Toutefois, l'établissement public est tenu de respecter les prescriptions de la directive communautaire n° 90-531 du 17 septembre 1990, relative aux procédures de passation des marchés de fourniture et travaux concernant les secteurs dit «exclus» et de la directive n° 93/38 du 14 juin 1993 étendant ces règles aux marchés de services.

S'agissant des marchés passés par le Service des études et des projets thermiques et nucléaires (SEPTEN), le Centre d'ingénierie générale (CIG), et le Centre national d'études et de production d'électricité (CNEPE), en 1995, les responsables de ces trois directions ont expliqué :

«Pour ce qui concerne les marchés, nous avons une autonomie décisionnelle jusqu'à 2,7 MF : un contrôle a posteriori est effectué, par sondage, par IDE (Service industrie développement et environnement) qui dépend du niveau central de la DE. Au-delà de ce montant, tous les marchés sont soumis à l'accord a priori d'IDE. Tous les marchés suivent la procédure définie par le document EGME (Élaboration et gestion des marchés de l'équipement), rédigé par l'IDE. Les dossiers de marchés comprennent, pour l'aspect technique, des CST établis par le SEPTEN et un CCTP propre au marché considéré, rédigé par nous-mêmes avec le SEPTEN qui est pour nous une unité d'expertise technique».

Afin de respecter les contraintes posées par l'arrêté du 10 août 1984 sur la sûreté nucléaire et celui du 21 avril 1983 sur la sécurité incendie des installations industrielles, la plus grande partie des consultations concernant des zones classées IPS s'adressera à des entreprises préalablement référencées et concernera des matériels également qualifiés.

■ B. - Les pratiques dénoncées et les faits constatés

La société LMCA a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques qui seraient mises en œuvre par différents services et directions d'EDF dans le secteur de la construction et l'entretien des centrales productrices d'électricité, nucléaires essentiellement.

M. Jean-Marc Truchet, gérant de la société LMCA, fait valoir que la Direction de l'équipement d'EDF (DE) et plusieurs entités décentralisées de cette DE telles que le Centre d'ingénierie générale (CIG), le Centre national d'études et de production d'électricité (CNEPE), le Centre d'essai (CEMETE), le Service des études et des projets thermiques et nucléaires (SEPTEN), l'ont

empêché, à partir des années 1990, d'accéder à plusieurs marchés, pratiques qui seraient à l'origine des difficultés de sa société.

Avant 1990, M. Truchet était ingénieur au Service des études et des projets thermiques et nucléaires d'EDF (SEPTEN), comme spécialiste des matériaux composites. Dans ce cadre, il est à l'origine de la mise au point de la porte coupe-feu en composite, dénommée «*Hamon*», qui a donné lieu à un dépôt de brevet d'invention par EDF et à un accord d'exploitation de ce brevet avec la société Hamon.

En 1990, dans le cadre de la loi du 3 janvier 1984 instituant le congé pour création d'entreprise et des mesures d'aides complémentaires décidées par EDF, M. Truchet a créé LMCA, société spécialisée dans la recherche, le développement et la commercialisation dans le domaine des matériaux composites et céramiques d'une part, et dans la vente et l'installation de matériels informatique et de téléphonie, d'autre part.

La société LMCA connaissant des difficultés financières, M. Truchet a décidé, en avril 1993, de réintégrer EDF où il aurait été placé, selon ses déclarations, dans une situation difficile. Il a été remplacé, à la tête de la société LMCA, par son fils, M. Pascal Truchet, mais a continué «à piloter» LMCA en dehors de son activité à EDF.

La société LMCA a été mise en redressement judiciaire le 8 janvier 1998. Sa liquidation judiciaire a été prononcée le 6 mai 1999.

Dans sa saisine, la société LMCA liste plusieurs affaires qui illustrent, selon elle, la volonté d'EDF de l'évincer de l'ensemble des commandes passés par les différentes directions d'EDF.

1. - Le développement d'un vantail non classé feu

La société LMCA affirme que le SEPTEN l'a incité, fin 1991, à développer un vantail de porte non classé feu, en matériau composite, destiné à remplacer les portes extérieures des centrales nucléaires de bord de mer, et à soumettre ce vantail à des essais de fatigue de 400 000 manœuvres sur le banc de la société SCOMAP à Marseille, sans toutefois reconnaître la validité de ces essais ni faire suivre cette incitation d'effets.

Répondant à plusieurs courriers, EDF explique à la société LMCA, dans une lettre du 5 mars 1993 : «*Dans votre courrier en date du 30 octobre 1992, vous mentionnez les essais d'un vantail prototype de dimensions 2300 x 100 x 43 mm, que vous auriez effectués à la société SCOMAP. Ces essais d'endurance de 400 000 cycles «ouverture-fermeture» qui sont à EDF un préalable à l'acceptation d'un système de porte doivent être réalisés soit au CEMETE à Aix-en-Provence soit sur un banc d'essai agréé par EDF. Cette condition ne semble pas avoir été remplie pour les essais dont vous faites état dans votre lettre, car la SCOMAP ne possédait pas de banc d'essai agréé par EDF à la date de votre essai. Nous vous prions donc d'adresser au SEPTEN-CG des agréments d'essais réalisés dans les conditions requises par EDF, si vous souhaitez que tout ou partie de votre production fasse l'objet d'une homologation EDF.*

2. - Le choix de l'aluminium par le CNPE de la centrale de Paluel

La société LMCA reproche ensuite au Centre national de production d'électricité (CNPE) de la centrale nucléaire de Paluel d'avoir, fin 1994, lancé une consultation pour le remplacement de portes extérieures non classées feu, en précisant qu'il devait s'agir de portes en aluminium, l'empêchant ainsi de proposer sa porte en matériau composite.

Il ressort des pièces du dossier que le lancement de cette consultation a été précédé d'une étude datée du 22 novembre 1994 et expliquant ce choix du métal plutôt que du composite. Le document, élaboré par le CNPE de Paluel, et intitulé *«Argumentaire technique sur le choix de matériaux pour le remplacement des blocs-portes extérieures»* explique, notamment : *«Le composite affiche de nombreuses qualités, mais ces qualités ne répondent pas toujours aux besoins spécifiques que nécessite la réalisation d'un bloc-porte. L'aluminium est le matériau qui présente le meilleur compromis (...)Le secteur industriel maîtrise parfaitement la fabrication de blocs-portes en aluminium et ceci avec des garanties de qualité et de fiabilité. L'aluminium est donc le matériau le mieux adapté à la réalisation de blocs-portes extérieurs, dans le contexte actuel»*.

Sur ce choix préalable, les responsables du CNPE de Paluel ont déclaré que *«... Le marché a été lancé pour la fourniture de portes en aluminium, sur la base d'une étude menée par nos services techniques. Le choix a été fait de préférer une solution éprouvée, à un procédé innovant. La décision a été prise alors que l'essai de la porte composite extérieure LMCA n'avait pas été réalisé»*.

3. - Le développement de portes classées coupe-feu et pare-flammes en partenariat avec la société Parelec

La société LMCA reproche également au SEPTEN de l'avoir incitée, fin 1991, à développer un vantail de porte composite coupe-feu, pare-flammes (CF-PF), destiné à l'équipement des centrales nucléaires, sans l'aider à financer les essais, alors que *«des sommes considérables sont investies chez des concurrents dont EDF partage deux brevets»* et de l'avoir encouragée, en juin 1992, à se grouper avec la société Parelec, fournisseur d'EDF en portes métalliques. En effet, LMCA met sur le compte de ce partenariat l'échec de l'essai feu réalisé au CTICM en juillet 1992 sur l'ensemble constitué du panneau en matériau composite LMCA et du cadre métallique Parelec. La saisissante déclare de plus que, dans un courrier du 1^{er} avril 1993 à la société LMCA, diffusé aux différents services d'EDF tels que le CIG, le CEMETE et le SEPTEN, le SEPTEN a expliqué que l'échec aux essais au feu du bloc-porte *«a entraîné la perte d'intérêt de ce matériel pour l'utilisation escomptée»*.

EDF reconnaît avoir encouragé la société LMCA à développer des vantaux CF-PF *«1 h 30»*, en partenariat avec Parelec, *«puisque ce nouveau matériel aurait créé une concurrence vis-à-vis d'un autre équipement similaire existant»*. Mais les essais feu du vantail LMCA/PARELEC-SCOMAP, réalisés au CTICM en juillet 1992 et financés par EDF, se sont conclus par un échec.

Le 1^{er} avril 1993, le SEPTEN adresse le courrier suivant à la société LMCA :
«... en accord avec votre groupement, nous avons financé les essais au feu du CTIMC (28 et 29 juillet 1992), qui, en outre, devaient nous permettre d'obtenir, pour nos propres besoins, la classification au feu d'une serrurerie.

Malheureusement, vous n'ignorez pas que les essais au feu ont montré que votre bloc-porte ne pouvait être classée CF 1 h 30. En ce qui nous concerne, cet échec a entraîné la perte d'intérêt de ce matériel pour l'utilisation escomptée.

Pour d'autres fonctions (par ex : portes extérieurs de bâtiments de centrales en bord de mer, sans tenue au feu ni endurance mécanique, mais résistance à la corrosion), comme vous le proposez, votre matériel pourrait néanmoins être mis en concurrence lors d'une prochaine consultation lancée par l'Exploitant, le choix étant fait après examen des offres selon les critères habituels à notre entreprise».

Cette lettre constitue une réponse globale d'EDF à de nombreux courriers de M. Truchet, rejetant sur EDF la responsabilité de la non accession des portes en composite LMCA, coupe-feu et non classées feu, au marché des centrales EDF.

C'est en référence aux courriers de la société LMCA que le SEPTEN termine sa lettre en précisant : *«Nous regrettons ce malentendu, dont nous préférons oublier les détails et les arguments déviés ou non fondés, objet de votre lettre du 9 mars 1993. Ces derniers ne sont pas de nature à renforcer les rapports entre LMCA et EDF».*

4. - Le projet CLAROME

La société LCMA expose encore que, dans le cadre du Club pour les actions de recherche en mer (projet CLAROME), le SEPTEN mis en avant le vantail de porte en matériau composite de la société Hamon, et non les produits LCMA. A cet égard, une note du 1^{er} décembre 1995 communiquée par le SEPTEN précise :

«Le projet vise à la définition des spécifications minimales permettant la qualification des matériaux composites et des équipements vis-à-vis des chocs tels que des chutes de colis ou des impacts significatifs en exploitation offshore.

Type de matériaux retenus pour les essais.

La tenue au feu sera au moins conforme à la spécification OMI A60. Les quatre types de matériaux expérimentés (en plus de l'acier servant de référence) sont :

- 1- matériau minéral proposé par EDF (fournisseur PARELEC),
- 2- matériau phénolique proposé par EDF (fournisseur HAMON),
- 3- matériau COFLEXIP.

Les matériaux 1 et 2 ont été sélectionnés du fait de leur emploi en panneaux de blocs-portes CF 1 H 30, agréés par EDF.

La non-sélection du matériau LMCA, essayé au feu en 7/92, résulte de :

- *non agrément par EDF pour ses besoins propres, en utilisation de bloc-porte CF 1 H 30,*
- *âme résistante du panneau en aggloméré bois, jugée inapte à la tenue aux chocs (masse de 68 kg chutant d'une hauteur de 3 m), matériau ne rentrant pas dans la catégorie des produits industriels, le fournisseur n'assurant pas la globalité de l'opération : étude, fabrication industrielle (de série) et montage».*

5. - Les portes tropicalisées non classées feu de la centrale de Bellefontaine en Martinique

En septembre 1992, le CIG a décidé de faire réaliser et poser des blocs-portes pour équiper des locaux destinés aux travaux préparatoires aux tranches 9 et 10 et à la turbine à combustion n° 1 de la centrale de Bellefontaine située en Martinique.

Sur ce choix, M. Malfon, directeur du CIG, a déclaré : *«Le marché a été décomposé en 10 tranches. Les portes de premières tranches se corrodant, une extrapolation a été faite sur la dernière en installant des portes similaires à renforcement anti-corrosion par remplissage de mousse et réalisation de soudures étanches. Il n'a pas été recherché de solution alternative à ce procédé».*

M. Gastou, président-directeur général de la société Parelec, a confirmé ces conditions de consultation : *«Pour les marchés spécifiques (DOM-TOM), j'ai développé, début 92, des portes (portes et portails) «tropicalisées» spécialement traitées (tôles électro-zinguées et injection de mousse neutralisante dans les corps creux) qui offrent une meilleure résistance à l'air marin» «... J'ai répondu à une demande de prix, pour des portes tropicalisées, par fax, sans fourniture de documents de consultation. Il n'y a pas eu de négociation sur la proposition mais plutôt sur les coûts de mise en oeuvre».*

La commande a été effectivement passée à l'entreprise Parelec par lettre du CIG du 11 décembre 1992, suite à l'offre de cette société du 1^{er} septembre 1992. Au final, le montant des travaux s'est élevé à 159 617 francs.

6. - Le marché G 2441 avait pour objet l'installation de blocs-portes CF 1 H 30 et PF 1 H, pour un premier équipement de la centrale nucléaire de Civaux

Le 7 octobre 1992, la direction de l'équipement d'EDF a arrêté la liste des entreprises à consulter, soit : pour les portes métalliques, Baumert Industrie SA, Briens-Lamoureux SMSL, Fichet-Bausch, Lafoucriere-Dezellus, et le groupement SCOMAP-PARELEC ; et pour les matériaux composites, Hamon Industrie et le groupement SCOMAP-PARELEC-BAUMERT (SPB) dont le mandataire est la société Parelec. La note d'analyse des offres du 25 mars 1993 précise que : *«toutes ces entreprises avaient au moins une expérience de chantier EDF, soit sur des centrales en construction, soit des centrales en exploitation».*

Pour ce qui concerne les portes PF 1 H, la société LMCA a, par lettre du 6 janvier 1993, fait savoir au CNEPE *«qu'elle avait été contactée par des entreprises pour répondre à la version pare-flamme 1 heure de votre récent appel d'offres» mais qu'elle souhaitait «pouvoir répondre directement à ce dernier»* et demandait le détail de l'appel d'offres.

Par lettre du 20 janvier 1993, le CNEPE a écrit à la société LMCA : *«En réponse à votre courrier du 6 courant, nous vous informons que si l'appel d'offres que nous avons lancé récemment comporte une remise de prix pour des portes pare-flamme 1 h, il est essentiellement axé vers des matériels coupe-feu 1 h 30 et que, de ce fait, nous n'avons pu vous consulter».*

Au titre du contrôle externe, le marché a été présenté à la Commission des marchés d'EDF puis a été notifié au groupement SPB le 28 janvier 1994, pour un montant de 41 991 360 francs.

7. - Les marchés R 2412 et D 2413

Les marchés R 2412 et D 2413 concernaient le remplacement de blocs-portes coupe-feu pour plusieurs centrales, soit le lot B de 27 tranches des paliers 900 MGW-CP1-CP2 (marché R 2412) et les lots A et B de 16 tranches des paliers 1300 MW P4 et P4' (marché D 2413). La procédure retenue est celle du marché négocié.

Comme pour le marché précédent (G 2441), l'ensemble des blocs-portes CF devait répondre aux exigences relatives d'une part, aux essais d'endurance mécanique imposés par EDF (400 000 manœuvres) et d'autre part, aux essais d'endurance mécanique de 2 000 manœuvres avec résistance au feu CP 1 H 30 prévu à l'arrêté du 21 avril 1983. Les essais imposés par EDF pouvaient être réalisés au CEMETE ou bien auprès d'un organisme agréé par EDF tel que Socotec ou Véritas.

La consultation a été lancée le 28 décembre 1992 auprès des entreprises Lafoucriere-Dezellus, Briens-Lamoureux (SMSL), Parelec, Baumert (SPB) et du groupement SCOMAP. La note d'analyse des offres reçues précise que ces entreprises ont une expérience variable de chantier EDF sur des centrales EDF et que les matériels peuvent être qualifiés à une date postérieure à la remise des offres.

Quatre offres ont été déposées :

- Le groupement SPB a présenté une offre de base avec des portes métalliques *«EDF»* Durasteel et trois variantes, deux pour des portes métalliques en *«EDF»* Planier et une pour des portes en composite SPB.
- L'entreprise Hamon a établi son offre pour des portes CF en matériaux composites de sa fabrication.
- Les entreprises Fichet-Bauche et SMSL ont répondu pour des portes métalliques EDF de technologie Durasteel.
- Le 13 janvier 1994, un complément d'offre a été demandé à l'entreprise Hamon et au groupement SPB pour les portes en composite retenues à la consultation de base, portant sur différents types de montage.

La note d'analyse de ces offres complémentaires du CNEPE en date du 17 mars 1994 explique que *«l'offre de SPB est la moins disante pour les 2 paliers, toutefois en fonction du planning de priorité des tranches à équiper et pour limiter l'aspect de monopole industriel, le CNEPE propose :*

- *de retenir l'offre de SPB pour le palier 900 MGW, pour un montant estimatif de 45,1 MF ;*
- *de retenir l'offre Hamon pour le palier 1300 MGW, pour un montant estimatif de 35 MF».*

8. - La centrale hydraulique du barrage du Petit Saut en Guyane

La société LCMA fait valoir qu'elle n'a pas été consultée, en janvier 1993, avant la commande à la société Parelec de portes métalliques tropicalisées non classées feu pour la centrale hydraulique du barrage du Petit Saut en Guyane. Pour la même opération, elle reproche aussi au CIG GC d'avoir, en août 1993, omis de signaler au SEPTEN GC l'existence des produits LMCA à l'occasion du marché de l'approvisionnement en profilés et caillebotis stratifiés - verre Résine - matériau composite (SVR) pour rambardes et voies d'accès.

Le CIG a expliqué que la : *«construction du barrage du Petit Saut en Guyane a fait l'objet d'un marché passé en entreprise générale, à un groupement piloté par l'entreprise Ballot qui devait contractuellement confier le second œuvre à des entreprises locales. (...) la fourniture des équipements en composite a été confiée à la société Trimarg qui nous a été présentée par le mandataire du groupement».*

868

9. - Le cadre d'injection d'eau de Javel de la centrale nucléaire de Paluel

La société LMCA fait valoir que le Centre national de production d'électricité (CNPE) de la centrale nucléaire de Paluel lui a demandé de réaliser des études et des investissements pour étudier les possibilités de remplacement d'un système d'injection d'eau de Javel, mais ne lui a pas attribué le marché.

Il ressort des éléments du dossier que, le 27 juillet 1993, la centrale de Paluel a commandé à la société LMCA une étude pour le remplacement d'un système d'injection d'eau de Javel diluée dans de l'eau de mer de refroidissement pour un montant de 65 000 francs. Le 17 décembre 1993, le CNPE a lancé une consultation pour la fabrication, livraison et installation de cadres d'injection de réactif chimique en matériau composite. Cette consultation s'appuyait sur l'étude technique susvisée fournie par la société LMCA.

Le dossier de consultation a été adressé à cinq entreprises : Sotumec (76), Solma (76), Courtaulds structures composites (76), LMCA (01), Constructions mécaniques de Normandie (CMN) (50). Les entreprises consultées devaient confirmer l'étude réalisée par la société LMCA, justifier toute modification proposée par rapport aux plans de conception et remettre un prix global pour la réalisation d'un prototype et la fabrication d'une série de 11 cadres et un prix pour la construction d'un service de 12 cadres supplémentaires.

Le 18 avril 1994, un rapport «à l'aveugle» sur la technicité des offres note que les offres des sociétés Courtaulds structures composites et LMCA sont les plus performantes, alors que celle de Solma et CMN sont moindres. Le 10 mai 1994, le procès-verbal d'ouverture des plis a constaté que l'entreprise la moins-disante est la société Solma avec une offre d'un montant de 924 025 francs, inférieure de 10 % à celle de la société LMCA classée en 2^e position.

Concernant la société la moins-disante, des demandes de précisions techniques sur la réalisation ont été faites sur le procès-verbal d'ouverture des plis, notamment en ce qui concerne le respect du cahier des charges.

M. Buisset, directeur du CNPE de Paluel, a expliqué :

«Au regard des propositions techniques et des prix le marché a été attribué à Solma, entreprise moins-disante.»

10. - Les marouflages de tuyauteries

M. Truchet explique que le CNPE de Paluel n'a pas diffusé auprès des autres centrales les résultats positifs d'un système de marouflage de tuyauteries développé par la société LMCA et utilisé à Paluel, et de l'avoir ainsi privé d'un marché potentiel très important.

Sur ce point, les responsables du CNEPE de Paluel ont déclaré :

«...Nous avons appliqué un procédé à un moment donné. Ce procédé n'est pas le seul que nous utilisons. Il n'a pas apporté la preuve de sa supériorité. Nous travaillons en obligation de résultat avec les entreprises, il existe de nombreux procédés d'étanchéité plus éprouvés».

11. - Les gaines de ventilation pour la centrale nucléaire de Paluel

La société LMCA se plaint que EDF ait appliqué des pénalités de retard à l'entreprise GTMH, dont LMCA était sous-traitante dans le cadre d'un marché relatif à la réalisation de gaines de ventilation pour la centrale de Paluel, pénalités qui lui ont été répercutées avec une majoration de 30 %.

12. - La demande de pré-audit pour l'obtention d'un agrément ISO 9001

La société LMCA affirme que EDF n'a jamais donné suite à sa demande de pré-audit d'agrément ISO 9001 alors que la société concurrente Parelec n'a rencontré aucune difficulté.

13. - Les revêtements des puisards RIS/EAS

M. Truchet reproche à la Direction de l'équipement d'EDF (DE) de n'avoir pas utilisé, en 1992, pour résoudre les problèmes rencontrés sur le revêtement des puisards servant de dispositif de sécurité dans les réacteurs des

centrales nucléaires, l'étude réalisée par la société LMCA en 1991, relative à des problèmes similaires rencontrés par la station d'épuration d'Achères. Elle soutient qu'EDF ne l'a, de plus, pas consultée pour ce type de travaux, alors même que par lettre du 22 octobre 1993, le service EDF production transport avait informé le service qualité d'EDF (SQR) de l'intérêt qu'il portait aux travaux de la société LMCA et lui conseillait de consulter cette entreprise pour l'application des revêtements armés des puisards des centrales nucléaires.

14. - Les essais-feu

La société LMCA reproche au CNPE CG de ne pas diriger les entreprises de tuyauteries en composite vers LMCA pour réaliser des essais feu mais de les orienter plutôt vers le CTICM ou le CEBTP.

M. Claverie, Directeur du SEPTEN, a expliqué sur ce point :

- *«Les entreprises qui réalisent les «essais-feu» sont pour les principales : CTICM, CSTB, CNPP, INERIS. D'autres sociétés comme MECATISS, équipée de moyens très spécifiques pour tester la tenue de petits composants, ou LMCA, ont également réalisé des essais pour EDF/SEPTEN. Le choix de l'entreprise est fonction du type d'essai à réaliser, et donc du type de l'installation d'essais et de la capacité à travailler sous assurance qualité, en fonction des délais affichés par les entreprises pour réaliser un essai, et en fonction du coût attendu de l'essai (à mettre en relation avec le résultat attendu). Les entreprises citées ci-dessus sont toutes indépendantes d'EDF. Si le CTICM a réalisé plus de la moitié des essais financés par EDF au cours de la période 1990-1995, c'est parce qu'il s'agissait d'essais de résistance au feu pour une bonne part, et seuls CTICM et CSTB pouvaient les effectuer (ces deux sociétés étaient les seules agréées par le ministère de l'intérieur pour délivrer les procès-verbaux attestant la résistance au feu). CTICM s'est révélée plus disponible à court terme, ce qui permettait à EDF de disposer de délais de réalisation d'essais conformes à ses attentes. Lorsque EDF ne finance pas les essais, elle n'a aucun moyen de les orienter, ni même de connaître le contenu d'essais demandés par des constructeurs. Le cadre de ces essais est constitué par les spécifications EDF (de résistance au feu, par exemple), connues des constructeurs, et qui s'appliquent à tous les constructeurs candidats à une fourniture de matériel.»*

S'agissant de la société LMCA, M. Claverie a précisé :

«... des essais de type C, n'ayant rien à voir avec les produits développés par la société LMCA (portes...) ont été confiés au LMCA par EDF/SEPTEN entre 1995 et 1997. Il s'agissait d'essais de développement de feux de câbles électriques. LMCA disposait d'un local d'essai permettant de les réaliser».

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-6 du code de commerce *«Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, 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.»* ;

Considérant que l'établissement public EDF est chargé de la conception, de la construction, de l'entretien et de l'exploitation de toutes les centrales nucléaires et de la majorité des centrales non nucléaires situées sur le territoire national ; qu'il apparaît, dès lors, comme un important demandeur de produits et de services nécessaires à la conception, à la construction et à l'exploitation des centrales de production d'électricité ; qu'à ce titre, il est libre de choisir ses fournisseurs en formulant certaines exigences techniques dans le respect de la réglementation en vigueur ; qu'ainsi que l'a rappelé le Conseil, notamment dans son rapport d'activité pour l'année 1991, la libre expression des choix par les demandeurs joue un rôle crucial dans l'économie de marché en ce sens qu'elle oriente, si elle n'est pas mise en échec par des pratiques anticoncurrentielles émanant des offreurs, les ressources vers les emplois qui sont les plus appréciés et permet ainsi d'obtenir l'efficacité du système économique ;

Considérant, en premier lieu, que le fait qu'EDF exige que les essais d'endurance des portes extérieures des centrales nucléaires soient effectués sur des bancs d'essai agréés par elle ne paraît pas manifestement excessif par rapport aux responsabilités qui lui incombent en matière de sûreté nucléaire et que le rejet du vantail, spécialement destiné aux centrales de bord de mer, mis au point par LMCA était justifié par le fait que la société SCOMAP, par laquelle il avait été testé, ne possédait pas de banc d'essai agréé EDF ;

Considérant, en deuxième lieu, que le CNPE de la centrale de Paluel était fondé à choisir l'aluminium pour le remplacement de portes extérieures, les éléments du dossier cités dans la première partie de cette décision montrant que ce choix était justifié par des considérations techniques et non par la volonté d'évincer la société LCMA de la consultation ; qu'il en est de même, s'agissant du choix de la société Parelec pour la commande de portes tropicalisées destinées à la centrale thermique de Bellefontaine en Martinique ;

Considérant, en troisième lieu, que l'absence de la société LMCA lors de la consultation lancée par la centrale nucléaire de Civaux pour des blocs-portes coupe-feu «1 h 30» et pare-flamme «1 h» s'explique par le fait que les produits LCMA n'avaient pas reçu l'agrément «coupe-feu 1 h 30» ; que les mêmes raisons justifient que la société LCMA n'ait pas été sélectionnée lors de la consultation relative aux marchés R2412 et D2413, concernant le remplacement de blocs-portes coupe-feu dans plusieurs centrales et qu'elle n'ait pas non plus été sélectionnée dans le cadre du projet CLAROME ;

Considérant, en quatrième lieu, qu'il ne ressort pas des éléments du dossier que la société LCMA ait fait l'objet d'un traitement discriminatoire en

ce qui concerne le financement des essais feux, puisqu'elle bénéficié de ce financement pour les essais réalisés au CTIM, ainsi que l'établissent les déclarations citées dans la première partie de cette décision ;

Considérant, en cinquième lieu, que le choix du CTIM et du CSTB pour effectuer les essais de résistance au feu était motivé par le fait que ces deux organismes étaient les seuls à être agréées par le ministère de l'intérieur pour la délivrance des procès-verbaux d'attestation concernant ce type d'essais et non par la volonté d'écarter la société LCMA ; que d'autres types d'essais, concernant le développement de feux de câbles électriques, ont, d'ailleurs, été confiés à cette dernière ;

Considérant, en sixième lieu, qu'aucun élément au dossier ne montre qu'en sélectionnant la société Solma pour la fourniture de cadres d'injection d'eau de Javel à la centrale nucléaire de Paluel, EDF aurait poursuivi d'autres buts que celui d'une gestion efficiente de ses achats, l'étude réalisée préalablement à cette consultation par la société LCMA ne liant pas le CNPE de la centrale de Paluel ; qu'il en est de même pour les travaux de marouflage de tuyauteries que cette société a réalisés pour cette même centrale ;

Considérant, en septième lieu, que la facturation par cette même centrale d'intérêts de retard à la société GTMH, pour laquelle la société LMCA réalisait des travaux de sous-traitance, relève de pratiques commerciales courantes dont aucun élément au dossier ne montre qu'elles auraient été détournées de leur objet à des fins anticoncurrentielles ;

Considérant, en huitième lieu, qu'en ce qui concerne la qualification ISO 9001, l'instruction n'a établi à l'encontre d'EDF aucun comportement révélateur d'une volonté d'empêcher l'accès de la société LCMA à cette qualification ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'aucun élément du dossier ne montre qu'EDF et ses directions auraient adopté un comportement visant à éliminer la société LMCA, notamment en imposant des exigences techniques non justifiées, en adoptant certaines modalités de consultation ou en mettant en oeuvre des conditions discriminatoires ; que, dès lors, et sans qu'il soit besoin de se prononcer sur l'existence d'une éventuelle position dominante ou d'un état de dépendance économique, la preuve n'est pas rapportée qu'un abus ait été commis ; que de la même manière, le dossier ne montre pas qu'EDF se serait livré à des pratiques concertées, notamment avec des concurrents de la société LMCA, afin d'empêcher cette dernière de conclure des marchés de travaux avec EDF ; qu'il y a donc lieu de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce ;

Décide

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} Daudret-John, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, MM. Gauron, Lasserre et Robin, membres.

Pour le secrétaire de séance
Thierry Poncelet

Le vice-président, présidant la séance
Frédéric Jenny

02-D-66

Décision n°02-D-66 du 6 novembre 2002 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés d'assurance directe

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 15 avril 1997 sous le numéro P 05, par laquelle le Syndicat français des assureurs conseils (SFAC) a saisi le Conseil de la concurrence, en application de l'article L. 462-5 du code de commerce, de pratiques mises en œuvre par les sociétés Direct Assurance IARD, Tellit Direct Assurance, Eurofil et Société occidentale d'assurance ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le SFAC et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et le SFAC entendus lors de la séance du 10 septembre 2002 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs ci-après exposés (II) ;

Décisions / 02-D-66

873

I. - Constatations

■ A. - Le secteur

1. - Le marché de l'assurance automobile

L'assurance est généralement définie comme l'opération par laquelle une personne, l'assureur, s'engage à exécuter une prestation au profit d'une autre personne, l'assuré, en cas de réalisation d'un événement aléatoire, le risque, en contrepartie du paiement d'une somme, la prime ou cotisation.

Deux caractéristiques principales s'attachent à l'opération d'assurance :

- d'une part, elle n'est pas isolée : elle ne peut exister que parce qu'elle est incluse dans un ensemble d'opérations de même nature, l'assureur ne pouvant exécuter ses prestations que parce qu'est opérée une mutualisation des risques par répartition de leur charge sur l'ensemble des assurés ;

- d'autre part, l'opération d'assurance se traduit par la formation d'un contrat, dans lequel, face à un risque donné, le cocontractant de l'assureur obtient une garantie en versant une prime.

Deux branches sont identifiées, l'assurance vie et l'assurance dommages. En 1997, le marché français de l'assurance comptait 543 entreprises dont 397 sociétés d'assurance dommages et 28 sociétés mixtes (sociétés d'assurance vie autorisées à pratiquer les risques accidents et maladie gérés distinctement). L'assurance dommages est définie comme l'assurance portant sur des dommages qui affectent l'intégrité physique d'une personne, qui sont subis par ses biens, ou qui mettent en jeu sa responsabilité civile. Avec 91 milliards de cotisations en 1997, soit près de 50 % du total, les dommages liés à l'automobile, soit causés aux tiers, soit causés au véhicule de l'assuré, sont le principal risque couvert par l'assurance dommages.

L'assurance automobile est relativement concentrée : dix grands groupes se partageaient près de 83 % du total des primes en 1997 et les quatre premiers groupes totalisaient, à eux seuls, plus de 50 % de ce total. Au cours de la dernière décennie, cette activité a été caractérisée par une stagnation de la matière assurable et une concurrence très vive dans toutes les branches, amplifiée par la diversification des modes de distribution.

Les assureurs présents sur le marché de l'automobile se répartissent en deux grandes catégories :

- Les sociétés d'assurances anonymes, telles AXA, les AGF ou Générali, qui fonctionnent selon le même schéma que toutes les sociétés commerciales.
- Les sociétés d'assurance à forme mutuelle, dont les assurés sont sociétaires. Les mutuelles avec intermédiaires, telles les Mutuelles du Mans, sont représentées par des agents généraux et des courtiers. Elles ressemblent aux sociétés anonymes et sont ouvertes à tous types de clientèle. Les mutuelles sans intermédiaires (MSI) étaient, à l'origine, réservées à certaines professions, mais certaines d'entre elles, comme la MACIF et la MAAF, sont désormais généralistes. En revanche, la GMF (fonctionnaires) et la MAIF (enseignants) restent réservées aux professions concernées.

2. - La diversification des modes de distribution

Les modes de distribution des produits de l'assurance automobile se sont diversifiés depuis une vingtaine d'années, la distribution sans intermédiaires prenant de plus en plus d'importance.

Les intermédiaires sont les agents généraux et les courtiers. L'agent général, professionnel indépendant, est mandaté par une compagnie pour apporter à celle-ci des clients qu'il conseille et dont il gère les contrats. Sa rémunération est constituée de commissions, de l'ordre de 16 % des primes hors taxes en assurance automobile. Mandataire exclusif, il doit apporter toute sa clientèle à la compagnie mandante sauf dans le cas des risques qu'elle ne pratique pas. Il peut, dans ce cas, être mandataire de plusieurs sociétés. Le courtier est un commerçant indépendant mandaté par ses clients pour placer leurs risques aux meilleures conditions, auprès d'une compagnie d'assurances. Il s'adresse donc, en principe, à plusieurs compagnies. Il est propriétaire de son

portefeuille et est rémunéré par une commission d'environ 15 % sur le montant hors taxes des primes automobile.

Les modes de distribution sans intermédiaires sont variés :

- réseaux salariés des sociétés anonymes d'assurances,
- entreprises mutuelles sans intermédiaires,
- réseaux bancaires (bancassurance),
- vente directe (par téléphone),
- grande distribution,
- autres canaux (réseaux des constructeurs automobiles par exemple) et nouveaux supports (minitel, Internet...).

3. - L'assurance directe

La vente des contrats d'assurance directe est réalisée par téléphone et par courrier. Les assureurs directs sélectionnent les conducteurs qu'ils souhaitent assurer selon des critères clairement affichés (nombre de sinistres, niveau de malus/bonus, profil du conducteur...) afin d'attirer les meilleurs risques. Ils proposent des primes compétitives.

En France, l'assurance directe a été introduite dans un contexte concurrentiel dynamique en raison, notamment, du développement des mutuelles et de la liberté tarifaire obtenue en 1986. En 1976, les mutuelles directes et autres sociétés sans intermédiaires représentaient 1/5 du marché, les 4/5 étant constitués par les agents et les courtiers. Vingt ans après, les sociétés sans intermédiaires et les agents ou courtiers se partageaient le marché presque à égalité.

Les représentants de la société Direct Assurance IARD, filiale à 100 % de la société Axa, ont exposé les raisons qui ont amené les assureurs traditionnels à créer des sociétés d'assurance directe. Ils ont indiqué que les assureurs traditionnels, au début des années 80, avaient vainement tenté de lutter contre le recul de leurs parts de marché en mettant l'accent sur la sélection des bons conducteurs. Puis, leurs réflexions ont porté sur l'introduction de nouveaux modes de distribution, sans intermédiaires, afin de tirer les conséquences de la segmentation du marché et de l'émergence d'une nouvelle clientèle plus sensible au niveau de prix qu'aux services rendus par les courtiers et agents d'assurance. De création relativement récente, les sept sociétés spécialisées dans l'assurance directe sont des filiales des grands groupes traditionnels de l'assurance. L'exemple anglais a fortement contribué à inciter les sociétés d'assurance traditionnelles à créer un système de distribution en direct. En effet, l'assurance directe est devenue au Royaume-Uni le principal canal de distribution de l'assurance automobile, les sociétés de vente directe ayant acquis, en l'espace d'une dizaine d'années, 30 % du marché de l'assurance automobile britannique, selon le rapport sur la vente d'assurance à distance publié en 1997 par le Centre d'analyse et de prospective de l'assurance.

En France, les assureurs estimaient la part de marché potentielle de l'assurance directe à environ 10 %. De fait, ce nouveau mode de distribution n'est pas parvenu à s'imposer face à l'offre des mutuelles sans intermédiaire et à la vente de contrats d'assurance aux guichets des établissements financiers,

comme l'indiquent les diverses évaluations disponibles. Une enquête de la SOFRES, réalisée en mars 1993, évaluait le taux de pénétration de l'assurance directe à 1,3 %. Selon le rapport de la Fédération française des sociétés d'assurance pour l'année 1997, la vente directe ne représentait que 2,9 % du marché de l'assurance dommages. S'agissant de l'assurance automobile, les cinq sociétés dont les chiffres d'affaires sont disponibles, Nexx et Zuritel n'ayant pas publié leurs résultats, détenaient 0,76 % du marché en 1997. L'argus du 3 mai 2002 estime le taux de pénétration de l'assurance directe sur le marché de l'assurance dommages à 1,5 %.

La distribution de l'assurance automobile passe désormais par les réseaux classiques, par les guichets de banque, les constructeurs de voiture, la grande distribution, la VPC, les sites portail sur internet. Cette diversification contribue à accroître la concurrence sur ce segment et la pression exercée sur les prix reste forte. L'intensification de la concurrence incite désormais les assureurs à développer, au sein des contrats, des services annexes pour différencier leur offre et fidéliser leur clientèle.

Source : rapport FFSA 1997 cf. pièce 1724, p. 63 (cote 432)

Répartition des modes de distribution en assurance de dommages (en %)					
	1993	1994	1995	1996	1997
Guichets*	3	4	5	5,2	5,9
Agents	44	42	40	38,9	36,8
Courtiers	19	19	20	19,0	19,2
Salariés	4	4	4	4,0	3,3
Sociétés sans intermédiaires	27	28	29	30,8	31,9
Vente directe et autres modes	3	3	2	2,1	2,9

* Guichets d'établissements financiers, de la Poste et du Trésor

■ B. - Les faits dénoncés

Le Syndicat français des assureurs conseils (SFAC), dont les adhérents sont des courtiers en assurance, reproche à quatre sociétés d'assurance directe, Direct Assurance IARD, Tellit Direct Assurance, Eurofil et Société occidentale d'assurance, de proposer des contrats d'assurance automobile à des tarifs très bas, de 40 à 50 % moins chers que ceux pratiqués par les compagnies traditionnelles, afin d'évincer les courtiers en assurance du marché de l'assurance automobile.

Le SFAC prétend que cette pratique peut être qualifiée de prix abusivement bas au sens de l'article L. 420-5 du code de commerce et soutient que ces quatre sociétés enregistrent des pertes comptables importantes et récurrentes et que le montant de leurs charges excèdent le montant des primes encaissées. Selon lui, cette pratique de prix abusivement bas révèle l'intention des sociétés d'assurance directe de dominer le marché de l'assurance automobile et d'évincer les courtiers.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Considérant que l'article L. 464-6 du code de commerce énonce que *«Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, 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»* ; que l'article L. 420-5 du code de commerce énonce que *«sont prohibées les offres 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»*.

Considérant que le contrat d'assurance automobile couvre de façon standardisée quatre grands risques, la protection contre le vol ou les dégradations du véhicule, la protection contre l'incendie, la protection contre les bris de glace, la protection contre les dommages résultant d'un accident, auxquels peuvent éventuellement s'ajouter des garanties complémentaires telles que l'assistance ou la protection du conducteur ; que les contrats d'assurance automobile, quel que soit le support de vente, offrent des prestations similaires ; que les assurés, en souscrivant une assurance automobile, ont comme objectif unique la prévention des risques attachés à la possession d'un véhicule ; qu'il résulte de ce qui précède que le marché pertinent à prendre en considération est le marché de l'assurance automobile ;

Considérant que le SFAC soutient que les tarifs proposés par les entreprises d'assurance directe sont abusivement bas au sens de l'article L. 420-5 du code de commerce ; que le Conseil de la concurrence, à plusieurs reprises, a précisé que *«les dispositions envisagées qui définissent le prix abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation s'inscrivent dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire et nationale sur les prix de prédation»*, notamment dans son avis n° 97-A-18 du 8 juillet 1997 concernant l'application de l'article 10-1 de l'ordonnance au secteur du disque ; que la pratique d'un prix de prédation constitue un abus pour une entreprise en position dominante ; que le Conseil a rappelé, dans ce même avis, la définition du prix prédateur telle qu'elle a été donnée par la Cour de justice des Communautés européennes dans l'arrêt AKZO du 3 juillet 1991 : *«- des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (...) 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 (...) puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (...) 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» ; qu'il a énoncé que : «En tout état de cause, seront pris en considération les coûts variables qui permettent de présumer un effet d'éviction ; la référence aux coûts moyens totaux ne peut être effectuée que si la pratique de prix bas est accompagnée d'indices suffisamment sérieux, probants et concordants d'une volonté délibérée de capter la clientèle au détriment du concurrent. Cette volonté peut résulter des conditions dans lesquelles la pratique a été mise en œuvre, notamment lorsqu'elle relève d'un comportement qui s'écarte de la politique commerciale habituelle du distributeur et/ou parce qu'elle est clairement dirigée contre un concurrent» ;

Considérant qu'il résulte des références ainsi rappelées que, dans l'hypothèse où une entreprise aurait pratiqué un prix de vente qui serait inférieur aux coûts variables, la preuve de la volonté d'éviction résulte de plein droit de la mise en œuvre de cette pratique si l'entreprise est en position dominante, comme c'est le cas dans les circonstances de l'arrêt AKZO ; mais que si l'entreprise n'est pas en position dominante, comme c'est le cas envisagé dans l'avis n° 97-A-18 relatif aux prix abusivement bas, cette pratique constitue une présomption simple ou indice de sa volonté d'éviction, qui doit être complétée par d'autres indices pour établir l'existence d'une telle volonté ; que, dans ce dernier cas, il convient alors d'examiner si la démonstration de la volonté d'éviction ou de la potentialité d'éviction, exigée par le texte de l'article L. 420-5 du code de commerce, résulte de l'ensemble des éléments figurant au dossier ; que, dans le cas d'espèce, il convient donc de comparer les tarifs des assureurs directs aux coûts effectivement supportés et d'établir si ces tarifs peuvent avoir pour objet ou pour effet d'éliminer les courtiers d'assurance du marché de l'assurance automobile ;

878

Sur la comparaison des tarifs aux coûts

Considérant qu'il ne suffit pas de constater que les entreprises d'assurance directe proposent des tarifs sensiblement inférieurs aux prix habituellement pratiqués par les assureurs traditionnels sur le marché de l'assurance automobile pour établir l'existence d'un prix abusivement bas au sens de l'article L. 420-5 du code de commerce, cette différence pouvant s'expliquer par des disparités de coût, de rentabilité ou une plus forte sélection des risques ;

Considérant, en effet, qu'une comparaison entre d'une part, les tarifs pratiqués sur des produits d'assurance lors de la signature d'un contrat et, d'autre part, les coûts totaux supportés par l'assureur, nécessite un calcul complexe prenant en compte les variables aléatoires que sont la probabilité d'un sinistre et la durée totale du contrat ; qu'en effet, il s'agit de comparer la valeur actualisée de la somme des primes versées sur la durée future du contrat avec la valeur actualisée, sur la même durée, des coûts d'acquisition, de commercialisation et de gestion du contrat, augmentée de la valeur actualisée du coût des sinistres à venir ; que, dans le cas des sociétés d'assurance directe, ce calcul serait biaisé par le fait qu'étant de création relativement récente, et en phase de croissance rapide de leur portefeuille de risques, elles supportent des coûts d'acquisition élevés, sans que la durée

moyenne de l'ancienneté de leurs contrats ait atteint sa pleine maturité ; que, en conséquence, les pertes comptables enregistrées par les entreprises en cause ne suffisent pas à démontrer que leurs prix sont inférieurs aux coûts totaux ;

Sur l'objet ou l'effet d'éviction

Considérant, en premier lieu, qu'il ressort des éléments du dossier que l'implantation des assurances directes par les assureurs traditionnels a été réalisée pour faire face à la concurrence des mutuelles, la conquête par ces dernières d'une part de marché conséquente ayant en effet montré que le marché s'était segmenté et qu'une part importante de la clientèle était moins sensible aux services rendus par des intermédiaires, tels que les courtiers, qu'aux tarifs pratiqués ; que l'objet poursuivi n'était donc pas l'éviction des courtiers en assurance, qui continuent d'ailleurs à distribuer une part notable, bien qu'en baisse, des assurances automobile (17 %), mais la diversification des modes de distribution offerts aux consommateurs ; qu'une telle diversification est de nature à favoriser le jeu de la concurrence ;

Considérant, en second lieu, qu'aucun élément du dossier ne permet d'établir que les tarifs pratiqués par les assureurs directs ont eu pour effet d'évincer des courtiers du marché ou ont été la cause directe d'une baisse importante de leur chiffre d'affaires ; que l'éventualité de l'éviction des courtiers du fait des sociétés mises en cause est peu probable, compte tenu de la faible part de marché détenue par l'assurance directe, inférieure à 3 % ; que le Conseil, dans l'avis n° 97-A-18 précité, avait souligné que : *«Seule une pratique de prix très bas mise en oeuvre par un distributeur, dont le maintien sur le marché est en tout état de cause assuré notamment en raison de sa part de marché, de ses capacités financières, de ses structures commerciales, et à condition que la pratique soit de nature à évincer du marché préalablement défini des distributeurs qui ne disposeraient pas eux-mêmes des moyens de résister à cette pratique commerciale, pourrait revêtir un caractère abusif»* ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il convient de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce ;

Décide

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} Toulemont-Dakouré, par M. Nasse, vice-président, présidant la séance, M^{me} Perrot, MM. Charrière-Bournazel, Lasserre et Piot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président, présidant la séance
Philippe Nasse

02-D-67

Décision n°02-D-67 du 7 novembre 2002 relative à une saisine des sociétés Jean Chapelle et Semavem à l'encontre des sociétés Darty, Caprofem et certains de leurs fournisseurs

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre, enregistrée le 8 juillet 1992, par laquelle les sociétés Semavem et Jean Chapelle ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les sociétés Darty et Caprofem ainsi que par certains de leurs fournisseurs ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et à la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu la décision du Conseil de la concurrence n° 00-D-49 du 14 novembre 2000 prononçant un sursis à statuer ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement, la société Semavem et la société Concurrence venant aux droits de la société Jean Chapelle.

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et le représentant des sociétés Concurrence et Semavem entendus lors de la séance du 17 septembre 2002 ;

Les parties saisissantes exposent que la société Caprofem, lorsqu'elle est livrée et facturée par sa maison mère, la société Darty, obtient des ristournes par son intermédiaire, alors qu'elle ne remplit pas les conditions pour en bénéficier. De la sorte, la société Caprofem profiterait, dans le cadre d'une entente entre Caprofem, Darty et les fournisseurs en cause, d'une application discriminatoire des conditions de vente de ces fournisseurs, qui aurait pour effet de constituer un désavantage dans la concurrence au détriment des plaignantes.

Les fournisseurs cités dans la saisine, au nombre de 26, sont : Alpine, Bose, Cabasse, Canon, Daewo, Denon, Grundig, Hitachi, JVC audio, JVC vidéo, Kenwood, Luxman, Marantz, Minolta, Panasonic, Philips, Radiola, Saba, Sanyo, Schneider, Sharp, Sony, Technics, Telefunken, Thomson, Yamaha.

Selon le rapport d'enquête, la société Caprofem exerce une activité de gros-siste et assure également l'exposition et la démonstration du matériel.

I - Constatations

A la suite de la saisine du 7 juillet 1992, sont intervenus les actes suivants :

- une demande d'enquête du rapporteur en date du 17 décembre 1993 ;
- des procès-verbaux des services d'enquête de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes en date des 15, 21 et 30 juin 1994 qui concernent les années 1990, 1991 et 1992 ;
- des courriers adressés aux fournisseurs par le rapporteur, datés du 17 avril 1997, concernant les conditions de vente pratiquées pour l'année 1992 ;
- un procès-verbal d'audition du représentant de la société Sony, en date du 24 avril 1997, établi par le rapporteur et concernant l'année 1992 ;
- un procès-verbal d'audition des représentants des sociétés Darty et Caprofem en date du 2 septembre 1999 établi par le rapporteur ;
- une précédente proposition de non-lieu adressée aux parties le 8 novembre 1999.

Par ailleurs, les services de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ont demandé aux parties saisissantes, par lettres des 15 juin 1994, 23 juin 1994 et 6 juillet 1994, de leur communiquer les conditions commerciales obtenues par les sociétés Concurrence et Semavem auprès des fournisseurs visés dans la saisine. Ces demandes réitérées sont restées sans suite.

L'examen des documents recueillis au cours de l'enquête administrative et de l'instruction fait apparaître que ces éléments concernent les années 1990, 1991 et 1992, à l'exclusion de l'année 1989.

A la saisine sont joints des courriers et télécopies échangés entre les sociétés requérantes et la société Thomson-Cofadel qui évoquent, notamment, la commercialisation des produits de marque Thomson, Saba et Téléfunken par la société Caprofem :

- télécopie de la société Semavem à Thomson-Cofadel du 13 octobre 1990 :
«Téléfunken et Saba : (...) je constate aussi que ce qui m'est interdit par ces contrats (revente à Intermarché) est autorisé à Darty qui, par sa société de gros Caprofem, revend du Saba et du Téléfunken, en cash and carry, à des revendeurs, des artisans non signataires d'un contrat sélectif Thomson : Même problème avec Caprofem, j'ai signé le contrat et je le respecterai, c'est-à-dire que je ne vendrai pas aux Intermarchés qui ne rendent pas les services exigés au contrat grossiste. Par contre, je vous demande de prendre sans délai les mesures nécessaires auprès de Darty et de m'en rendre compte. Je vous demande communication des conditions de vente qui permettraient la revente dans les Intermarchés.»
- télécopie de la SA Chapelle à Thomson-Cofadel du 20 octobre 1990 :
«(...) m'étant adressé à la société Semavem pour obtenir des produits Thomson, Saba et Téléfunken, il m'a été répondu par cette société qu'elle ne pouvait me revendre ces marques en raison des méthodes de vente de nos établissements : ceci en application du contrat grossiste de votre

société (Thomson) ou de vos contrats sélectifs (Téléfunken, Saba). Je suis très surpris, car adhérent du grossiste cash and carry Caprofem, je peux acheter des produits Thomson, Téléfunken et Saba (mais plus cher), sans que cette société ne s'inquiète de mes méthodes de vente : il en est de même pour d'autres grossistes.»

- télécopie de la société Semavem à Thomson-Cofadel du 26 octobre 1990 :
«(...) Caprofem revend à n'importe qui.»
- courrier de la société Thomson à la société Semavem du 17 octobre 1990 :
«(...) D'autre part, le client Caprofem a signé notre contrat de distribution grossiste Thomson et ne revend les produits Thomson à notre connaissance qu'à des professionnels assurant le SAV et la démonstration de nos produits.»
- télécopie de la société Thomson à la société Chapelle du 29 octobre 1990 :
«Merci d'accuser réception des nombreux éléments que nous vous avons transmis en contrats et tarifs de base. (...) En ce qui concerne la Caprofem, ce client a signé avec la marque un contrat grossiste et nous n'avons aucun élément à ce jour nous permettant de dire qu'il ne respecte pas les éléments y figurant.»
- télécopie de la société Saba à M. Jean Chapelle du 30 octobre 1990 :
«(...) D'autre part la société Semavem à laquelle vous faites allusion dans votre Télécopie est en effet depuis peu l'un de nos nouveaux grossistes. Il est tout à fait normal qu'il ait refusé de vous revendre nos produits si les méthodes de vente de vos établissements ne répondent pas aux conditions contractuelles qui l'unissent à nous : elle ne fait que respecter ses engagements, comme doivent le faire nos revendeurs. La société Semavem nous a, d'ailleurs, fait part des mêmes observations que vous concernant la société Caprofem et la société Camif. Nous lui avons répondu qu'en ce qui concerne Caprofem, cette société est signataire du contrat de distribution grossiste Thomson et qu'à notre connaissance elle respecte les engagements qui en découlent. Cependant, comme vous êtes le second à nous signaler une éventuelle violation des contrats conclus par cette dernière, nous allons de façon interne vérifier ce fait.»

L'instruction a établi que la société Caprofem, filiale à 100 % de la société Darty, est un grossiste dont la clientèle est constituée de professionnels. Sa publicité, que les entreprises plaignantes, ont jointe à leur saisine, indique : «Caprofem : centrale d'achats des professionnels de l'électroménager. Caprofem : pour qui ? la centrale d'achats est réservée aux seuls revendeurs et installateurs y adhérant. Pour vous inscrire, vous devez seulement justifier de votre appartenance à la profession (inscription au registre du commerce ou des métiers)». La société Jean Chapelle était adhérente de Caprofem depuis novembre 1989.

L'enquête effectuée par les services de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes a permis de constater que la société Caprofem n'a eu de relations commerciales directes qu'avec les fournisseurs suivants :

- pour l'année 1990 : Alpine/Luxman, Denon, Panasonic, Sony et Technics ;

- pour l'année 1991 : Alpine/Luxman, Denon, Panasonic, Sanyo, Sony et Technics ;
- pour l'année 1992 : Alpine/Luxman, Denon, JVC Vidéo, Panasonic, Sony et Technics ;

La société Semavem a commandé des produits en 1990 à Bose, Denon, JVC vidéo, Philips, Sony, Telefunken, Thomson et Yamaha, et en 1991, à Sony et JVC vidéo. En 1992, elle n'a passé commande auprès d'aucun des vingt-six fournisseurs visés dans la saisine. M. Chapelle a indiqué que, depuis novembre 1991, la société Semavem n'avait plus d'activité économique.

La société Jean Chapelle a passé des commandes, en 1990 et 1991, auprès de Bose, Canon, Denon, JVC vidéo, Sony et Yamaha, en 1992 auprès des mêmes à l'exception de JVC vidéo.

Pour sa part, la société Darty a communiqué des fiches accompagnées d'échantillons de factures établies, d'une part, par des fournisseurs à Darty, d'autre part, par Darty à Caprofem. Ces éléments permettent d'avoir connaissance des conditions auxquelles elle rétrocédait des produits à sa filiale Caprofem en 1992. Ils montrent que les rétrocessions étaient facturées par Darty à Caprofem à prix nets, sans qu'apparaissent des ristournes de services. Les prix de facturation coïncident avec ceux portés sur les factures des fournisseurs pour vingt-deux d'entre eux. Sur les factures de Darty à sa filiale ne figurent pas les ristournes de services ou de coopération commerciale spécifiques négociées entre les fournisseurs et la société Darty.

En ce qui concerne spécifiquement les fournisseurs communs, entre 1990 et 1992, au groupe Darty/Caprofem, d'une part, aux sociétés Semavem et Jean Chapelle, d'autre part, à savoir Sony, Canon, Denon, Yamaha, Bose et JVC Vidéo, Téléfunken, Thomson, les constatations suivantes peuvent être faites :

Pour Yamaha, le rapport d'enquête signale que Caprofem n'a pas vendu de produits de cette marque. Il n'y a donc pas eu de rétrocessions de Darty à Caprofem concernant ce fournisseur.

Les factures de Canon à Darty ne font apparaître qu'une partie des rémunérations figurant dans leurs accords pour 1990 et 1991. La fiche Canon, communiquée en 1997 par Darty au rapporteur, permet de constater que, dans le cadre de la revente à Caprofem, Darty rétrocède seulement les remises de base sur facture en ne répercutant ni la remise de volume semestrielle (7 %) ni la ristourne de coopération (1 ou 2 %). Sur ces documents n'apparaissent pas les rémunérations supplémentaires de 37 % dénoncées par la saisine. En tout état de cause, le prix facturé par Darty à Caprofem est supérieur de 8 à 9 % au prix, après ristourne, facturé par Canon à Darty. Le montant des achats de produits Canon par Caprofem auprès de Darty s'est élevé, en 1992, à 473 000 F.

Les fiches internes de Darty récapitulant les conditions consenties par Denon pour 1990, 1991 et 1992 portent la mention «*prix nets sur facture*». Les factures de Denon à Darty ne font apparaître aucune remise liée aux services signalés par la saisine. La fiche Denon communiquée au rapporteur

en 1997 par Darty permet de constater que la rétrocession à Caprofem s'opère au même prix net que celui facturé par Denon, sans qu'apparaissent sur les factures les rémunérations supplémentaires de 30 % dénoncées par la saisine. Le montant des achats de produits Denon par Caprofem auprès de Darty s'est élevé, en 1992, à 334 000 F.

Les fiches internes de Darty récapitulant les conditions consenties par Bose pour 1990, 1991 et 1992 indiquent une remise de base sur facture initialement de 42 %, majorée de 5 % à partir d'avril 1991. Les factures de Bose à Darty ne font apparaître aucune remise liée aux services signalés par la saisine, mais seulement des prix nets. La fiche Bose, communiquée au rapporteur en 1997 par Darty, permet de constater que la rétrocession à Caprofem s'effectue au même prix net que celui facturé par Denon, sans qu'apparaissent sur les factures les rémunérations supplémentaires de 20 à 25 % dénoncées par la saisine. Le montant des achats de produits Bose par Caprofem auprès de Darty s'est élevé, en 1992, à 207 000 F.

Les accords entre Darty et Téléfunken pour 1990, 1991 et 1992 prévoient des remises sur facture liées à des réalisations quantitatives et non à des services, ce que confirment les factures et la fiche Téléfunken communiquée au rapporteur en 1997 par Darty. Le montant des achats de produits Téléfunken par Caprofem auprès de Darty s'est élevé, en 1992, à 226 000 F.

Pour Thomson, les factures présentent, entre le prix tarif et le prix facturé, un écart en moins de 35 % en 1990, 38 % en 1991 et 48 % en 1992, sans aucune précision sur le détail des rémunérations couvertes par cette remise globale. La fiche concernant Thomson, établie par Darty, indique que Darty rétrocède à Caprofem les produits de cette marque aux conditions accordées par Thomson à Darty. En réponse au rapporteur qui, en 1997, a tenté d'obtenir des informations plus précises, la société Thomson a indiqué qu'elle ne disposait plus des documents susceptibles de satisfaire à cette demande, en raison de l'ancienneté des faits. Le montant des achats de produits Thomson par Caprofem auprès de Darty s'est élevé, en 1992, à 2 516 000 F.

S'agissant de Sony, la comparaison des barèmes pour 1990, 1991 et 1992 avec les factures amène à constater que Darty bénéficie, sur facture, d'une rémunération maximale de 24 puis 25 %, ce qui correspond à la remise quantitative de 17 % assortie de la remise pour démonstration de 3 % et de la remise de livraison de 5 %. Par contre, n'y figure pas la ristourne hors facture pour le service après vente de 3 %. La fiche Sony, communiquée au rapporteur en 1997 par Darty, permet de relever que, dans le cadre de la rétrocession à Caprofem, Darty facture au même prix que celui facturé par Sony incluant les trois remises précitées d'un taux global de 25 %. En revanche, il est établi qu'elle ne rétrocède pas à Caprofem la ristourne de service après vente ni aucune autre rémunération qui pourrait résulter d'un accord de coopération spécifique entre Darty et Sony. Le taux global de remises ainsi répercuté à Caprofem est sensiblement inférieur à celui de 45 % annoncé par les saisissantes. Par ailleurs, les achats de produits Sony par Caprofem auprès de Darty ont représenté, en 1992, un montant de 314 000 F. Dans le même temps, les achats de Darty auprès de Sony se sont élevés à 397 997 000 F.

Pour JVC Vidéo, l'examen des barèmes de rémunérations pour 1990, 1991 et 1992 ainsi que des accords de coopération commerciale et des factures permet de relever que Darty bénéficiait sur facture d'une rémunération maximale de 21 % jusqu'en 1991 puis 27 % en 1992, de rémunérations de services par avoirs mensuels et de primes en francs distinctes par référence de produit, versées par avoir séparé si l'objectif quantitatif défini est atteint. Dans la fiche JVC communiquée au rapporteur en 1997, Darty précise qu'elle ne reversait à Caprofem que la remise sur factures et aucune des ristournes hors facture.

Jusqu'en 1991, cette remise sur facture était la remise de base de 21 % accordée «à tout revendeur professionnel». En 1992, la remise de base de 21 % a disparu, mais les rémunérations pour services ont figuré immédiatement sur la facture et n'ont donc plus été réglées par avoir différé. Darty en percevait 27 % soit la totalité des remises qualitatives. Par ailleurs, l'accord de coopération prévoyait le versement, différé d'un mois, d'une remise de 6 % pour programmation des commandes. Il concernait les achats groupés des entreprises appartenant à un même groupe.

Les éléments figurant au dossier montrent que Darty a refacturé les produits à Caprofem en incluant un total de remises de 24 % soit 9 % en moins par rapport au total des ristournes consenties par JVC à Darty. Ainsi, Darty n'a pas rétrocédé à Caprofem la remise de service après vente (3 %) et la remise de gamme (6 %). Les 24 % correspondent, d'une part, à la remise de programmation de 6 % et, d'autre part, aux 18 % de remises qualitatives incluant la démonstration des produits aux clients (4 %), assurée par Caprofem, la régularité des paiements (4 %), l'assistance au service après vente (4 %) laquelle consiste, notamment, à assurer la reprise des appareils en panne des clients pour les acheminer vers le centre agréé JVC lorsque le distributeur ne dispose pas de son propre service après vente, et la remise de présentation (6 %). Le montant des achats de produits JVC Vidéo par Caprofem auprès de Darty s'est élevé, en 1992, à 233 000 F.

II - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Sur la procédure

Considérant que les parties saisissantes exposent que la proposition de non lieu aurait dû être communiquée à Darty et à tous les fournisseurs visés par sa saisine ;

Mais considérant que l'article L. 464-6 du code de commerce dispose que *«Lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, 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.»* ; qu'il résulte de ces dispositions

que lorsqu'à la suite de son instruction, le rapporteur établit une proposition de non-lieu, seuls l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement sont admis à consulter le dossier et à présenter des observations ;

Sur la prescription

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce, reprenant les dispositions de l'article 27 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, 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*» ;

Considérant que la Cour de cassation, dans un arrêt du 17 juillet 2001, rendu sur le pourvoi formé par la société Thomson France contre un arrêt rendu le 9 mars 1999 par la cour d'appel de Paris, a jugé que la prescription prévue à l'article 27 de l'ordonnance précitée était acquise dès lors qu'aucun acte visant à la recherche, la constatation ou la sanction des faits de la cause n'avait été effectué dans une période de trois ans courant à compter du dernier acte interruptif ;

Considérant que les diligences accomplies au cours de l'enquête ont permis de recueillir les courriers adressés chaque année par les fournisseurs à la société Darty, et dans lesquels ceux-ci récapitulent les ristournes tant quantitatives que qualitatives consenties à leur cliente en fonction des engagements pris par elle pour l'année considérée ; qu'il apparaît ainsi que les conditions de vente des fournisseurs, qui regroupent des remises sur factures, des ristournes différées et des accords de coopération spécifiques, rémunérations liées soit à des quantités soit à des services rendus, étaient, durant la période examinée, négociées annuellement en fonction des performances réalisées l'année précédente, des objectifs envisageables pour l'année à venir et de l'étendue des services sur lesquels le distributeur était prêt à s'engager ; que les rémunérations convenues entre un fournisseur et un distributeur pouvaient donc, chaque année, évoluer à la hausse ou à la baisse selon l'étendue des engagements pris par le distributeur pour l'année considérée ;

Considérant que le rapport en déduit que, les actes d'enquête interruptifs de prescription n'ayant concerné que les pratiques dénoncées au titre de l'année 1992 et non celles qui se sont situées au cours des années 1989, 1990 et 1991, la prescription est acquise en ce qui concerne ces trois années ; que les plaignantes soutiennent au contraire que la période dont le Conseil est saisi forme un tout et que les actes d'enquête concernant une année interrompent la prescription pour l'ensemble des comportements dénoncés ;

Considérant que le Conseil est saisi *in rem* des comportements susceptibles d'être imputés aux entreprises dans leur ensemble et pour l'ensemble de la période couverte par cette saisine ; que, dès lors qu'il est établi qu'un acte tendant à la recherche à la constatation ou à la sanction de ces comportements, même s'il ne concerne qu'une des entreprises incriminées ou une partie seulement des faits commis pendant la période visée par la saisine, est intervenu avant le terme du délai légal de trois ans suivant le dernier

acte interruptif, la prescription se trouve interrompue par l'effet de cet acte à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés ;

Considérant qu'en l'espèce, la saisine a été déposée le 8 juillet 1992 ; qu'en application des dispositions de l'article L. 462-7 du code de commerce, précité, la recherche des comportements discriminatoires dénoncés pouvait remonter jusqu'au 8 juillet 1989 et porter sur les conditions de vente octroyées pour les années 1989, 1990, 1991 et 1992 ;

Considérant qu'entre la date de la saisine et la proposition de non-lieu établie par le rapporteur et adressée aux parties saisissantes le 17 avril 2002, sont intervenus plusieurs actes tendant à la recherche, la constatation et la sanction des comportements signalés dans la saisine pour la période correspondant aux quatre années visées par celle-ci ; qu'ainsi, à la suite d'une demande d'enquête en date du 17 décembre 1993, ont été établis par le service d'enquête des procès-verbaux d'audition en date des 15, 21 et 30 juin 1994 ; qu'ensuite, les rapporteurs successifs ont, tout d'abord, adressé, le 17 avril 1997, des courriers aux fournisseurs visés par la saisine, puis, procédé à des auditions de la société Sony le 24 avril 1997, des sociétés Darty et Caprofem en septembre 1999 ; que l'instruction ainsi menée a abouti à l'établissement d'un rapport de non-lieu en novembre 1999 ; qu'il en résulte que ces actes, accomplis successivement dans des délais inférieurs à trois ans par rapport au dernier acte interruptif effectué, ont interrompu la prescription pour l'ensemble des faits dénoncés ;

Sur le fond

a) Sur l'entente alléguée entre la société Caprofem et les fournisseurs mis en cause :

Considérant que l'instruction a établi que la société Caprofem n'avait eu aucune relation commerciale avec vingt et un des vingt-six fournisseurs incriminés en 1990, vingt en 1991 et 1992 ;

Considérant qu'en ce qui concerne les cinq ou six fournisseurs avec lesquels Caprofem a eu des relations commerciales directes sur la période considérée, il n'existe au dossier aucun élément permettant d'établir que cette société aurait bénéficié de la part de ces fournisseurs de conditions discriminatoires dont n'auraient pu bénéficier les sociétés saisissantes ; qu'à supposer même que les conditions octroyées par les fournisseurs à Caprofem aient été discriminatoires, ni la saisine, ni l'instruction n'apportent d'élément permettant de penser qu'aurait été conclu entre la société Caprofem et ces fournisseurs un accord de volontés en vue de limiter l'accès au marché ou la libre concurrence ; qu'en particulier, le dossier ne contient pas d'indice laissant présumer que Caprofem aurait demandé que les avantages dont elle aurait bénéficié ne soient pas octroyés à d'autres distributeurs, ni que les fournisseurs concernés auraient accédé à une telle requête ; que le représentant des sociétés Semavem et Concurrence en a convenu, lors de la séance, et a précisé que sa saisine visait à dénoncer une entente entre Darty et les fournisseurs ;

b) Sur l'entente entre les sociétés Darty et Caprofem :

Considérant qu'en ce qui concerne la rétrocession de produits de certains fournisseurs à la société Caprofem par la société Darty, l'instruction a établi que Darty avait refacturé ces produits à Caprofem au même prix que celui que lui avait facturé vingt-deux des vingt-six fournisseurs concernés par la saisine ; que, pour les quatre autres, la refacturation a été faite à un prix supérieur ;

Considérant que, lors de son audition par le rapporteur, le représentant de la société Darty a précisé que la société Caprofem est une filiale à 100 % de la société Darty laquelle en est la gérante ; que les dirigeants de Caprofem sont nommés directement par la société mère et que les gammes de produits commercialisés par Caprofem sont déterminées à 80 % par Darty ; que les conditions d'achat aux fournisseurs sont négociées au niveau du groupe ;

Considérant que l'accord entre une société et sa filiale qui ne dispose pas d'une autonomie réelle dans la détermination de sa ligne d'action sur le marché et qui forme une unité économique avec sa société mère n'entre pas dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du code de commerce ; qu'ainsi, de par le lien étroit de filialisation existant entre les deux sociétés et l'absence d'autonomie de la société Caprofem quant à sa politique et ses conditions d'achat, la pratique de rétrocession de produits, quel qu'en soit le contenu, ne relève pas des dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

c) Sur l'entente entre la société Darty et les fournisseurs mis en cause :

Considérant que l'instruction a établi qu'entre 1990 et 1992, les sociétés Darty et Caprofem ont eu huit fournisseurs en commun avec les sociétés Chapelle et Semavem, à savoir Bose, Canon, Denon, JVC Vidéo, Sony Téléfunken, Thomson, Yamaha ; qu'il convient d'examiner si les rétrocessions des produits de ces fournisseurs par la société Darty à la société Caprofem ont donné lieu à des traitements discriminatoires favorables à Caprofem au détriment d'autres entreprises et, notamment, des parties saisissantes ;

Considérant que, sur la période considérée, Caprofem n'a pas commercialisé de produits Yamaha et n'a donc pas bénéficié de rétrocessions de produits de cette marque de la part de Darty ; qu'en ce qui concerne les marques Canon, Téléfunken, Sony et JVC Vidéo, les éléments de fait, relatés dans la partie I de la présente décision, permettent de conclure que la société Darty, lorsqu'elle a rétrocédé des produits de ces marques à Caprofem, n'a pas répercuté à Caprofem la totalité des ristournes qu'elle avait obtenues de ces marques ; que, notamment, Darty n'a pas reversé à Caprofem, selon le cas, des rémunérations liées au service après vente, à la gamme, ou à la coopération commerciale ; qu'en ce qui concerne les marques Denon, Bose et Thomson, il ressort des pièces figurant au dossier que Darty a répercuté à Caprofem soit les mêmes prix nets sur facture que ceux appliqués par le fabricant (Denon), soit une remise globalisée sans que les éléments recueillis permettent de déterminer si ces prix nets ou cette remise globale incluent des

rémunérations (Bose, Thomson) ; qu'ainsi, pour cinq des fournisseurs en cause (Yamaha, Canon, Telefunken, Sony et JVC Vidéo), il est établi qu'aucune ristourne indue n'a été consentie par Darty à Caprofem et que, pour les trois autres (Denon, Bose et Thomson), il n'est pas démontré que des ristournes indues aient été consenties par la société mère à sa filiale ;

Considérant que les parties saisissantes sollicitent le renvoi du dossier à l'instruction afin qu'il soit procédé à de nouvelles investigations qu'elles estiment nécessaires ; que, cependant, l'enquête effectuée par les services de la DGCCRF a été d'abord complétée par des demandes de renseignements adressées aux fournisseurs au cours de l'instruction afin de vérifier, notamment, le contenu de leurs conditions générales de vente et de leurs barèmes de remises et ristournes, ce qui a permis d'apprécier les bases sur lesquelles fonctionnaient leurs relations avec la société Darty et de les comparer aux relations entre cette dernière société et sa filiale ; que, de même, il a été procédé par le dernier rapporteur en charge du dossier à l'audition d'un responsable de la société Darty et d'un responsable de la société Caprofem qui se sont expliqués sur les liens sociaux et économiques unissant ces deux entreprises ; qu'au vu de l'ensemble de la procédure, il n'apparaît pas que des diligences complémentaires pourraient apporter des éléments de preuve permettant de caractériser l'existence d'une entente anticoncurrentielle entre Darty et les fournisseurs, communs ou non à cette entreprise et aux sociétés Chapelle et Semavem, visés par la saisine ;

Considérant, par ailleurs, que la qualification d'entente anticoncurrentielle suppose, pour pouvoir être retenue, que soit démontrée une volonté commune de deux ou plusieurs partenaires économiques de limiter ou de fausser le jeu de la concurrence ; qu'en matière de pratiques tarifaires, la jurisprudence, telle qu'elle ressort, notamment, d'un arrêt Sony rendu par la chambre commerciale de la Cour de cassation le 29 octobre 1996, exige, s'agissant de l'octroi de ristournes, l'existence d'éléments établissant que le fournisseur a consenti à certains distributeurs des dérogations aux stipulations contractuelles concernant les conditions d'attribution de ces avantages ;

Considérant que l'instruction n'a pas fait apparaître que les rétrocessions de produits par la société Darty à la société Caprofem auraient fait l'objet d'un accord entre la société Darty et les fournisseurs concernés, ni que cette rétrocession aurait été évoquée dans le cadre des conventions commerciales passées entre Darty et ces fournisseurs, ni que la société Darty aurait tenu ses fournisseurs informés de l'existence, de l'étendue et des conditions tarifaires de la rétrocession de leurs produits à Caprofem ;

Considérant que le représentant des parties saisissantes soutient, néanmoins, dans ses observations écrites, que les fournisseurs ne peuvent ignorer que les produits de leurs marques, commercialisés par Caprofem, sont rétrocédés à cette dernière par sa société mère ; qu'il a, en outre, déclaré, lors de la séance, qu'il avait écrit à tous les fournisseurs pour les alerter sur cette pratique de rétrocession de leurs produits par Darty à Caprofem ; qu'ainsi, à défaut d'accord formel, il existerait au moins un accord tacite entre Darty et les fournisseurs ;

Mais considérant, d'abord, que l'affirmation selon laquelle M. Chapelle aurait alerté tous les fournisseurs n'est appuyée d'aucun commencement

de preuve, les seules pièces jointes à la saisine consistant en des échanges de courriers et de télécopies entre les sociétés Chapelle et Semavem et la société Thomson-Cofadel à propos des produits de marque Thomson, Saba et Téléfunken ; qu'il résulte de ces documents, dont le contenu a été rappelé au I ci-dessus, que les sociétés Chapelle et Semavem dénonçaient le fait que la société Caprofem revendrait des produits des marques Thomson, Saba et Téléfunken «à n'importe qui» et non le fait que la société Darty ferait bénéficier de façon indue sa filiale Caprofem de certaines ristournes obtenues par la société mère auprès du fournisseur Thomson ; qu'en réponse à ces courriers, la société Thomson a assuré qu'elle vérifiait que Caprofem respectait les conditions de son contrat grossiste et qu'à sa connaissance les reventes effectuées par la société Caprofem étaient conformes aux stipulations de ce contrat ;

Considérant, ensuite, qu'il n'existe au dossier aucun élément permettant de penser que, quel qu'ait été le contenu des accords liant la société Darty et les fournisseurs mis en cause, ces derniers n'auraient, en fait, rien ignoré des conditions de rétrocession de leurs produits à la société Caprofem, s'agissant, en l'espèce, du fonctionnement de relations contractuelles auxquelles ces fournisseurs n'étaient pas parties et dont ils n'avaient donc pas de raisons de connaître la teneur ; qu'ainsi, et à supposer même que Darty ait répercuté à Caprofem des ristournes auxquelles celle-ci ne pouvait prétendre, un tel comportement ne saurait être qualifié d'entente anticoncurrentielle entre Darty et ses fournisseurs ;

Considérant, au surplus et en tout état de cause, que le montant des achats de produits rétrocedés par Darty à Caprofem représente, en 1992, 1,25 % seulement des achats de Darty auprès des fournisseurs concernés, cette proportion tombant à 0,07 % pour la société Sony, qui, en 1992, a représenté 20 % des achats de Darty et qui est le principal fournisseur de la société Concurrence ; qu'il en résulte que la part des achats de Darty rétrocedée à Caprofem est faible et que, dans l'hypothèse où il serait établi que Caprofem a bénéficié de la part de sa société mère de conditions financières plus favorables que si elle avait traité directement avec les fournisseurs concernés, l'effet de ce comportement individuel sur le marché serait nécessairement très limité ;

Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède qu'il n'est pas établi que les sociétés Darty, Caprofem et les vingt-six fournisseurs cités dans la saisine aient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce ; qu'il y a lieu, en conséquence, de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce ;

Décide

Article unique : il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Komiha, par M^{me} Pasturel, vice-présidente, présidant la séance, M. Nasse, vice-président et M^{me} Mader-Saussaye, membre, en remplacement de M. Jenny, vice-président empêché.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La vice-présidente, présidant la séance,
Micheline Pasturel

02-D-68

Décision n°02-D-68 du 14 novembre 2002 relative à des pratiques mises en œuvre sur le secteur des tuyaux de gaz flexibles

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu la lettre enregistrée le 31 juillet 1998, sous le numéro F 1073, par laquelle les sociétés Tubiflex, PB Tub et Dipra ont saisi le Conseil de pratiques qualifiées d'anticoncurrentielles au sens des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, mises en œuvre à leur encontre par les sociétés Le Boa et Gazinox ;

Vu le livre IV du code de commerce, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement et par les sociétés Tubiflex, PB Tub et Dipra, ainsi que Gazinox, Boa AG et GDF ;

Vu la décision n° 01-DSA-01 du 11 janvier 2001 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Tubiflex, PB Tub et Dipra ainsi que Boa AG, Gazinox et GDF entendus au cours de la séance du 11 septembre 2002 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs ci-après exposés :

Décisions / 02-D-68

891

I. - Constatations

■ A. - Le marché

1. - Les produits

Les pratiques soumises au Conseil de la concurrence concernent le marché des tuyaux de gaz à usage domestique, servant de raccordement entre les points d'arrivée de gaz et les cuisinières, fours encastrables et autres appareils.

Ce marché se répartit entre trois types de produits dont la terminologie a été fixée par l'arrêté du 2 août 1977. On distingue :

- les «*tubes*», désignant, dans le milieu professionnel du gaz, les conduits classiques en caoutchouc blanc et souple qui équipèrent longtemps l'essentiel des installations domestiques. Ces tubes en caoutchouc ne comportent pas d'embouts mécaniques de raccord, ce dernier se faisant par simple emboîtement au moyen d'un collier de serrage sur les «*tétines*» du robinet et l'appareil. La durée de vie de ces tubes est de 5 ans ;
- les «*tuyaux flexibles*» comportant à chacune de leurs extrémités des embouts vissables intégrés permettent un raccord mécanique au robinet d'arrivée de gaz (gaz naturel) ou au détendeur de la bouteille (gaz butane ou propane) d'une part, et à l'appareil d'autre part. Les tuyaux flexibles possèdent tous le même pas de vis. Ils diffèrent selon leur composition, dont dépend leur durée de vie ;
On distingue ainsi parmi les «*tuyaux flexibles*» les flexibles simples, en caoutchouc, d'une durée de vie de 5 ans, les flexibles en caoutchouc avec armature, pouvant, pour certains d'entre eux, comporter une tresse inox ou une gaine inox, et disposant d'une durée de vie de 10 ans, et enfin les flexibles métalliques onduleux, constitués d'une structure en inox entourée d'une tresse métallique et enrobés d'une gaine en plastique, dont la durée de vie, théoriquement illimitée, est estimée en pratique à 30 ans.
- les tuyaux rigides en cuivre, installés de manière définitive par des professionnels, notamment à la demande de cuisinistes ;

Les tuyaux flexibles métalliques onduleux étanches au gaz et servant au raccordement du gaz naturel représenteraient environ 56 % du volume des tuyaux flexibles métalliques onduleux. Les tuyaux flexibles métalliques étanches au gaz et servant au raccordement du gaz butane et propane représenteraient environ 44 % du volume des tuyaux flexibles métalliques onduleux.

2. - Le cadre réglementaire et juridique

Les tubes et tuyaux doivent être conformes aux normes nationales, ainsi qu'aux réglementations en vigueur, dont l'arrêté du 2 août 1977, modifié, relatif aux règles techniques et de sécurité applicables aux installations de gaz combustibles et d'hydrocarbures et l'arrêté du 4 mars 1996 portant codification des règles de conformité des matériels de gaz.

S'agissant des normes nationales, l'apposition de la marque «*NF Gaz*» concrétise la conformité de ces produits à la norme AFNOR et porte autorisation de commercialisation. Cette dernière s'obtient également en l'absence d'homologation de la norme, par agrément ministériel. Les matériels provenant d'un État membre de l'Union européenne peuvent être réputés conformes à la norme nationale s'ils bénéficient «*d'une attestation du ministre délivrée par le ministre chargé de la sécurité du gaz reconnaissant que la norme ou la spécification technique présente un niveau de sécurité équivalent à celui offert par la norme française correspondante*» (article 5 de l'arrêté du 4 mars 1996). Les normes sont complétées par des «*feuilles de travail*» dont le non-respect peut conduire à un retrait de la vente par le ministre compétent, même lorsque le produit en cause bénéficie de l'apo-

sition de la marque NF ou de tout autre agrément. Aux termes de l'article 5 de l'arrêté du 2 août 1977 modifié, *«la levée de l'interdiction est subordonnée à la présentation du matériel éventuellement modifié à un nouvel agrément, à une nouvelle admission à la marque NF Gaz ou à un nouveau certificat de contrôle technique»*.

Dans le secteur du gaz, l'élaboration des normes est confiée au bureau national du gaz (BNG), rattaché à l'association technique du gaz (ATG), ayant pour activité la normalisation et la certification et regroupant à cet effet les grandes compagnies de gaz françaises ainsi que plusieurs syndicats professionnels représentant les distributeurs de gaz naturel, butane ou propane, ainsi que des fabricants de matériels.

Le BNG prépare, au sein de commissions de normalisation composées d'experts représentant l'ensemble du secteur (professionnels, associations de consommateurs, ministères etc...) des projets de normes qui, une fois approuvés par la commission de normalisation, sont transmis pour homologation et publication à l'AFNOR.

Les essais et tests concernant les tuyaux de gaz flexibles sont confiés à un laboratoire de GDF, mandaté par l'AFNOR et accrédité par le comité français d'accréditation (COFRAC), aux fins de réaliser les essais correspondants afin de vérifier que les produits respectent les normes et feuilles de travail applicables.

Au plan national, plusieurs normes définissent les spécifications techniques des tuyaux flexibles métalliques, dont notamment :

- la norme NF D 36-121 concernant les tuyaux flexibles métalliques onduleux pour le raccordement externe des appareils à usage domestique utilisant les combustibles gazeux distribués par réseaux (Gaz naturel) ;
- la norme NF D 36-25 sur les tuyaux flexibles métalliques onduleux pour le raccordement externe des appareils domestiques utilisant le butane et le propane distribués par réipients.

Les tuyaux flexibles métalliques pour le raccordement externe des appareils utilisant le butane et le propane distribués par réipient doivent résister à une plus forte pression que les flexibles destinés au gaz naturel, ainsi que le prévoit l'article 11 de l'arrêté du 2 août 1997 modifié relatif aux règles techniques et de sécurité applicables aux installations de gaz combustibles et d'hydrocarbures liquéfiés : *«les caractéristiques de ces tubes souples ou tuyaux flexibles doivent être adaptés à la nature et au mode de distribution du gaz utilisé (gaz distribué par réseau ou gaz distribué par réipient)»*.

La feuille de travail FT 96-06 de janvier 1997 a complété ces normes en modifiant l'essai de résistance au cintrage et l'essai d'endurance à la flexion. Ce document a été rendu applicable à compter du 1^{er} décembre 1997 par le service de certification du gaz de l'AFNOR.

La feuille de travail FT 98-04 d'avril 1999 avait, en accroissant notamment la résistance au chlore des tuyaux flexibles métalliques, pour objectif de compléter les normes NF D 36-121, et NF D 36-125, dont les dispositions étaient applicables à compter du 30 juin 1999.

L'arrêté du 18 septembre 1995 modifiant l'arrêté du 2 août 1977 a rendu obligatoire pour des raisons de sécurité l'usage de tuyaux flexibles, en caoutchouc ou métalliques, à raccordements vissés, dans les installations neuves ou rénovées, à compter du 1^{er} juillet 1996 pour le réseau de distribution public (gaz naturel), et à compter du 1^{er} juillet 1997 pour les installations utilisant le gaz butane et propane. Cet arrêté a eu pour conséquence de restreindre, pour des raisons de sécurité (fuites de gaz occasionnés par des tubes souples arrachés ou mal ajustés), l'usage du tube souple en caoutchouc sans embout, celui-ci restant néanmoins autorisé pour les récipients mobiles de butane, et de favoriser l'émergence des installations réalisées avec des tuyaux flexibles vissables, et des robinets à obturation automatique intégrée (ROAI), équipés d'un dispositif de sécurité coupant l'arrivée de gaz en cas de rupture du tuyau. De manière générale, l'arrêté du 18 septembre 1995 a créé un cadre juridique propice au développement du marché des tuyaux flexibles vissables, au détriment du marché des tubes souples en caoutchouc.

3. - Les intervenants

a) Les fabricants de tuyaux flexibles métalliques onduleux

La société Boa AG est une société de droit suisse. Possédant plusieurs filiales, elle fait partie du groupe allemand IWKA et dispose d'un savoir-faire important en matière de fabrication. Elle est actionnaire à hauteur de 10 % de la société Gazinox, grossiste et revendeur de ses produits et participe à son conseil d'administration, ce qui lui permet d'exercer un suivi de cette société, notamment par le biais de sa filiale Le Boa qui assure une activité de veille économique sur le secteur des flexibles métalliques et plus précisément à l'égard de Gazinox. La société Le Boa est une petite structure de 4 personnes ayant réalisé un chiffre d'affaires de 8.3 MF en 1998, dont 98.08 % des participations sont détenues par sa maison-mère, et dont M. Dutat est le directeur général et commercial. M. Meyer, président de la société Le Boa, est également directeur général de la société Boa AG.

Il ressort du dossier et, notamment, d'un projet de lettre en date du 1^{er} septembre 1998, de M. Dutat à M. Bellan, président de la société Gazinox, que la société le Boa a contesté auprès de Gazinox des annulations et des réductions de commandes en faisant valoir, en particulier, qu'elle avait réalisé de lourds investissements pour faire face aux commandes et prévisions de la société Gazinox.

Tubiflex est une société italienne produisant des tuyaux à usage divers (raccordements d'appareils domestiques utilisant les réseaux de gaz, raccordements de ventilation, tuyaux d'échappement, durits...). Elle a réalisé un chiffre d'affaires d'environ 131 millions de francs en 1997.

Euroflex est une société française fabriquant des tuyaux flexibles pour le secteur sanitaire et le transport du gaz ; elle distribue ses propres produits. Son chiffre d'affaires était en 1997 de 40,5 millions de francs.

La société Tecniflex-Witzenmann est une société à responsabilité limitée détenue intégralement par un associé unique, la société Witzenmann GmbH.

Elle fabrique des tuyaux flexibles métalliques pour différentes applications (gaz, nucléaire, chimie). Son chiffre d'affaires a été, en 1998, de 41,5 MF et, en 1999, de 45,6 MF. Le groupe Witzenmann assure la distribution de ses produits via, notamment, plusieurs sociétés importantes aux activités diversifiées, comme la COMAP, Banides et Debeaurain, et Briffault.

b) Les distributeurs de tuyaux flexibles métalliques onduleux

Les sociétés PB Tub, Dipra et Gurtner assurent la commercialisation des produits de la société Tubiflex, la société PB Tub ayant distribué, en 1998, environ 41 300 tuyaux flexibles métalliques contre 6 500 pour la société Dipra et 31 500 pour la société Gurtner. PB Tub et Dipra font partie du même groupe (Thermador) et ont réalisé, en 1998, un chiffre d'affaires de 55 MF pour PB Tub (dont 9,2 MF sur les flexibles métalliques onduleux) et de 71 MF pour Dipra (dont 3,3 MF pour les flexibles métalliques onduleux). La société Gurtner a réalisé, en 1998, un chiffre d'affaires de 100 millions de francs et elle employait 165 personnes à cette époque.

Gazinox est l'unique grossiste et revendeur des produits de la société Boa AG, ainsi que le détenteur des droits de propriété industrielle permettant la production et la commercialisation des flexibles produits par Boa AG. Anciennement constituée en GIE, Gazinox a été immatriculée en tant que société anonyme le 20 décembre 1996, et est une filiale de Gaz de France (GDF) qui détient 51 % de son capital par l'intermédiaire de la société Cogac SA, les autres actionnaires étant la société Rastello SA (détenant notamment la marque Butagaz) et la société Boa AG. En 1998, le chiffre d'affaires de Gazinox a été de 73,7 MF.

Les parts de marché de ces distributeurs s'élèvent en 1996 à 100 % pour Gazinox, en 1997 à 97 % pour Gazinox et 3 % pour Tubiflex, en 1998 à 63,10 % pour Gazinox, 16,70 % pour Witzenmann, 16,20 % pour Tubiflex et 4 % pour Euroflex.

■ B. - Les pratiques relevées

Les sociétés Gazinox et IWK sont liées par un contrat d'approvisionnement et de distribution exclusifs ayant pour objet *«de définir d'une part les conditions d'approvisionnement en flexibles [de Gazinox] auprès d'IWK et d'autre part, les modalités de distribution des flexibles par [Gazinox], IWK s'engageant notamment à (...) «réserver à [Gazinox] la totalité de sa production (...)» (art. 2.1.) et [Gazinox] à «[s'approvisionner] en flexibles (...) exclusivement auprès d'IWK (...)» (art. 2.2.), le contrat disposant par ailleurs que «[Gazinox peut renoncer éventuellement] à son exclusivité de commercialisation» et que «par ailleurs et par dérogation à l'exclusivité d'approvisionnement (...) dans le cas où pour un pays compris dans sa zone géographique d'intervention (...) le GIE recevrait (...) une offre d'un fournisseur (...) telle que les prix résultant de l'article 4 ci-dessus excéderaient d'au moins 20 % ceux proposés par la concurrence, il en informerait aussitôt IWK qui disposerait alors d'un délai de 6 mois, soit pour aligner son prix sur celui de l'offre concurrente, soit pour renoncer à son exclusivité d'approvisionnement pour ce pays à l'expiration de l'année contractuelle en cours»*

(art. 2.3.). Enfin, l'article 4 énonce que les prix seront établis «(...) en fonction des éléments comptables suivants faisant apparaître les frais fixes et variables :

- a) coûts de la matière première et du matériel au prix de revient,
- b) coûts de la main d'œuvre de fabrication et du montage au prix de revient,
- c) coûts indirects de production (...),
- d) amortissement des investissements (...),
- e) coûts de vente, (...),
- f) marge de 6 % appliqué au montant cumulé des coûts précédents (...)» ;

1. - Des pressions en vue d'imposer un prix minimum de revente

Une télécopie à en-tête de la société Le Boa du 25 mai 1998 signée par M. Dutat, directeur général et commercial, adressée à la société Tubiflex et produite par cette société, énonce :

«Objet : Marché français flexible gaz

1. Je suis désolé du retard que j'ai pris pour vous donner des nouvelles des intentions de Hydra sur le marché français (déplacements, etc...).

Les prix que vous nous avez communiqués semblent (réserve sur la bonne foi de la parole des distributeurs) être les prix remis à la société COMAP.

Nous pensons que ces prix sont anormalement bas face au marché actuel que nous avons créé car une baisse des prix n'augmentera pas le volume sur ce type de marché pour l'instant (trop tôt).

(...)

Vous trouverez également ci-joint les niveaux de prix Marché Client. Si le prix était trop proche des nouveaux caoutchoucs qui ont passé artificiellement leur durée de vie de cinq à dix ans, les ventes de tuyauteries métalliques s'écroulèrent.

J'espère avoir répondu à votre question, en vous rappelant qu'il faut maintenir le plus possible le niveau des prix. Sur l'affaire COMAP, la longueur de 1 mètre était proposée par GAZINOX à 150 00 FF/HT.

2. Comme vous le savez, nous avons protégé le marché français par des brevets techniques mais aussi par des dépôts de modèles axés sur des flexibles transparents avec ligne de couleur. Vous allez recevoir prochainement comme tous nos concurrents une remarque de notre cabinet d'avocats sur votre produit gaz Naturel qui a un look très voisin du Gazinox GN. Je vous demande de comprendre cette réaction qui est surtout axée sur Hydra qui ne respecte pas le niveau de marché. Nous pensons qu'il n'y aura aucun problème pour trouver avec votre société une suite favorable à cette remarque (droit d'usage, etc...).

Une autre télécopie de la société Le Boa, adressée à la société Tubiflex, le 7 juillet 1998 précise :

«La société Le Boa a adressé à la société Tubiflex une télécopie le 7 juillet 1998 dont le contenu porte sur l'ordre du jour prévisionnel d'une réunion à Lugano le 9 juillet 1998, qui concernait les brevets techniques et esthétiques déposés par Gazinox, et les «autres points» ; ce terme étant explicité de la manière suivante :

«En ce qui concerne les autres points «Accord de licence» rien n'est actuellement réalisé. Je pense que sous la pression de Monsieur Meyer il n'y aura aucun problème pour trouver une solution raisonnable.

Le point de blocage que vous aurez certainement avec M. Bellan concernera PB Tub qui pratique sur le marché français un dumping important.

Pour information, avant votre arrivée, le prix d'achat au mètre de GN pour ce type de client était de 150,00 FHT.

Connaissez-vous la société Astelav Turin ? Cette société commercialise votre produit sur la France».

Un compte-rendu de la réunion de Lugano du 9 juillet 1998, mentionnée dans la télécopie précitée, et établi par M. Quaranta, dirigeant de la société Tubiflex, fait état d'une tentative de M. Bellan, président de la société Gazinox, ainsi que de M. Meyer, de répartir le marché avec la société Tubiflex, contre l'abandon des procédures judiciaires en cours.

Enfin, une note interne à la société Gazinox recueillie dans le cadre de l'enquête et datée du 22 octobre 1998, intitulée *«situation concurrentielle»*, signée par M. Bellan, faisant le point sur l'année 1998, mentionne que, comme suite à l'accord de principe du conseil d'administration, des saisies en contrefaçon suivies d'actions en contrefaçon ont été entreprises en juin 1998 à l'encontre des principaux distributeurs de Tubiflex, mais rajoute qu'*«en raison du comportement commercial très agressif de PB Tub et Dipra, deux actions en suspension provisoire de commercialisation ont été lancées en septembre»*.

Sur la base de ces éléments, il a été fait grief aux sociétés Gazinox et Boa AG, d'avoir abusé de leur position dominante collective sur les marchés des tuyaux flexibles métalliques onduleux à embouts mécaniques, en ayant exercé des pressions sur la société italienne Tubiflex et ses distributeurs PB Tub et Dipra, afin qu'ils élèvent le niveau des prix des produits concurrençant le produit Gazinox ; ces pressions se sont traduites par une utilisation abusive d'actions en contrefaçon, celles-ci ayant, indépendamment de leur justification juridique, été utilisées à plusieurs reprises afin d'essayer de contraindre la société Tubiflex et ses distributeurs à renchérir le prix de leurs produits et à se référer à ceux pratiqués par les sociétés Boa AG et Gazinox ; en ayant ainsi fait obstacle au développement de la concurrence sur les marchés des tuyaux flexibles métalliques onduleux, les pratiques, mises en œuvre par les sociétés Gazinox et Boa AG à l'encontre de la société italienne Tubiflex et de ses distributeurs PB Tub et Dipra, étaient de nature à affaiblir le degré de concurrence sur les marchés nationaux et à exercer une influence sur le courant des échanges entre Etats membres, et elles entreraient donc dans le champ des dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce et par l'article 82 du traité de Rome ;

2. - Un comportement de prescripteur de la part de la société Gaz de France

Une lettre d'information des clients d'EDF et de GDF, envoyée par EDF GDF services Yonne, diffusée début février 1997 dans l'ensemble du département et recueillie dans le cadre de l'enquête, mentionnait dans une rubrique intitulée «*Quatre conseils pour votre confort et votre sécurité*» le message suivant : «*Changez régulièrement les tuyaux souples de raccordement des cuisinières. La date limite d'utilisation est inscrite dessus. Si vous avez peur d'oublier, demandez à votre installateur un tuyau Gazinox : il est garanti à vie*».

Sur la base de ce document, il a été fait grief à Gaz de France, titulaire d'une mission de service public, et détenteur du monopole légal, d'avoir, en tant que prescripteur, abusé de sa position dominante en recommandant dans une lettre d'information d'EDF GDF services, diffusée début février 1997, aux usagers du département de l'Yonne, l'utilisation de flexibles métalliques onduleux Gazinox, dont la commercialisation était assurée par sa filiale, la société Gazinox. Dans un secteur où les conditions de sécurité constituent un élément déterminant du choix du consommateur, la prescription, par un détenteur du monopole légal du service public du gaz dans un document diffusé auprès du public, du seul produit commercialisé par une de ses filiales, aurait eu pour objet et potentiellement pour effet de constituer une entrave au développement de la concurrence sur le marché des tuyaux flexibles métalliques, cette pratique constituant une infraction aux dispositions de l'article 420-2 du code de commerce ;

898

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce que lorsque aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, 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 ;

Sur le marché concerné

Considérant, en premier lieu, que la société Boa AG conteste l'analyse aux termes de laquelle les marchés pertinents seraient constitués du marché des tuyaux flexibles métalliques onduleux pour le gaz de ville et le gaz en bouteilles ; qu'elle fait valoir à cet égard que les conditions d'utilisation et les fonctions des tuyaux flexibles métalliques et des tuyaux flexibles en caoutchouc, voire des tubes en caoutchouc sans embouts mécaniques, seraient identiques ; qu'il existerait donc une substituabilité parfaite entre

ces produits, les quantités vendues des flexibles en caoutchouc ayant, d'ailleurs, augmenté plus vite que celles des tuyaux flexibles métalliques ; que par ailleurs, l'existence de processus de production différents n'est pas significative en soi pour déterminer l'existence d'un marché pertinent ; qu'en outre, un écart de prix n'implique pas, à lui seul, l'existence de deux marchés distincts et que le niveau des prix des flexibles métalliques sans date de péremption, trois fois supérieur à celui des tuyaux flexibles en caoutchouc d'une durée de 10 ans, s'explique par leur durée de vie qui serait de 30 ans ; que de plus, la stratégie tarifaire de Gazinox et de ses concurrents, concernant le prix des tuyaux flexibles métalliques onduleux, ne serait pas indépendante mais dictée par le prix des tuyaux flexibles en caoutchouc, et de manière générale le fait que les concurrents de la société Gazinox fixent leurs prix par rapport à ceux du leader ne constituerait pas un indice révélant l'existence d'un marché pertinent ; que par ailleurs, les canaux de distribution seraient identiques pour les tuyaux flexibles métalliques onduleux et les tuyaux flexibles en caoutchouc ; qu'enfin, l'échantillon pris par le rapporteur pour examiner les évolutions des prix et les quantités des tuyaux flexibles métalliques onduleux et des tuyaux flexibles en caoutchouc ne serait pas représentatif de la population mère ; que la société Boa AG produit à l'appui de son argumentation une étude économique selon laquelle, le phénomène de report des achats de tubes souples vers les tuyaux flexibles, métalliques onduleux ou non, a été ignoré, ainsi que l'absence de toute enquête de comportement du consommateur ; qu'il résulterait de ces éléments que tubes en caoutchouc et tuyaux flexibles ne formeraient qu'un seul marché ;

Mais considérant que la substituabilité technique ne saurait à elle seule délimiter un marché pertinent ; que les éléments recueillis dans le cadre de l'instruction démontrent que les différences de méthodes de production entre tuyaux flexibles métalliques onduleux et tuyaux flexibles en caoutchouc conduisent à des spécificités perceptibles par le consommateur en termes de prix et d'esthétique ; qu'en outre, l'écart de prix important et durable reposant sur une longévité bien supérieure du tuyau flexible métallique onduleux constitue un élément supplémentaire de différenciation objective de ce dernier produit ; que de plus, il ressort des éléments du dossier que la stratégie tarifaire poursuivie concernant les tuyaux flexibles métalliques onduleux n'est pas déterminée en fonction des tuyaux flexibles en caoutchouc mais en fonction des coûts de production et des prix pratiqués par les autres fabricants de ces produits, l'indépendance de cette stratégie étant également illustrée par la création de flexibles métalliques onduleux d'entrée de gamme par la société Gazinox, sous les marques Kenox et Metalgaz ; que s'agissant des circuits de commercialisation et de clientèle, l'identité des canaux de distribution ne fait pas obstacle à la délimitation de deux marchés de produits différents ; qu'il est avéré que les tuyaux flexibles métalliques onduleux font l'objet d'une demande spécifique du marché locatif ; qu'enfin, il n'est pas contesté que l'échantillon de tuyaux flexibles caoutchouc d'une durée de vie de 10 ans utilisé par le rapporteur est suffisamment représentatif de l'ensemble de la population des tuyaux flexibles caoutchouc d'une durée de vie de 10 ans mis sur le marché ; que cet ensemble d'éléments constitue un faisceau d'indices permettant de cir-

conscire un marché pertinent des tuyaux flexibles métalliques onduleux ; qu'enfin, il convient de relever que l'arrêté du 18 septembre 1995 a rendu obligatoire, pour des raisons de sécurité, l'usage de tuyaux flexibles, en caoutchouc ou métalliques onduleux, à raccords vissés, dans les installations neuves ou rénovées, ce qui limite l'éventuelle substituabilité entre tuyaux vissables et tubes ; qu'on ne saurait conclure d'un phénomène de report relevant d'une évolution réglementaire qu'il démontre une substituabilité entre produits ; que le fait que ce report se fasse vers les tuyaux en caoutchouc et les tuyaux métalliques onduleux n'indique pas davantage de phénomène de substituabilité entre ces deux types de produits ; qu'enfin, aucun élément de l'instruction ou fourni par les sociétés mises en cause ne permet de penser qu'une enquête de consommateurs permettrait de retenir une segmentation différente de celle retenue par l'instruction ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les tuyaux flexibles en caoutchouc ne sont pas substituables aux tuyaux flexibles métalliques onduleux, dont la production et la distribution constituent un marché spécifique ;

Considérant par ailleurs, qu'au sein de ce marché, il convient de distinguer la production et la distribution des tuyaux flexibles métalliques onduleux utilisés pour le raccordement externe des appareils à usage domestique utilisant le gaz naturel, conformes à la norme NF D 36-121, de la production et de la distribution des tuyaux flexibles métalliques onduleux servant au raccordement des appareils domestiques utilisant le butane et le propane distribués par récipients, conformes à la norme NF D 36-125, qui ne sont pas substituables entre eux ; que toutefois, en raison de leurs caractéristiques identiques et de l'unicité des pratiques les affectant, ces deux marchés peuvent, en l'espèce et pour des raisons de commodité, être désignés plus généralement par le terme de marché des tuyaux flexibles métalliques onduleux pour le gaz en réseau ou le gaz propane et butane ;

Sur la position dominante collective des sociétés Boa AG et Gazinox sur le marché des tuyaux flexibles métalliques onduleux pour le gaz en réseau ou pour le gaz propane et butane

Considérant qu'ainsi que l'a énoncé le tribunal de première instance des Communautés européennes, dans un arrêt Irish Sugar, en date du 7 octobre 1999, *«une position dominante collective consiste pour plusieurs entreprises à avoir, ensemble, notamment en raison de facteurs de corrélation entre elles, le pouvoir d'adopter une même ligne d'action sur le marché et d'agir dans une mesure appréciable indépendamment des autres concurrents, de leur clientèle et, finalement, des consommateurs (...). Le seul caractère indépendant des entités économiques en cause ne saurait suffire à écarter la possibilité qu'elles occupent une position dominante collective. Par ailleurs, il ne saurait être admis que des entreprises se trouvant dans une relation verticale, sans toutefois être intégrées au point de constituer une seule et même entreprise, aient la possibilité d'exploiter de façon abusive une position dominante collective»* ; qu'ainsi, une position dominante collective, qui en soi

n'est pas illicite, est constituée lorsque plusieurs entreprises, bien que juridiquement indépendantes, se présentent ou agissent ensemble sur un marché spécifique comme une entité collective, tant en raison de liens structurels ou d'une coordination stratégique entre elles, que d'une politique commerciale ou d'approvisionnement commune ; qu'il est possible, ainsi que l'a énoncé le tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'arrêt *Italiano Vetro* en date du 10 mars 1992, que deux ou plusieurs entités économiques indépendantes détiennent ensemble une position dominante par rapport aux autres opérateurs sur le même marché, si elles « (...) disposaient en commun, par voie d'accord ou de licence, d'une avance technologique leur fournissant la possibilité de comportements indépendants dans une mesure appréciable vis-à-vis de leurs concurrents, de leurs clients, et finalement, des consommateurs (arrêt de la Cour du 13 février 1979, *Hoffmann-La Roche*, points 38 et 48) » ; qu'enfin, ainsi que l'a rappelé le tribunal de première instance des Communautés européennes dans l'arrêt *Airtours*, en date du 6 juin 2002 « trois conditions sont nécessaires pour qu'une situation de position dominante collective (...) puisse être créée : en premier lieu, chaque membre de l'oligopole dominant doit pouvoir connaître le comportement des autres membres, afin de vérifier s'ils adoptent la même ligne d'action (...), en deuxième lieu, il est nécessaire que la situation de coordination tacite puisse se maintenir dans la durée, c'est-à-dire qu'il existe une incitation à ne pas s'écarter de la ligne de conduite commune sur le marché (...), en troisième lieu, [il faut] établir que la réaction prévisible des concurrents actuels et potentiels ainsi que des consommateurs ne remettrait pas en cause les résultats attendus de la ligne d'action commune » ;

Considérant qu'il résulte du dossier que les sociétés Gazinox et Boa AG étaient liées par un contrat d'exclusivité réciproque ; que Boa AG détenait une participation au capital de Gazinox ainsi qu'un siège au conseil d'administration de cette société ; que, par ailleurs, il ressort de l'instruction que Boa AG a pu adapter sa politique commerciale en fonction de données fournies par la société Gazinox et que la société Le Boa, filiale de la société Boa AG, effectuait, pour le compte de cette dernière, un suivi régulier des activités de la société Gazinox ;

Mais considérant, cependant, que la participation de 10 % dans le capital de Gazinox, même complétée par un siège (sans voix délibérative) à son conseil d'administration, constitue un lien structurel de faible portée ; que les engagements réciproques de Gazinox et Boa AG, tels que définis, notamment, à l'article 2.3 du contrat d'approvisionnement et de distribution exclusifs, laissent néanmoins apparaître que Gazinox est en mesure de renoncer unilatéralement à l'exclusivité de commercialisation ou d'approvisionnement sous la condition, pour cette dernière, que les prix pratiqués par Boa AG soient de 20 % supérieurs à ceux de la concurrence ; qu'il résulte de l'article 4 du même contrat que Boa AG est rémunérée par une marge de 6 % appliquée au montant cumulé de ses coûts ; qu'ainsi, ces engagements réciproques traduisent l'accord des deux entreprises sur le partage du profit de monopole, tant que leurs produits étaient les seuls présents sur le marché ; mais que les intérêts à moyen terme des parties, consistant pour Gazinox en une politique de prix élevés assurant une rentabilité finan-

cière, et pour Boa AG en une rentabilisation de larges investissements de production par des volumes de vente importants, sont devenus fondamentalement divergents dès l'apparition de produits concurrents et ne peuvent qu'entraîner des stratégies différentes ; qu'enfin, l'évolution des parts de marché des sociétés Boa AG et Gazinox entre les années 1997 et 1998 démontre que ces sociétés n'ont manifestement pas disposé d'un pouvoir de marché tel qu'il leur aurait permis de conserver leurs parts de marché et marges commerciales ; qu'ainsi, il résulte de ces éléments qu'il n'est pas établi que les sociétés se trouvaient, au moment des faits, en situation de position dominante collective ;

Sur l'abus

Considérant, au surplus, qu'indépendamment de la position collective des entreprises sur le marché, il convient d'examiner si les pratiques dénoncées pourraient être qualifiées d'abusives ;

Considérant que les sociétés Boa AG et Gazinox contestent la valeur probante du document intitulé «*compte rendu de la réunion de Lugano*» en ce qu'il aurait été rédigé unilatéralement par M. Quaranta, dirigeant de la société Tubiflex ;

Considérant que le document en cause, rédigé par M. Quaranta et fourni par la société Tubiflex à l'appui de sa saisine, relate le déroulement de la réunion de Lugano entre les représentants des sociétés Tubiflex, Gazinox et Le Boa et fait état de déclarations des personnes présentes ; qu'en application du principe selon lequel nul ne saurait se constituer de preuve à soi même, ce document ne peut, en raison de son caractère unilatéral, être, à lui seul, considéré comme un élément probant des événements qu'il relate ;

Considérant que, s'agissant des pratiques imputables à Gazinox, l'abus retenu aurait consisté dans le recours à une utilisation abusive d'actions en contrefaçon, car celles-ci auraient, indépendamment de leur bien fondé, été utilisées à plusieurs reprises comme moyen de pression afin de contraindre la société Tubiflex et ses distributeurs à renchérir le prix de leurs produits par référence à ceux pratiqués par les sociétés Boa AG et Gazinox ;

Mais considérant qu'ainsi que l'a rappelé le Conseil dans la décision n° 02-D-35 du 13 juin 2002, reprenant la décision IV 35.268 du 21 mai 1996 *ITT Promedia NV/Belgacom* de la Commission européenne, «*le fait d'intenter une action en justice, expression du droit fondamental d'accès au juge, ne peut être qualifié d'abus, sauf si une entreprise en position dominante intente des actions en justice (...) qui ne peuvent pas être raisonnablement considérées comme visant à faire valoir ses droits et ne peuvent dès lors servir qu'à harceler l'opposant, et (...) qui sont conçues dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer la concurrence*», ces deux conditions devant être entendues de manière restrictive ; qu'en l'espèce, il n'est pas établi ni que les actions en contrefaçon intentées par Gazinox étaient manifestement dénuées de tout fondement ni que ces actions auraient été conçues dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer la concurrence ; qu'ainsi, il n'est pas démontré que Gazinox aurait abusé de son droit d'ester en justice ;

Considérant, par ailleurs, que les tentatives de pressions relevées, quand bien même seraient-elles établies, n'ont pas abouti et n'ont produit aucun effet ; que, dans ces circonstances, un tel comportement ne peut constituer une pratique abusive au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant que, s'agissant des pratiques imputables à Boa AG, l'abus retenu aurait consisté dans des pressions effectuées sur les sociétés Tubiflex, PB Tub et Dipra afin qu'elles élèvent le niveau des prix des produits concurrençant ceux de Gazinox et Boa AG ; qu'en effet, la télécopie du 25 mai 1998 énonce : *«Les prix que vous nous avez communiqués semblent (réserve sur la bonne foi de la parole des distributeurs) être les prix remis à la société COMAP. Nous pensons que ces prix sont anormalement bas face au marché actuel que nous avons créé car une baisse des prix n'augmentera pas le volume sur ce type de marché pour l'instant (trop tôt). (...) Vous trouverez également ci-joint les niveaux de prix Marché client. Si le prix était trop proche des nouveaux caoutchoucs qui ont passé artificiellement leur durée de vie de cinq à dix ans, les ventes de tuyauteries métalliques s'écrouleraient. J'espère avoir répondu à votre question, en vous rappelant qu'il faut maintenir le plus possible le niveau des prix»* et celle du 7 juillet 1998 : *«le point de blocage que vous aurez certainement avec M. Bellan concernera PB Tub qui pratique sur le marché français un dumping important»* ;

Mais considérant qu'à supposer que la télécopie du 25 mai 1998 ait bien constitué une suggestion faite à Tubiflex de s'entendre avec Gazinox, cette tentative d'entente ne concernait pas Boa AG et, au surplus n'a pas été suivie d'effet, puisqu'elle a été repoussée par Tubiflex ; que cette suggestion ne saurait être retenue comme constituant une pratique abusive ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il n'est pas démontré que les pratiques relevées à l'encontre des sociétés Boa AG et Gazinox constituent des pratiques abusives au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Sur la prescription du produit Gazinox par GDF

Considérant qu'en diffusant le document incriminé auprès de sa clientèle du département de l'Yonne, dans le cadre d'une campagne d'information ayant pour objectif la sécurité de installations et répondant aux recommandations de sécurité des pouvoirs publics, la société Gaz de France a utilisé le nom propre d'une marque -Gazinox- pour désigner un type de produit ; qu'il n'est pas établi que la mention du produit Gazinox était le seul moyen de répondre aux recommandations de sécurité des pouvoirs publics, lesquelles ne portent d'ailleurs pas spécifiquement sur les tuyaux flexibles métalliques onduleux mais sur l'ensemble des tuyaux vissables, qu'ils soient métalliques onduleux ou non ; que cette mention, émanant d'une entreprise de très grande notoriété et titulaire d'un monopole légal, prend valeur de prescription, nonobstant le fait que les mentions relevées constituaient une recommandation et non une obligation ; que ce faisant, la société Gaz de France a confondu les obligations de sécurité relevant de sa mission de service public avec ses intérêts d'actionnaire majoritaire de la

société Gazinox, la prescription de cette marque étant susceptible de détourner la clientèle de Gaz de France des produits de marques concurrentes ;

Mais considérant que la mention incriminée n'avait pas d'objet anticoncurrentiel dans la mesure où le produit Gazinox était, au moment des faits, le seul produit sur le marché et que, par la suite, lorsque des produits concurrents sont apparus sur le marché, la société Gaz de France a assuré la promotion de l'ensemble de ces produits ;

Considérant que la diffusion du document incriminé n'a pas eu d'effet anticoncurrentiel sensible dans la mesure où il n'a été distribué que dans le seul département de l'Yonne, soit à moins de 0.5 % des particuliers qui forment la clientèle de Gaz de France dans la France entière ;

Considérant qu'aucune des pratiques reprochées aux sociétés Boa AG, Gazinox et GDF n'étant établie, il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce :

Décide

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure à l'encontre des sociétés Boa AG, Gazinox et GDF.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Fontaine, par M. Nasse, vice-président, président la séance, M^{me} Perrot, MM. Charrière-Bournazel, Lasserre, Piot et Robin, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président, président la séance
Philippe Nasse

02-D-69

Décision n°02-D-69 du 26 novembre 2002 relative aux saisines et aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom, l'Union fédérale des consommateurs Que Choisir et la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 6 septembre 2002 sous les numéros 02/0078 F et 02/0079 M par laquelle la société Bouygues Télécom a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Orange France dans le secteur de la téléphonie mobile et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu la lettre enregistrée le 13 septembre 2002 sous les numéros 02/0080 F et 02/0081 M par laquelle l'Union fédérale des consommateurs Que Choisir a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Orange France dans le secteur de la téléphonie mobile et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu la lettre enregistrée le 26 septembre 2002 sous les numéros 02/0086 F et 02/0087 M par laquelle la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Orange France dans le secteur de la téléphonie mobile et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu l'article 82 du traité de Rome ;

Vu les décisions de jonction du rapporteur général du 20 septembre et du 2 octobre 2002 ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 02-DSA-22 et n° 02-DSA-23 du 28 octobre 2002 ;

Vu l'avis n° 02-901 du 10 octobre 2002 adopté 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 télécommunications ;

Vu les observations présentées par l'Union fédérale des consommateurs Que Choisir, la société Orange France et le commissaire du Gouvernement ;

Vu la lettre du 8 novembre 2002 par laquelle la société Bouygues Télécom informe le Conseil du désistement de sa saisine au fond et de sa demande de mesures conservatoires ;

Décisions / 02-D-69

905

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants de l'Union fédérale des consommateurs Que Choisir, de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie et de la société Orange France entendus lors de la séance du 12 novembre 2002 ;

■ Les pratiques en cause

1. Depuis 1991, la société Orange France fournit, en France métropolitaine, des services de radiotéléphonie GSM. France Télécom SA est actionnaire à plus de 80 % de Orange SA qui contrôle la société Orange France à 100 %. La société Orange France a adopté de nouvelles dispositions tarifaires qui ont été mises en œuvre les 15 septembre et 1^{er} octobre 2002.

2. Orange France propose des services prépayés *Mobicarte* qui permettent à l'utilisateur de passer, depuis une ligne mobile, des communications dont le prix est déduit d'un compte personnel pré-alimenté par virement bancaire ou par le biais de cartes dites prépayées disponibles dans le commerce. Jusqu'au 15 septembre 2002, le prix TTC par minute de communication était de 0,30 € pour les appels destinés aux lignes Orange France (appels dits *on-net*) et de 0,50 € pour les appels destinés aux autres lignes fixes ou mobiles situées en France métropolitaine et hors numéros dits spéciaux, c'est-à-dire affectés à des prestataires de services. Ces prix étaient facturés par tranches de 30 secondes au-delà d'une première minute dite indivisible, c'est-à-dire facturée quelle que soit la durée de l'appel. Les nouvelles dispositions tarifaires, entrées en vigueur le 15 septembre dernier, prévoient désormais une facturation à la seconde au-delà d'une première minute indivisible et ont porté les prix à 0,62 €, pour les appels destinés aux lignes SFR et Bouygues Télécom, et à 0,50 €, pour les appels destinés aux lignes fixes et Orange France.

3. Orange France propose également des abonnements d'une durée d'engagement de 12 ou 24 mois qui offrent des durées forfaitaires mensuelles de communication de deux à quinze heures pour le grand public et de une à quinze heures pour les entreprises, ainsi que la faculté de passer des communications dites hors-forfait (hors France métropolitaine ou numéros spéciaux) et des communications au-delà du forfait, à un prix prédéfini. Avant le lancement des nouvelles offres tarifaires, les communications étaient décomptées par tranches de 30 secondes au-delà d'une première minute indivisible et les communications à destination des lignes Orange France bénéficiaient d'une réduction de 25 % au-delà du forfait. Depuis le 15 septembre 2002, pour le grand public, et le 1^{er} octobre 2002, pour les entreprises, les communications sont décomptées à la seconde, et ce, dès la première seconde pour les appels destinés à la France métropolitaine (hors numéros spéciaux) et après une première minute indivisible pour les autres appels. Les prix des forfaits et des communications hors-forfait restent inchangés tandis que le prix des communications au-delà du forfait augmente légèrement. En revanche, un complément de 0,002 € TTC par seconde est facturé, en sus de l'abonnement mensuel, pour les appels destinés aux

lignes SFR et Bouygues Télécom. Enfin, la réduction de 25 % pour les appels au-delà du forfait destinés aux lignes Orange France est supprimée. Par ailleurs, Orange France propose des offres d'abonnement (*Compte mobile* pour le grand public et *abonnement basic* pour les entreprises) ainsi qu'un *Compte mobile avec forfait une heure* pour le grand public dont les communications sont désormais facturées à la seconde après une première minute indivisible (dès la première seconde pour les communications incluses dans le forfait du *Compte mobile avec forfait une heure*), le complément de facturation s'appliquant de la même manière qu'aux offres forfaitaires s'agissant des appels destinés aux lignes SFR et Bouygues Télécom.

4. La société Bouygues Télécom, l'Union fédérale des consommateurs Que Choisir (ci-après l'UFC Que Choisir), puis la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie (ci-après la CLCV) ont saisi le Conseil de la concurrence de cette nouvelle tarification. Les plaignantes estiment que la société Orange France dispose d'une position dominante sur le marché de la téléphonie mobile GSM et que les modifications apportées le 15 septembre et le 1^{er} octobre 2002 aux modalités de tarification de ses services constituent un abus de position dominante. L'UFC Que Choisir et la CLCV demandent au Conseil d'enjoindre, à titre conservatoire, à Orange France de suspendre les mesures de surfacturation des appels vers les réseaux de Bouygues Télécom et SFR, de mettre fin à toute promotion, publicité et commercialisation de sa nouvelle tarification et d'informer les consommateurs de cette suspension selon un vecteur de communication adapté.

5. Orange France a lancé, depuis le 7 novembre 2002, une campagne informant ses clients d'une modification des offres de tarification à la seconde décrites ci-dessus. Le complément de facturation sur les appels vers les lignes SFR et Bouygues Télécom est supprimé. En revanche, le prix des forfaits est augmenté de 3 €. Ces modifications prendront effet à compter du 28 novembre, pour le grand public, et du 9 décembre, pour les entreprises, en ce qui concerne les nouveaux abonnements, et au plus tard le 1^{er} février, pour les abonnements en cours. Informée de cette modification, la société Bouygues Télécom s'est désistée de sa saisine au fond et de sa demande de mesures conservatoires par courrier du 8 novembre 2002.

■ Les marchés pertinents

6. Du point de vue de la demande, les services de téléphonie mobile GSM offrent la faculté, à partir d'un terminal dédié, de recevoir et de donner des appels téléphoniques ainsi que des messages textuels courts (SMS), et ce, indépendamment de la situation géographique de l'utilisateur. Ces services se caractérisent par leur souplesse d'utilisation par rapport à ceux de la téléphonie fixe, tant en émission qu'en réception, et ne leur apparaissent donc pas substituables. La pratique consistant à résilier un abonnement au réseau de téléphonie fixe au profit d'un abonnement pour la téléphonie mobile est d'ailleurs restée jusqu'à présent marginale (observatoire des marchés de l'Autorité de régulation des télécommunications, ci-après ART).

7. Les entreprises et les professionnels peuvent bénéficier d'un abonnement simple, d'un rabais, en fonction de la taille de la flotte, portant sur le prix de forfaits individuels, ou encore d'un forfait global utilisable par l'ensemble des usagers de l'entreprise. En outre, il existe des offres dites de convergence, groupant des fonctionnalités de téléphonie fixe et mobile. Enfin, un client grand public ne peut souscrire une offre entreprises.

8. Parmi les offres grand public des opérateurs, on distingue entre les services prépayés, sans engagement, et les abonnements dont la durée d'engagement s'échelonne de 6 à 24 mois. Bien que non engagé de façon formelle, le client d'une offre prépayée se doit toutefois de procéder annuellement à un nombre minimal de rechargements afin de ne pas perdre le bénéfice de sa ligne. En outre, la société Orange France soutient dans ses observations que *«le choix d'un consommateur entre un abonnement et une carte prépayée dépend essentiellement de l'estimation de sa consommation»*, ce qui semble pouvoir être confirmé au vu des écarts qu'elle avance entre le revenu moyen qu'elle obtient de ses abonnés et celui de ses clients d'offres prépayées.

9. A ce stade de l'instruction, il n'est donc pas exclu que le marché pertinent concerné par les pratiques dénoncées soit celui de la téléphonie mobile en France métropolitaine, sans qu'il soit nécessaire de se prononcer sur une éventuelle segmentation de ce marché entre la clientèle des entreprises et celles du grand public non plus qu'entre les offres d'abonnement et les offres prépayées.

908

■ La position de Orange France sur ces marchés

10. Selon l'observatoire des mobiles de l'ART du 30 septembre 2002, Orange France disposerait, avec 17 730 900 clients actifs en métropole, d'une part de marché de 49,6 % (50 % des abonnements et 48,4 % du parc prépayé) contre 35 % pour SFR et 15,4 % pour Bouygues Télécom. Selon le Club informatique des grandes entreprises françaises, cette part de marché s'établissait à 79 % au 30 octobre 2000 (contre 5 % pour Bouygues Télécom) auprès des grands comptes. Enfin Orange France comptait, au 31 août 2002, entre 1,4 et 1,8 million de lignes entreprises contre moins de 400 000 pour Bouygues Télécom.

11. Dans son courrier du 16 octobre 2002 la société Orange France déclare avoir réalisé 43,1 % du chiffre d'affaires de la téléphonie mobile de détail en France métropolitaine pour l'année 2001, ce qui conduit à un revenu par client moindre pour Orange France que celui de ses concurrents. Les clients de Bouygues Télécom, qui offre des services comparables, ont ainsi une durée moyenne mensuelle de communication supérieure de 73 % à celle des clients de Orange France. En revanche, le niveau de prix de Orange France est supérieur pour les offres grand public (de 10 à 25 % par rapport à Bouygues Télécom avant septembre 2002). Pour les entreprises, les prix sont comparables, voire inférieurs à ceux de ses concurrents.

12. Sur le plan de la commercialisation de ses services, Orange France jouit d'une exclusivité en matière de distribution auprès des 650 agences France

Télécom, et ce, en sus de ses 120 espaces *Mobistore* (contre 250 points de vente SFR au 31 décembre 2001). En particulier, dans les zones rurales, le réseau d'agences France Télécom donne à Orange France un avantage concurrentiel par rapport aux deux autres opérateurs. De même, comme l'indique le groupe Orange dans son document de référence 2001, «*Orange France utilise aussi la force de vente de la branche Entreprises de France Télécom qui comprend environ 950 vendeurs qui vendent tous les types de produits et services directement aux grandes entreprises*». De plus, la commercialisation des services d'Orange France dans les agences France Télécom matérialise ses liens avec l'opérateur historique, ce qui, en termes d'image et de confiance, constitue également un atout.

13. En outre, par rapport à ses deux concurrents, Orange France bénéficie également de l'antériorité du déploiement de son réseau, et donc du fait d'avoir complété sa couverture avant ses concurrents. Le stade d'amortissement plus avancé de son réseau et l'étendue de son parc lui donnent par ailleurs un avantage en termes de coût moyen de ses services.

14. Enfin, le fait que, en dépit d'un niveau de prix supérieur à celui de ses concurrents, la part de marché en nombre de clients de Orange France se maintient, témoigne de l'importance des avantages concurrentiels autres que les prix dont bénéficie Orange France.

15. Compte tenu de ces éléments, il ne peut être exclu, en l'état de l'instruction, que Orange France soit en position dominante sur le marché des services de téléphonie mobile GSM en France métropolitaine.

■ La recevabilité des saisines

16. Orange France fait valoir que, compte tenu du retrait des offres tarifaires mises en cause et de leur remplacement par des offres ne comportant plus de différenciation tarifaire, annoncé le 7 novembre dernier, les saisines de l'UFC Que Choisir et de la CLCV sont irrecevables pour défaut d'intérêt à agir de ces associations, ainsi que l'énonce l'article L. 462-8 du code de commerce.

17. Mais l'intérêt à agir doit s'apprécier à la date des saisines, soit le 13 septembre 2002 pour l'UFC Que Choisir et le 26 septembre 2002 pour la CLCV, dates auxquelles les offres tarifaires en cause étaient toujours valables. Au surplus, le Conseil peut être saisi de pratiques ponctuelles, qui ont pris fin au moment de la saisine, mais dont le saisissant estime qu'elles ont eu ou pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

18. Dans sa saisine, l'UFC Que Choisir estime, en premier lieu, que la société Orange France impose une augmentation des tarifs implicite pour un grand nombre de ses abonnés en rendant le calcul économique du consommateur impossible et en basculant les abonnés vers la nouvelle tarification sans demander le consentement exprès de ses clients. Pour sa part, la CLCV prétend que la campagne publicitaire menée par Orange France annonce une baisse des prix manifeste mais n'indique pas de manière claire et apparente

que les appels vers les autres opérateurs seront désormais surtaxés au sein même du forfait.

19. La société Orange France objecte dans ses observations qu'elle a mis à disposition des abonnés à un forfait Orange une véritable information sur la nouvelle tarification, au moyen de l'envoi de plusieurs courriers et par la mise en place de deux numéros gratuits, et, qu'en outre, une ligne concernant le complément de facturation figure désormais sur les factures de ses abonnés, lesquels ont, par ailleurs, la possibilité de refuser, jusqu'au 15 décembre 2002, l'application de cette tarification. Elle fait également observer que ses publicités mentionnent l'existence de ce complément de facturation et annoncent une augmentation du temps de communication offert et non une diminution des prix.

20. A ce stade de l'instruction, il ne peut être exclu que la «*déloyauté*» des annonces publicitaires ou commerciales faites par Orange France, ainsi que «*l'opacité*» de la nouvelle tarification, à les supposer établies, puissent être de nature à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile.

21. En second lieu, l'UFC Que Choisir soutient que la différenciation tarifaire pratiquée par Orange France a pour effet de restreindre la quantité d'appels passés par les clients de cette dernière à destination des lignes SFR et Bouygues Télécom et verrouille le marché, dans la mesure où tout départ d'un membre du «*club Orange*» peut être considéré comme une «*trahison*» puisque son départ génère des externalités négatives à l'égard de l'ensemble des autres membres du club dont certains appels seront désormais surfacturés. Selon elle, la pratique dénoncée aura également pour effet d'évincer les concurrents de Orange France dès lors que le coût d'opportunité d'une souscription au réseau dominant sera mécaniquement plus faible que pour les autres. Pour sa part, la CLCV met en avant la remise en cause du principe de l'interopérabilité et un «*effet boule de neige*», défavorable aux opérateurs concurrents de Orange France.

22. Dans ses observations, la société Orange France justifie la différenciation tarifaire qu'elle a introduite à l'occasion du passage à la facturation à la seconde en indiquant qu'il est de plus en plus question de mettre fin au système prévalant actuellement entre les opérateurs mobiles, système dit de *bill and keep*, dans lequel ils ne se facturent pas entre eux les terminaisons d'appels, celles-ci faisant l'objet d'un «*troc*» justifié par la symétrie du volume de trafic échangé. Dans cette perspective, les charges de terminaison d'appel que se factureraient les opérateurs pourraient être différentes, et elle estime opportun de répercuter, par avance, ces différences sur ses tarifs.

23. Mais Orange France n'avance, dans ses observations, aucun élément de nature à démontrer le caractère prévisible d'une sortie de ce système. Dans le cadre du système actuel, l'ART estime, dans son avis sus-visé, que le coût d'un appel se terminant sur le réseau d'un opérateur n'est pas différent pour ce dernier du coût d'un appel se terminant sur un autre réseau GSM : «*A partir des données dont elle dispose (...) l'Autorité confirme la quasi-symétrie du volume de trafic échangé entre les opérateurs mobiles*

métropolitains en 1999, 2000 et 2001». Dès lors, «un appel aboutissant sur le réseau d'un opérateur tiers coûte à l'opérateur à l'origine de l'appel le prix d'une terminaison qu'il mobilise sur son propre réseau pour l'opérateur tiers». Orange France a reconnu en séance, qu'actuellement, aucune différence de coût ne justifiait une différenciation tarifaire. Or, pour un opérateur en position dominante, le fait de pratiquer des différences de prix non justifiées par des différences de coût de revient des services, et qui pourraient donc être discriminatoires, est susceptible de constituer un abus si cette pratique a pour objet ou peut avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché concerné.

24. Contestant que sa différenciation tarifaire puisse avoir un effet anti-concurrentiel, la société Orange France produit, à l'appui de sa thèse, une étude du professeur Paul Seabright sur les conséquences économiques du complément de facturation. De façon préliminaire, celui-ci considère que les effets de la différenciation sur la répartition du trafic, entre les réseaux des trois opérateurs, ne peuvent certainement pas être déterminés à ce stade. Il soutient ensuite, qu'en tout état de cause, si le trafic entrant d'un opérateur concurrent de Orange France venait à baisser, cela n'aurait aucun effet sur ses revenus et induirait au contraire une augmentation de son profit eu égard à la diminution de ses coûts de terminaison. Il souligne de plus que les nouveaux tarifs de Orange France restent sensiblement supérieurs à ceux de ses concurrents, même pour les clients qui n'appellent jamais les lignes mobiles des autres opérateurs (appels dits *off-net*), de telle sorte que les consommateurs ne seraient pas incités à opter pour cet opérateur. Il rappelle, enfin, qu'il «est reconnu par toutes les autorités économiques que, lorsqu'il s'agit de la tarification d'un bien ou d'un service produit à des coûts fixes importants, tels que les télécommunications, la tarification au coût marginal n'est plus envisageable et qu'au contraire, une certaine différenciation de prix entre les clientèles différentes est alors nécessaire pour minimiser les distorsions économiques consécutives à une tarification au-delà du coût marginal».

25. Mais, en l'état de l'instruction, il ne peut être exclu que l'augmentation des prix pratiqués par Orange France pour les appels destinés aux lignes mobiles des opérateurs concurrents ait pour effet de restreindre le volume des appels passés par ses clients à destination de ces réseaux. Orange France donne, d'ailleurs, sur son site Internet, à l'occasion du passage à la nouvelle facturation, les indications nécessaires à l'identification du réseau d'un correspondant sur la base des quatre premiers chiffres de son numéro. De plus, la différenciation tarifaire peut influencer sur le choix des clients lors du premier achat ou d'un renouvellement, dans la mesure où ils seront désormais susceptibles de tenir compte des réseaux auxquels appartiennent leurs principaux correspondants. Ces effets sont de nature à limiter l'interopérabilité des réseaux et donc à favoriser le plus grand des parcs, les clients valorisant la possibilité d'appeler et d'être appelés par le plus grand nombre possible de correspondants. Cet effet devrait être d'autant plus important que Orange France détient une part de marché beaucoup plus élevée que celle de chacun de ses deux concurrents. Le niveau de prix sensiblement plus élevé de ses services ne paraît pas de nature à contrecarrer totalement cet effet, puisque, comme il a déjà été noté plus haut, ce niveau

de prix plus élevé n'a pas empêché la part de marché de Orange France de rester stable. De plus, la nouvelle facturation permet à Orange France de baisser ses prix pour les appels destinés aux lignes fixes et Orange France. Il s'ensuit que la politique tarifaire dénoncée pourrait, sous réserve d'une instruction au fond, être constitutive d'un abus de position dominante et entrer dans le champ de l'article L. 420.2 du code de commerce.

26. Cependant, dès le 7 novembre 2002, la société Orange France a annoncé qu'elle renonçait à l'application de toute différenciation tarifaire. A compter du 28 novembre pour le grand public et du 9 décembre pour les entreprises, elle retirera ses offres tarifaires des 15 septembre et 1^{er} octobre et proposera des forfaits sans complément de facturation. La facturation à la seconde est conservée, après une première minute indivisible, ou bien dès la première seconde pour 3 € supplémentaire par mois. Les abonnés actuels ont jusqu'au 31 janvier 2003 pour opter entre ces deux nouvelles formules tarifaires, la première étant retenue par défaut au 1^{er} février 2003.

27. La pratique dénoncée a donc eu une durée très limitée. Or les études quantitatives portant sur les comportements de consommation, en général, montrent que la réaction des consommateurs à des variations de prix demandent des délais qui peuvent se compter en trimestres. En l'espèce, les saisissantes ne fournissent aucun élément laissant apparaître que la différenciation tarifaire introduite par Orange France aurait immédiatement agi sur les comportements. En conséquence, il apparaît que les effets potentiels de cette pratique, tels qu'ils ont été analysés ci-dessus, n'ont pas eu le temps matériel de se développer. La pratique ne peut donc être regardée comme ayant restreint de manière sensible le jeu de la concurrence sur le marché concerné. Or, la Cour de cassation, dans un arrêt de sa chambre commerciale en date du 12 janvier 1999, société Zannier, a jugé que la condition de sensibilité de l'effet des pratiques est un élément de la qualification de ces pratiques dont l'existence doit être vérifiée au cas par cas : *«Mais attendu que c'est à bon droit que la cour d'appel a énoncé 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»*.

Il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de rejeter au fond les saisines de l'UFC Que Choisir et de la CLCV, et, par voie de conséquence, les demandes de mesures conservatoires. En outre, il y a lieu de constater que la société Bouygues Télécom a renoncé à sa plainte.

Décide

Article 1^{er} : Les saisines au fond enregistrées sous les numéros 02/0080/F et 02/0086/F sont rejetées.

Article 2 : Les demandes de mesures conservatoires enregistrées sous les numéros 02/0081/M et 02/0087/M sont rejetées.

Article 3 : Il est donné acte à la société Bouygues Télécom de son désistement de la saisine et de la demande de mesures conservatoires enregistrées sous les numéros 02/0078 F et 02/0079 M.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Soriano, par M. Nasse, vice-président, président la séance, M^{me} Perrot, MM. Bidaud, Charriere-Bournazel, Lasserre et Piot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président, président la séance
Philippe Nasse

Décisions / 02-D-69

913

02-D-70

Décision n°02-D-70 du 27 novembre 2002 relative aux pratiques de la société Scori et des cimentiers Lafarge, Calcia et Vicat dans le secteur des huiles usagées

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 9 octobre 1996, sous le numéro F 909, par laquelle le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a saisi le Conseil de la concurrence d'un dossier relatif aux pratiques de la société Scori et des cimentiers Lafarge, Calcia et Vicat dans le secteur des huiles usagées ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 29 octobre 2002 ;

Considérant que le ministre a, par courrier enregistré le 9 octobre 1996, saisi le Conseil de la concurrence de faits qu'il dénonce comme étant constitutifs de pratiques contraires aux articles 7 et 8 de l'ordonnance de 1986 devenus L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce 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*» ;

Considérant que, depuis la saisine enregistrée le 9 octobre 1996, il n'a été fait aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits visés par la saisine ; qu'un délai de plus de trois ans s'est donc écoulé sans que le cours de la prescription ait été interrompu ; que, la prescription étant ainsi acquise à la date du 9 octobre 1999, il convient de dire n'y avoir lieu à poursuivre la procédure ;

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Fontaine, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente, M. Jenny, vice-président.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-71

Décision n°02-D-71 du 27 novembre 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport fluvial sur le bassin Rhône-Saône

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 24 novembre 1993, sous le numéro F 634, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'un dossier relatif à la situation de la concurrence dans le secteur du transport fluvial sur le bassin Rhône-Saône ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu la décision n° 97-D-14 du 11 mars 1997 du Conseil de la concurrence prononçant un sursis à statuer ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 29 octobre 2002 ;

Considérant que le ministre a, par courrier enregistré le 24 novembre 1993, saisi le Conseil de la concurrence de pratiques résultant d'un accord intitulé «*Protocole de définition des conditions générales d'affrètement sur le Rhône*», conclu le 28 octobre 1992 entre l'association «*Les maîtres-bateliers du Rhône*» et la compagnie fluviale de transport SORHONA, qui affecterait le jeu de la concurrence dans le secteur du transport fluvial sur le bassin Rhône-Saône ;

Considérant que l'article L. 462-7 du code de commerce 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*» ;

Considérant qu'il résulte des pièces figurant au dossier que l'accord intitulé «*Protocole de définition des conditions générales d'affrètement sur le Rhône*», conclu le 28 octobre 1992 entre l'association «*Les maîtres-bateliers du Rhône*» et la compagnie fluviale de transport SORHONA a cessé de produire des effets à compter de la création, par un certain nombre d'artisans affiliés auparavant à l'association «*Les maîtres-bateliers du Rhône*», d'une société coopérative artisanale dénommée «*Navisudest*» en 1994 ; qu'ainsi, cette convention n'a pas donné lieu, postérieurement à cette date, à des pratiques continues ;

Considérant que, depuis la décision de sursis à statuer en date du 11 mars 1997 et donc depuis plus de trois années, aucun acte tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des faits dénoncés n'a été accompli ;

que la prescription étant ainsi acquise à la date du 11 mars 2000, il convient de dire n'y avoir lieu à poursuivre la procédure ;

Décide

Article unique - Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Fontaine, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, M. Jenny, vice-présidents.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-72

Décision n°02-D-72 du 10 décembre 2002 relative à des pratiques mises en œuvre par l'établissement public Port autonome de Paris

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 9 septembre 1999, sous le n° F 1168, par laquelle la société Compagnie des Bateaux-mouches, en association avec la société Skip System, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par l'établissement public Port autonome de Paris ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, le représentant des sociétés Compagnie des Bateaux-mouches et Skip System entendu lors de la séance du 29 octobre 2002 ;

Considérant qu'aux termes du premier alinéa de l'article L. 462-8 du code de commerce, *«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»*.

Considérant que les sociétés Compagnie des Bateaux-mouches et Skip System exposent que la convention d'occupation du domaine public fluvial, signée entre Port autonome de Paris, établissement public de l'État créé par la loi n° 68-917 du 24 octobre 1968 et la Compagnie des Batobus à la suite de l'appel d'offres lancé le 29 mars 1996, est contraire aux règles de la concurrence, notamment à l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 devenu l'article L. 420-2 du code de commerce ; que les entreprises saisissantes indiquent notamment que *«(...) Port autonome de Paris use de ses prérogatives de puissance publique en matière d'occupation du domaine public pour accorder des droits exclusifs à une entreprise dans un domaine, celui des services touristiques de navettes, que la loi n'a pas déclaré service d'intérêt économique général, et pour lequel la loi n'a pas créé de monopole de droit, et pour refuser à des entreprises concurrentes l'accès à des infrastructures essentielles (...)»* ;

Considérant que, par un arrêt en date du 18 octobre 1999, Aéroports de Paris, le tribunal des conflits a jugé 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 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*

Décisions / 02-D-72

917

de la responsabilité encourue par ces personnes publiques», que les décisions d'Aéroports de Paris «qui se rattachent à la gestion du domaine public constituent l'usage de prérogatives de puissance publique» et que les pratiques d'Aéroports de Paris qui en sont indissociables relèvent de la seule compétence de la juridiction administrative ;

Considérant que la conclusion d'une convention relative à l'occupation du domaine public fluvial, qui se rattache à la gestion du domaine public, met en œuvre des prérogatives de puissance publique dont l'appréciation ne relève que de la juridiction administrative ; que, dès lors, les faits visés dans la saisine ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce ;

Décide

Article unique - La saisine enregistrée sous le numéro F 1168 est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} Descours-Gatin, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel et M. Jenny, vice-présidents.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-73

Décision n°02-D-73 du 10 décembre 2002 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la location de véhicules sans chauffeur à l'aéroport St Denis-Gillot (Réunion)

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 4 juillet 2002 sous le numéro 02/0064 F par laquelle la société Garcia Autos a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques relevées dans le secteur de la location de véhicules sans chauffeur à l'aéroport de St Denis-Gillot (Réunion) ;

Vu la lettre enregistrée le 1^{er} octobre 2002 sous le numéro 02/0089 F par laquelle la société ITC Tropicar a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques identiques ;

Vu la décision de jonction du 3 octobre 2002 ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Vu l'arrêté interministériel du 17 décembre 1971 portant «*concession d'outillage public pour l'aménagement et l'exploitation commerciale de l'aéroport de St Denis-Gillot*» à la Chambre de commerce et d'industrie de la Réunion ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, le représentant des sociétés Garcia Autos et ITC Tropicar entendus au cours de la séance du 29 octobre 2002 ;

1. Considérant que dans le cadre de son contrat de concession pour l'aménagement et l'exploitation de l'aéroport St Denis Gillot, la Chambre de commerce et d'industrie de la Réunion (CCIR) a attribué des autorisations d'occupation temporaire du domaine public aéroportuaire, portant sur dix emplacements destinés à des loueurs de véhicules sans chauffeur ; que la Sarl Garcia Autos et la Sarl ITC Tropicar, qui ne font pas partie des attributaires, sont installées à la périphérie de l'aéroport ;

2. Considérant que les saisissantes font valoir que la CCIR leur interdit l'accès au marché de la location de voitures sans chauffeur aux usagers de l'aéroport St Denis-Gillot ; que la CCIR leur interdit de se livrer aux activités suivantes dans le périmètre de l'aérodrome : accueil et dépôt de clients par navette, signature de contrats de location, livraison et récupération de véhicule ; qu'elle leur refuse, d'autre part, la mise en place, au sein du périmètre considéré, d'une signalisation indiquant l'emplacement des navettes ;

Décisions / 02-D-73

919

3. Considérant que l'alinéa 1 de l'article L. 462-8 du code de commerce énonce que le Conseil peut déclarer la saisine irrecevable, *«(…) s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans son champ de compétence»* ;

4. Considérant, d'une part, que le tribunal des conflits, dans un arrêt ADP du 18 octobre 1999, a jugé 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 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 encourue par ces personnes publiques»* ; que les décisions d'Aéroports de Paris *«qui se rattachent à la gestion du domaine public constituent l'usage de prérogatives de puissance publique»* et que les pratiques d'Aéroports de Paris, qui en sont indissociables, relèvent de la seule compétence de la juridiction administrative ;

5. Considérant, ainsi, que les décisions par lesquelles la CCIR a attribué, dans le cadre de conventions d'autorisation d'occupation temporaire du domaine public, des emplacements destinés à des loueurs de véhicules sans chauffeur dans le périmètre de l'aéroport, se rattachent à la gestion du domaine public, mettent en œuvre des prérogatives de puissance publique et relèvent de l'appréciation exclusive de la juridiction administrative ;

6. Considérant d'autre part, qu'un arrêté préfectoral du 28 juillet 1995 fixant les mesures de police applicables sur l'aérodrome de St Denis-Gillot dispose *«qu'aucune activité industrielle, commerciale ou artisanale ne peut être exercée à l'intérieur de l'aérodrome sans une autorisation spéciale délivrée par le gestionnaire de l'aérodrome et pouvant donner lieu au paiement d'une redevance»* ;

7. Considérant que le pouvoir reconnu par l'arrêté préfectoral du 28 juillet 1995 à la CCIR, en tant que gestionnaire de l'aéroport, d'autoriser l'exercice de toute activité industrielle, commerciale et artisanale à l'intérieur du périmètre de l'aérodrome, constitue l'exercice d'une prérogative de puissance publique exercée dans le cadre de la mission de service public d'aménagement et de gestion de l'exploitation commerciale de l'aéroport de St Denis-Gillot qui lui a été confiée par l'arrêté ministériel du 17 décembre 1971 ;

8. Considérant, ainsi, que les décisions par lesquelles, selon les saisissantes, la CCIR leur interdirait l'accès au marché de la location de voitures sans chauffeur et la possibilité de se livrer à un certain nombre d'activités commerciales dans le périmètre de l'aéroport, y compris en refusant la mise en place d'une signalisation à l'intérieur de l'aéroport, relèvent de la compétence de la juridiction administrative ;

9. Considérant qu'il résulte de ce qui précède qu'il y a lieu de faire application des dispositions de l'article L. 462-8 du code de commerce, précité, en déclarant la saisine irrecevable en raison de l'incompétence du Conseil de la concurrence ;

Décide

Article unique : Les saisines enregistrées sous les numéros 02/0064 F et 02/0089 F sont déclarées irrecevables.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Joly, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente, M. Jenny, vice-président.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Décisions / 02-D-73

921

02-D-74

Décision n°02-D-74 du 13 décembre 2002 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des glaces et crèmes glacées industrielles du marché de l'achat d'impulsion

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions de son application ;

Vu la décision de saisine d'office du 3 avril 2001 enregistrée sous le n° F 1318 ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 12 novembre 2002 ;

1. Le Conseil de la concurrence, par décision n° 00-D-82 du 26 février 2001, a décidé qu'il n'y avait pas lieu à poursuivre la procédure sur la pratique généralisée consistant, pour les producteurs ou les distributeurs de glaces et de crèmes glacées industrielles destinées à l'achat d'impulsion, à mettre gratuitement à la disposition des revendeurs un congélateur en contrepartie de l'exclusivité de la marque des produits entreposés, mais a, toutefois, décidé, le 3 avril 2001, de se saisir d'office de la situation de la concurrence dans le secteur des glaces et crèmes glacées industrielles, notamment en ce qui concerne la pratique précitée ;

2. La cour d'appel de Paris, sur le recours formé par le ministre chargé de l'économie à l'encontre de la décision n° 00-D-82 du 26 février 2001, a statué sur le fond par un arrêt du 7 mai 2002 aux termes duquel elle a exclu que l'effet cumulatif des contrats parallèles de prêt de meuble assortis d'une clause d'exclusivité de marque ait pu avoir, pour la période considérée, des effets anticoncurrentiels ; de ce fait, la saisine d'office du 3 avril 2001 visant la période postérieure est devenue sans objet ; et il convient de faire application de l'article L. 464-6 du code de commerce ;

Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil

Décide

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Bergaentzlé, par M. Nasse, président, M^{me} Perrot, MM. Bidaud, Charrière-Bournazel, Lasserre et Piot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président
Philippe Nasse

02-D-75

Décision n°02-D-75 du 17 décembre 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires des sociétés Scoot France et Fonecta France

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu les lettres enregistrées les 31 juillet et 21 août 2002 sous les numéros 02/0072 M et 02/0071 F, d'une part, 02/0077 M et 02/0076 F, d'autre part, par lesquelles les sociétés Scoot France et Fonecta France ont saisi le Conseil de la concurrence de pratiques de la société France Télécom et de ses filiales qu'elles estiment anticoncurrentielles et ont sollicité en outre le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu l'avis n° 02-962 de l'Autorité de régulation des télécommunications en date du 24 octobre 2002 ;

Vu la décision de jonction des deux affaires en date du 12 septembre 2002, prise en application de l'article 31 du décret du 30 avril 2002 susvisé ;

Vu la décision n° 02-DSA-21 du 11 octobre 2002 ;

Vu les observations présentées par les sociétés Scoot France, Fonecta France, France Télécom et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés Scoot France, Fonecta France, France Télécom et Pages Jaunes, entendus lors de la séance du 5 novembre 2002 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et sur les motifs (II) ci-après exposés ;

Décisions / 02-D-75

923

I. - Constatations

■ A. - Le secteur d'activité

1. Les services de renseignements et d'annuaires consistent à mettre à la disposition du public des informations à caractère pratique (noms et/ou dénominations sociales, prénoms, adresses, coordonnées téléphoniques, et éventuellement profession, adresse électronique) sur une catégorie de per-

sonnes (listes d'abonnés, listes d'entreprises à une échelle locale ou nationale) regroupées sur des fichiers exhaustifs issus des listes d'abonnés et utilisateurs de service téléphonique. Il existe différentes techniques de mise à disposition de ces informations : le renseignement par téléphone, la mise en ligne sur minitel ou sur Internet (annuaire électronique), l'édition papier (annuaire papier). Aux différentes techniques utilisées correspondent des modèles économiques variés. Les activités dont il s'agit sont génératrices de recettes provenant soit de tarifs de fourniture ou de connexion au service (cas du renseignement téléphonique, de l'annuaire électronique), de la vente d'espaces publicitaires (cas des annuaires papier), ou bien des deux à la fois. Outre la technique de mise à disposition utilisée, le produit se différencie encore par le type d'informations proposées. L'annuaire Pages blanches de France Télécom regroupe la totalité des abonnés au téléphone par département tandis que l'annuaire Pages jaunes rassemble les professionnels. Les listes d'adresses d'entreprises peuvent être enrichies d'éléments complémentaires sur leur activité.

■ B. - Les opérateurs

2. La société Scoot France, filiale à 100 % de Vivendi Universal Net, propose un service de renseignements exclusivement en ligne, téléphone et Internet, à l'exclusion de l'offre papier. Il s'agit d'une offre enrichie par rapport au service offert sur le 12, dans la mesure où la société Scoot fournit des renseignements complémentaires qui consistent, par exemple, en des informations sur la société concernée ou le professionnel recherché (horaires d'ouverture, prestations fournies, spécialités etc.). La société Scoot tire ses recettes à la fois de l'accès payant à ses services (téléphone, minitel) et des professionnels sur lesquels elle fournit des renseignements. Les informations de base ne peuvent être obtenues qu'auprès de France Télécom. A l'heure actuelle, compte tenu des prix appliqués, Scoot n'a acheté que la base des professionnels et non l'ensemble de la base des abonnés au téléphone.

3. La société Sonera France, créée en janvier 2000, était, jusqu'en mars 2002, une filiale de l'opérateur historique finlandais Sonera, qui a, depuis lors, cédé son activité «*services automatiques et assistés d'annuaires*» aux fonds d'investissement 3i et Veronis Suhler, la dénomination sociale étant modifiée en Fonecta France. Pour son activité de service de renseignements, Fonecta France utilise le centre d'appels téléphoniques de la société Intra Call Center, dont le groupe Fonecta détient également le contrôle depuis 2000. Dans le cadre d'une démarche de simplification de la structure du groupe Fonecta, les sociétés Intra Call Center et Fonecta France devaient fusionner avant la fin de l'année 2002, de telle sorte que l'ensemble des services et équipements nécessaires à l'exploitation du service de renseignements en France soit regroupé dans une seule et même entité juridique.

4. En mai 2001, la société Sonera France a conclu un accord avec la société France Télécom aux fins d'offre d'un service de renseignements téléphoniques accessible par le réseau fixe de l'opérateur historique en com-

posant le 32-11. Estimant le prix d'accès à la base complète des abonnés au téléphone de France Télécom trop élevé, la société Fonecta a finalement ouvert ce service en mai 2002, en recourant au service d'accès à la requête sur la base d'un contrat passé entre Pages Jaunes et Intra Call Center. Lors de son audition par la rapporteure, le représentant de la société Fonecta a indiqué que cette décision avait été prise sous la contrainte des engagements contractés pour le lancement d'une campagne publicitaire préalablement à l'ouverture. L'activité de renseignements offerte par Fonecta France se différencie de celle de France Télécom, dans la mesure où cette dernière communique seulement deux numéros par requête, alors que Fonecta peut communiquer plusieurs numéros. La facturation se fait à la durée alors que France Télécom facture à la requête.

5. Le Groupe France Télécom est actuellement organisé en sept branches qui rassemblent diverses filiales et entités. La branche Internet grand public, qui est l'une d'entre elles, se compose, d'une part, des services de France Télécom dont la direction des annuaires et la direction des kiosques (activités minitel), d'autre part, du groupe Wanadoo, dont la société Pages Jaunes est une filiale. L'activité de la société Intelmatique (filiale à 100 % de France Télécom) a été, pour l'essentiel, transférée à la branche Entreprise, en particulier pour les services d'accès professionnel aux services minitel. Cependant, à l'occasion de ce transfert, la gestion des services d'accès à la requête aux bases annuaires a été cédée à la société Pages Jaunes.

■ C. - Les faits

6. Les sociétés Scoot France et Sonera France (devenue Fonecta) ont, respectivement les 27 juillet 2000 et 20 juillet 2001, saisi le Conseil de la concurrence d'une procédure de non respect des injonctions prononcées par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 29 juin 1999, qui a donné lieu à un pourvoi rejeté par la Cour de cassation le 4 décembre 2001.

7. En effet, une société Filetech, qui avait pour activité la constitution de fichiers de prospection destinés à la réalisation d'opération de marketing direct, avait, le 17 novembre 1992, saisi le Conseil de la concurrence de pratiques imputées à France Télécom sur le marché des fichiers destinés aux opérations de marketing direct. Elle estimait que France Télécom abusait de sa position dominante sur le marché en lui interdisant de continuer à exploiter les ressources de la liste des abonnés au téléphone au prix de la consultation de l'annuaire électronique et en l'obligeant à recourir aux prestations plus onéreuses offertes par les services Marketis ou Téladresses, qui commercialisent des listes d'abonnés. La société Filetech demandait au Conseil d'enjoindre à France Télécom de lui communiquer le contenu de la liste orange, afin de la mettre en mesure d'expurger ses fichiers, ou d'offrir tout autre service permettant aux opérateurs concurrents de retrancher de leurs propres fichiers les coordonnées des personnes figurant sur la liste orange, ou d'accéder à des fichiers expurgés à un prix raisonnable, c'est-à-dire orienté vers les coûts de la prestation fournie.

8. La décision n° 98-D-60 du 29 septembre 1998 du Conseil, rendue sur cette saisine, a été déférée à la cour d'appel de Paris qui, dans son arrêt du 29 juin 1999, après avoir annulé ladite décision pour des raisons de procédure, a reconnu que France Télécom s'était rendue coupable d'abus de position dominante, lui a infligé une sanction pécuniaire et lui a *«enjoint, jusqu'à la mise en service de l'organisme prévu à l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications, 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,*
- *de proposer un service permettant la mise en conformité des fichiers contenant des données nominatives détenues par des tiers avec la liste orange des abonnés au téléphone, que ces fichiers soient ou non directement extraits de la base annuaire ;*

Dit que ces prestations devront être proposées dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à cette demande, à l'instar, s'agissant de la prestation de déduplication ou topage, de la prestation prévue au catalogue de France Télécom à la rubrique prévoyant la mise en conformité des fichiers tiers externes avec la liste safran et la déduplication ou le topage de ces fichiers».

9. Dans la décision n° 02-D-41 du 26 juin 2002, qu'il a rendue sur la saisine en non respect d'injonction des sociétés Scoot et Fonecta, le Conseil a retenu, d'une part, qu'*«il n'est pas établi que France Télécom n'a pas respecté l'injonction relative au caractère objectif des prix de cession des données annuaire indiqués en ligne L. 12 du catalogue de prix de l'opérateur public»*, d'autre part, que *«France Télécom n'a pas respecté les injonctions formulées à son encontre par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999 sur les deux points suivants :*

- *non orientation vers les coûts des prix de consultation de la base annuaire via les services offerts par la société Intelmatique ;*
- *caractère discriminatoire des prix de cession des données annuaires indiqués en ligne L. 12 du catalogue de prix de l'opérateur public pour les utilisateurs souhaitant exercer un service de renseignement mais ne souhaitant pas exercer une activité d'édition d'annuaires imprimés».*

10. Enfin, le Conseil, considérant qu'il ne disposait pas d'éléments suffisants lui permettant de se prononcer sur l'orientation vers les coûts des tarifs de cession de la base annuaire par France Télécom, a décidé de renvoyer le dossier à l'instruction et a prononcé un sursis à statuer de ce chef.

Il n'a pas été formé de recours à l'encontre de cette décision.

11. Un expert a été désigné par le rapporteur général du Conseil avec pour mission :

- *de décrire les opérations de constitution du fichier commercial et du fichier de la base annuaire ;*

- d'identifier précisément les tâches spécifiques à la constitution de la base annuaire ;
- d'apprécier le volume de ces tâches et leur nécessité en considération d'une exigence minimale d'efficacité ;
- d'évaluer le coût de revient de ces opérations.

12. Par lettres en date respectivement des 31 juillet et 21 août 2002, les sociétés Scoot France et Fonecta France ont saisi à nouveau le Conseil de la concurrence de pratiques d'abus de position dominante imputées à France Télécom sur le marché de la cession des listes d'abonnés au service téléphonique. Elles demandent que soit prononcée une sanction pécuniaire suffisamment forte et dissuasive, l'opérateur historique jouant sciemment sur le facteur temps et reproduisant de manière constante et délibérée des pratiques tarifaires qui empêchent le développement du secteur, au mépris du droit de la concurrence et des décisions de justice et qu'injonction soit donnée à France Télécom de fournir sa base de données à un tarif non discriminatoire et orienté vers les coûts. Elles ont assorti leurs saisines de demandes de mesures conservatoires.

13. Les sociétés saisissantes font valoir que France Télécom détient toujours une position dominante sur le marché de la commercialisation de la liste des abonnés au service téléphonique qui, par son exhaustivité et sa mise à jour permanente, constitue une facilité essentielle pour les opérateurs de marketing et, à plus forte raison, pour les opérateurs de services de renseignements téléphoniques, lesquels ne disposent d'aucune ressource alternative. Elles observent qu'en l'absence de mise en place de l'organisme chargé d'établir et de tenir à jour la liste nécessaire à l'édition d'annuaires universels et à la fourniture de services universels de renseignements, visé à l'article L. 35-4 du code des postes et télécommunications, France Télécom demeure «*la source unique pour la constitution de listes à des fins d'annuaires pour les abonnés au téléphone fixe*» et que l'organisme dont il s'agit ne verra jamais le jour du fait de l'abrogation, par l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001, des dispositions de l'article L. 35-4 précité qui prévoyaient sa création. Les sociétés Scoot France et Fonecta France estiment, en conséquence, que les conditions sont réunies pour que les principes de non discrimination et d'orientation vers les coûts, précédemment posés par le Conseil et la cour d'appel de Paris, soient réaffirmés pour la période postérieure à la date d'entrée en vigueur de l'ordonnance du 25 juillet 2001, dans la mesure où, le Conseil aurait, dans sa décision du 26 juin 2002, considéré que la validité des injonctions prononcées par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999, ne s'étendait pas au-delà de cette entrée en vigueur.

14. Or, les sociétés plaignantes soutiennent que France Télécom a continué, postérieurement à la date susvisée, à imposer des tarifs discriminatoires et excessifs et n'a pas modifié ses comportements, malgré la décision du Conseil du 26 juin 2002 constatant le non respect d'une partie au moins des injonctions prononcées par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999. Elles font, en effet, valoir qu'ayant écrit, les 2 et 3 juillet 2002, à l'opérateur afin que de nouveaux tarifs, tenant compte de la décision du Conseil, leur soient proposés, elles se sont vu répondre par la société Pages

Jaunes, dans une lettre du 15 juillet adressée à la société Fonecta, que *«... nous menons actuellement un travail de réflexion et d'analyse sérieux et approfondi afin d'apporter une réponse satisfaisante à la décision du Conseil. En conséquence, nous vous informerons de notre position dès qu'elle aura été arrêtée et procéderons aux ajustements éventuels de votre contrat en cours»* et dans une lettre du 22 juillet 2002 adressée à Scoot France, que *«pour ce qui concerne les tarifs du service d'accès à la requête, nous analysons actuellement ladite décision pour apprécier les conséquences à en tirer. Nous vous informerons des modifications tarifaires intervenues dès qu'elles auront été arrêtées.»*.

15. En conséquence, les sociétés Scoot France et Fonecta France, outre la réaffirmation de l'injonction prononcée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999 et le prononcé de sanctions pécuniaires, demandent au Conseil, à titre de mesures conservatoires, d'enjoindre à France Télécom de leur fournir sa base de données des abonnés au service téléphonique à un tarif provisoire n'excédant pas 0,00457 euro par consultation, d'enjoindre également à France Télécom de mettre à leur disposition une offre de service d'accès à la requête à un tarif situé entre 0,019 euro et 0,032 euro par requête et enfin, d'enjoindre à France Télécom, pour la période correspondant aux faits visés dans leur saisine, soit depuis le 29 juillet 2001 et en application des dispositions de l'article L. 420-3 du code de commerce, de leur remettre des avoirs au titre des factures précédemment émises, afin de ramener le prix de cession des données facturé pour cette période aux montants précités.

16. En application des dispositions des articles L. 36-10 du code des postes et télécommunications et 35 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, le rapporteur général du Conseil de la concurrence a communiqué la saisine des sociétés Scoot et Fonecta à l'Autorité de régulation des télécommunications. Dans son avis du 24 octobre 2002, l'Autorité observe que les pratiques tarifaires de France Télécom n'ont pas été substantiellement modifiées en ce qui concerne la cession de fichiers à des fins d'annuaires et de renseignements, depuis les décisions des autorités de concurrence (décision n° 98-D-60 du 29 septembre 1998 puis arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 juin 1999), en particulier depuis la décision du Conseil n° 02-D-41 du 26 juin 2002 et que les pratiques relevées sur le marché de la cession de listes d'abonnés pourraient être reconnues, une nouvelle fois, comme constitutives d'un abus de position dominante prohibé par l'article L. 420-2 du code de commerce. Sur la demande de mesures conservatoires, l'Autorité considère qu'il pourrait être justifié d'enjoindre à France Télécom de fixer, pour la cession de ses listes d'abonnés aux éditeurs d'annuaires et fournisseurs de services de renseignements, des prix non discriminatoires qui seraient fondés sur les prix que France Télécom consent actuellement à ses filiales ou partenaires pour des prestations équivalentes et qui figurent dans la décision n° 02-D-41 du Conseil en date du 26 juin 2002.

17. Pour conclure à l'irrecevabilité des saisines de Scoot et Fonecta, la société France Télécom conteste, en premier lieu, que l'effet de la précédente injonction ait pris fin le 29 juillet 2001. Elle soutient, en second lieu, que, les faits visés dans ces saisines sont les mêmes et tendent au même

objet que ceux dénoncés dans les précédentes saisines des 27 juillet 2000 et 20 juillet 2001 et qui ont fait l'objet de la décision du 26 juin 2002 et que les sociétés Scoot et Fonecta entendent, en réalité, obtenir la réformation de cette décision alors qu'elle a acquis l'autorité de la chose décidée et qu'aucun élément nouveau par rapport à la situation qui prévalait le 26 juin dernier n'est produit. Elle fait valoir, enfin, qu'en tout état de cause, et même dans l'hypothèse où les saisines seraient déclarées recevables, les demandes de fixation immédiate et provisoire de prix de cession sont en contradiction, à la fois avec les points tranchés par le Conseil dans sa décision du 26 juin dernier et avec la prescription d'une instruction complémentaire. Elle rappelle encore avoir soumis au Conseil, par lettre du 24 septembre 2002, des propositions *«tendant à une correcte application de la décision du 26 juin 2002»*.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil,

Sur la recevabilité des saisines :

18. Considérant qu'aux termes de l'article L.462-8 du code de commerce, *«le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt à agir de l'auteur de celle-ci, ou si les faits sont prescrits au sens de l'article L. 462-7, ou s'il estime que les faits invoqués n'entrent pas dans le champ de sa compétence»*.

«Il peut aussi rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants».

19. Qu'aux termes de l'article L. 464-6 du même code, dans sa rédaction issue de la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques, *«lorsqu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, 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»* ; qu'ainsi, alors que le rejet *de plano* de la saisine, prévu au deuxième alinéa de l'article L. 462-8, suppose une appréciation des éléments de preuve produits à l'appui de celle-ci et qu'aux termes de l'article L. 464-6 dans sa nouvelle rédaction, le prononcé d'un non-lieu intervient après une analyse des faits objet de la saisine afin d'en vérifier la matérialité et de dire s'ils constituent ou non des pratiques anticoncurrentielles prohibées, l'existence d'une cause d'irrecevabilité de la saisine exclut tout examen tant des preuves produites que du fond ;

20. Considérant que le Conseil de la concurrence reconnaît à ses décisions l'autorité de la chose *«décidée»* ; que, dans une décision n° 93-D-45 du 26 octobre 1993, il a retenu que les pratiques précédemment examinées par le Conseil puis par la cour d'appel de Paris, respectivement, dans une décision du 4 juin 1991 et dans un arrêt du 26 février 1992, étaient les

mêmes que celles faisant l'objet de la saisine soumise à son examen et qu'il convenait de faire application de l'article 20 de l'ordonnance n°86-1243 du 1^{er} décembre 1986, suivant lequel *«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»* ; que, de même, dans une décision n° 98-D-51 du 7 juillet 1998, le Conseil a considéré *«qu'en définitive, la saisine F 799 du 2 octobre 1995, qui se borne, comme son auteur l'indique, à réitérer les précédentes, ne dénonce aucune pratique anti-concurrentielle matériellement distincte de celles que le Conseil a examinées dans sa décision de non-lieu du 4 mars 1997 confirmée par la cour d'appel de Paris le 10 mars 1998»* et 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»* ;

21. Considérant que, dans sa décision n° 02-D-41 du 26 juin 2002, le Conseil, après avoir relevé que les injonctions prononcées par la cour d'appel de Paris le 29 juin 1999 s'appliquaient *«jusqu'à la mise en service de l'organisme prévu à l'article L.35-4 du code des postes et télécommunications, chargé de tenir à jour la liste de l'annuaire universel»*, a retenu que cet organisme n'avait pas été créé, que la création en avait été abandonnée par les dispositions de l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001 portant adaptation au droit communautaire du code de la propriété intellectuelle et du code des postes et télécommunications, qui avait modifié l'article L. 35-4 susvisé, que la validité de l'injonction ne pouvait s'étendre au-delà de la date d'entrée en vigueur de ladite ordonnance, elle-même subordonnée à la publication d'un décret en Conseil d'État pris après avis de la commission supérieure du service public des postes et télécommunications, non encore publié à la date de la décision du 26 juin 2002 ; que le Conseil en a déduit que les faits invoqués à l'appui de la saisine étaient survenus durant une période couverte par la validité des injonctions ;

22. Considérant que le décret d'application visé à l'article L. 35-4 n'était encore pas publié à la date des présentes saisines et qu'ainsi, les pratiques dénoncées sont relatives à une période durant laquelle les injonctions de l'arrêt du 29 juin 1999 étaient toujours en cours de validité ; que dans sa décision du 26 juin 2002, le Conseil a, par ailleurs, retenu que les sociétés Scoot et Sonera entraient dans le champ des bénéficiaires de ces injonctions ;

23. Considérant que la décision précitée constate que France Télécom n'a pas respecté lesdites injonctions sur deux points :

- non orientation vers les coûts des prix de consultation de la base annuaire via les services offerts par la société Intelmatique ;
- caractère discriminatoire des prix de cession des données annuaires indiqués en ligne L. 12 du catalogue de prix de l'opérateur public pour les utilisateurs souhaitant exercer un service de renseignement mais ne souhaitant pas exercer une activité d'édition d'annuaires imprimés ;

Que le Conseil a, par ailleurs, sursis à statuer sur le point de savoir si l'injonction relative à l'orientation vers les coûts des tarifs de l'activité de gestionnaire de fichier avait ou non été respectée ;

24. Considérant qu'au soutien de leurs présentes saisines, les sociétés Scoot France et Fonecta France ne dénoncent aucune pratique matériellement distincte de celles qui ont donné lieu à la décision du 26 juin 2002 ; que l'envoi par ces sociétés, dans les jours qui ont suivi ladite décision, de courriers à Pages Jaunes et à France Télécom pour les inviter à leur communiquer des propositions tarifaires conformes à celle-ci, ainsi que les réponses d'attente qui leur ont été faites et dont les termes ne préjugent en rien de la position de France Télécom sur les demandes de Scoot France et de Fonecta France, n'apportent aucun élément de nature à permettre que le Conseil soit à nouveau saisi de faits continus, déjà appréhendés par la procédure dans le cadre de laquelle la société France Télécom qui a, d'ores et déjà, définitivement été reconnue coupable d'un double non respect d'injonction, encourt la sanction pécuniaire prévue par les articles L. 464-3 et L. 464-2 du code de commerce ;

25. Considérant que le principe *non bis in idem*, qui est d'application générale en matière de sanction et que consacrent l'article 4 du protocole n° 7 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'Homme et des libertés fondamentales et l'article 14-7 du pacte international relatif aux droits civils et politiques de 1966, interdit de connaître à nouveau de faits sanctionnables qui ont fait l'objet de poursuites et d'une décision antérieures ;

26. Considérant qu'il résulte de ce qui précède que les saisines des sociétés Scoot France et Fonecta France doivent, sans examen au fond, être déclarées irrecevables ;

27. Considérant qu'aux termes de l'article 42 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, «*la demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du code de commerce ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence*» ; qu'il s'ensuit, la saisine étant irrecevable, que la demande de mesures conservatoires ne peut qu'être rejetée ;

Décide

Article 1^{er} : Les saisines au fond enregistrées sous les numéros 02/0071 F et 02/0076 F sont déclarées irrecevables.

Article 2 : Les demandes de mesures conservatoires enregistrées sous les numéros 02/0072 M et 02/0077 M sont rejetées.

Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} Guillot, par M^{me} Pasturel, vice-présidente, présidant la séance, M^{me} Aubert, M^{me} Mader-Saussaye, M. Lasserre, M. Piot et M. Robin, membres.

Le secrétaire de séance,

Thierry Poncelet

La vice-présidente, présidant la séance

Micheline Pasturel

Décisions / 02-D-75

931

02-D-76

Décision n°02-D-76 du 19 décembre 2002 relative à une saisine de la société CGU Courtage concernant un marché public de l'OPAC de Villeurbanne

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 22 avril 2000, sous le numéro F 1212, par laquelle la société CGU Courtage a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques, relevant des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce, mises en œuvre par la société Groupalpha, la chambre syndicale des courtiers d'assurance de la région Rhône-Alpes Auvergne et l'association de défense des usagers du courtage d'assurances ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ainsi que le décret n° 2002-689 du 3 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu la décision de secret des affaires n° 02-DSA-n° 13 du 17 avril 2002 par laquelle la présidente du Conseil de la concurrence s'est prononcée sur la demande présentée par le Cabinet Bruno Perret ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement et par la société CGU Courtage ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, la société CGU Courtage entendus au cours de la séance du 12 novembre 2002 ;

Adopte la décision fondée sur les constatations (I) et les motifs (II) ci-après exposés :

I. - Constatations

1 - A l'époque des pratiques dénoncées, le patrimoine locatif de l'OPAC de Villeurbanne représentait une surface de 586 282 mètres carrés assurés sur la base d'un tarif oscillant, depuis 1993, entre 2 francs et 2,75 francs le mètre carré, avec une franchise de 3 000 francs par sinistre. Fin septembre 1998, les contrats en cours venant à échéance, l'OPAC a passé un marché d'assurance multirisque pour leur renouvellement.

■ A. - Les marchés publics de service des collectivités locales

Les dispositions réglementaires

2 - Jusqu'en 1998, aucune disposition n'obligeait les collectivités locales et leurs établissements publics à recourir à une mise préalable en concurrence pour la passation de leurs contrats d'assurance.

3 - La directive européenne 92/50 du 18 juin 1992 portant coordination des procédures de passation de marchés publics de service, transposée en droit français, notamment, par la loi n° 97/50 du 22 janvier 1997 et le décret d'application n° 98/111 du 27 février 1998, a entraîné la soumission des contrats d'assurance des collectivités locales et de leurs établissements publics au code des marchés publics.

4 - Deux circulaires ministérielles d'application sont intervenues successivement, la première, le 27 juillet 1998, la seconde, le 30 juillet 1999. Le décret n° 99-634 du 19 juillet 1999 a modifié le code des marchés publics en conséquence et a complété la réforme.

5 - Les personnes publiques concernées doivent, désormais, se soumettre aux règles de mise en concurrence et de publicité des marchés de service. Cependant, lorsqu'il s'agit d'un marché d'assurance, elles peuvent conférer un mandat à un courtier d'assurance pour organiser la procédure de sélection des candidats. Dans ce cas, le courtier ne pourra pas participer à l'appel d'offres.

■ B. - La profession de courtier

Fonction

6 - Le courtier est un intermédiaire entre les acheteurs de produits d'assurances (entreprises, collectivités, certains particuliers) et les mutuelles et compagnies d'assurance. Sa fonction consiste à réaliser une étude des besoins d'assurance de son client, puis à rechercher l'assureur le mieux apte à satisfaire à ces besoins et, également, à commercialiser des contrats d'assurance. Une fois le contrat conclu, il en surveille la bonne exécution et son respect par les deux parties. Il est généralement rémunéré sous forme de commissions.

7 - Le courtier peut être le conseil de la collectivité publique ou le représentant de l'entreprise d'assurance candidate au marché, mais il ne doit pas cumuler les deux fonctions.

8 - La collectivité qui délègue à un courtier l'organisation de la procédure de sélection n'abandonne pas ses compétences puisqu'il lui appartient de conclure le contrat, ainsi que le prévoit la circulaire du 27 juillet 1998 : *«un mandat est donné au courtier afin qu'il procède à la mise en concurrence*

de compagnies d'assurances ; ce mandat doit être établi par écrit et lui imposer de mettre en concurrence plusieurs entreprises d'assurances dans les conditions prévues au code des marchés publics ; à l'issue de cette procédure, c'est naturellement à la personne publique qu'il revient de faire son choix».

9 - Le courtier le plus important, en France est la société Gras Savoye, viennent ensuite les deux leaders mondiaux, les groupes américains MMC (Marsh & McLennan, devenue depuis Marsh SA) et Aon, puis le groupe des Assurances Verspieren. Ces quatre courtiers, présents sur l'agglomération lyonnaise, ont participé à l'appel d'offres de l'OPAC de Villeurbanne en 1998.

Organisation professionnelle

10 - Dans la région Rhône-Alpes, le Sycra (chambre syndicale des courtiers d'assurances Rhône-Alpes/Auvergne), regroupe 148 adhérents dont 113 dans le département du Rhône. Parmi ces adhérents, on relève la présence des groupes précités Gras Savoye, Marsh, Aon, ainsi que les principaux courtiers lyonnais indépendants, tels le groupe Dufaud Courtage et la société MVRA.

■ C. - Le marché de l'OPAC de Villeurbanne

L'appel d'offres

11 - Au mois de septembre 1998, l'OPAC de Villeurbanne a lancé un appel à la concurrence pour la passation d'un marché public d'assurances. Le bureau d'études Tec-Habitat était le maître d'œuvre de l'opération.

12 - L'annonce a été publiée, le 25 septembre 1998, dans le quotidien *Le Progrès* et, le 1^{er} octobre 1998, dans le *BOAMP*. Elle était ainsi libellée :

«Objet du marché : Assurance Multirisque du Patrimoine locatif de l'Opac. La consultation est réservée aux assureurs ou aux courtiers d'assurances.

(...) Le marché sera attribué en fonction :

- *Des qualités des prestations ;*
- *Du prix des prestations ;*
- *Des références».*

13 - La commission d'examen des candidatures, réunie le 8 octobre 1998, a retenu sept sociétés auxquelles le règlement de consultation a été transmis. Celui-ci prévoyait que la consultation était ouverte *«aux agents généraux d'assurance et aux courtiers et sociétés de courtage d'assurance»*, et indiquait les deux solutions variantes demandées : franchise 5 000 F et franchise 10 000 F, l'offre de base correspondant à une franchise de 3 000 F. Un tableau répertoriant les sinistres intervenus depuis 1996 était joint en annexe au règlement de consultation.

14 - Le cahier des charges détaillait les garanties selon les types de sinistres et la durée du contrat (2 ans et 9 mois, avec prise d'effet au 1^{er} avril 1999, échéance au 31 décembre 1999, renouvellement tacite pour les deux années pleines suivantes) et comportait en annexe une liste détaillée du patrimoine à assurer.

15 - Le 17 novembre 1998, la commission a procédé à l'ouverture des offres de prix des six candidats. Le groupe Verspieren n'a pas répondu, la société Sase a produit trois offres, avec trois compagnies d'assurances différentes.

16 - Les offres concernant l'offre de base et les variantes étaient les suivantes :

Soumissionnaire	Base	Variante 1	Variante 2
GRAS SAVOYE/..... INDÉPENDANT D'ASSURANCES	1 143 250	938 060	732 860
GROUPALPHA/MGA.....	1 231 192	1 113 936	1 055 308
SASE/MGA.....	1 231 200	1 114 000	1 055 500
PERRET/CGU.....	1 278 094	1 049 445	938 051
SASE/CGU.....	1 336 800	1 160 900	1 049 500
SASE/SMACL.....	1 377 800	1 114 000	1 055 500
SEDGWICK/MMA.....	1 600 549	1 354 311	996 679
JOLIEZ-REGOL/ SAINT-PAUL INTERNATIONAL	1 700 216	1 462 187	1 264 962

17 - Le 27 novembre 1998, les trois candidats considérés comme mieux-disants (les sociétés Groupalpha, Gras Savoye et Bruno Perret) ont été auditionnés par l'OPAC pour une présentation plus détaillée de leurs offres.

18 - Le rapport d'analyse des offres, daté du 15 décembre 1998, élaboré par le bureau d'études Tec-Habitat, mentionne, en ce qui concerne l'offre du Cabinet Bruno Perret que celui-ci «ramène son offre à 1 242 918 F TTC/an en base et à 1 025 993,50 F TTC/an en variante 1 (franchise 5 000 F) et maintient son prix sur 22 mois si le rapport sinistre à prime est inférieur à 150 %, ce qui apporte une visibilité certaine sur cette période compte-tenu de l'évolution de la sinistralité.»

19 - Sa bonne performance étant reconnue, en ce qui concerne la gestion et le suivi des sinistres, le cabinet Bruno Perret, associé à la société CGU Courtage, a été déclaré attributaire du marché, au prix annuel de 1 025 993,50 F TTC (soit 1,75 F/m²).

■ D. - Les faits

La «*pré-consultation*»

20 - Au mois de mai 1998, la société Groupalpha avait organisé une consultation des sociétés d'assurance de l'agglomération lyonnaise en indiquant :

«Notre client depuis plus de 10 ans, l'Opac de Villeurbanne, nous demande de vous questionner pour une proposition Multirisque PNO en vue d'une souscription éventuelle pour le 1^{er} janvier 1999. Nous souhaiterions savoir si vous êtes intéressés sur le principe d'étudier ce dossier, compte tenu des précisions ci-dessous (...)», suivent des indications relatives au patrimoine concerné et aux sinistres intervenus de 1993 à 1997, le montant de la franchise et son évolution probable. Un état statistique des sinistres sur trois ans ainsi que la liste des bâtiments concernés et le budget annuel ont également été communiqués.

21 - La société CGU Courtage a répondu :

«Suite à notre communication téléphonique de ce jour, nous vous confirmons que notre tarif est d'environ 5 frs du m² avec une franchise de 3 000.

Les commissions restent à déterminer.

Nous classons ce dossier sans suite».

L'offre de la société CGU Courtage dans le cadre du marché

22 - Lors de l'appel d'offres lancé par l'OPAC de Villeurbanne, la société Groupalpha a consulté à nouveau les compagnies d'assurance qui avaient répondu à la pré-consultation, à l'exception de CGU Courtage, puis a présenté une offre avec la société MGA.

23 - La société CGU Courtage indique dans sa saisine que, contactée par la société d'assurance SASE, d'une part, et le cabinet Bruno Perret, d'autre part, elle a fait des propositions initiales s'élevant à 1,98 francs le mètre carré environ, en association avec la société SASE et 1,79 francs le mètre carré environ, en association avec le cabinet Bruno Perret. Elle précise à ce sujet qu'à cette occasion, elle a refait ses calculs et s'est rendu compte qu'elle avait fait une importante erreur en proposant un tarif de 5 francs le mètre carré à la société Groupalpha en juin 1998.

24 - Le cabinet Bruno Perret, ayant consenti un effort supplémentaire au cours de la présentation détaillée faite à l'OPAC, comme il a été mentionné ci-dessus, le marché lui a été attribué en association avec la société CGU Courtage.

La réaction de la société Groupalpha

25 - La société Groupalpha, apprenant l'attribution du marché de l'Opac au cabinet Perret, associé à la société CGU Courtage, pour un prix de l'ordre

de 1,75 franc le mètre carré, a estimé avoir été évincée du marché et avoir souffert d'un préjudice, *«du fait de la faute de CGU Courtage»* qui lui avait communiqué une proposition exorbitante en juin 1998. Soutenue par les organisations représentatives des courtiers, la société Groupalpha a considéré qu'en proposant des prix très différents à deux courtiers, la société CGU Courtage n'avait pas respecté les usages du courtage lyonnais qui prévoient, notamment que *«lorsque une compagnie est saisie d'une affaire par un apporteur auquel elle a fourni une tarification, elle doit donner la même tarification à tout autre intermédiaire qui lui propose le même projet pour la même affaire»*.

26 - La société Groupalpha, la chambre syndicale des courtiers d'assurance de la région Rhône-Alpes Auvergne et l'association de défense des usagers du courtage d'assurances ont porté l'affaire devant le tribunal de commerce de Lyon et ont demandé, outre la réparation du préjudice et des dommages et intérêts, que soit ordonnée la publication du jugement dans deux revues spécialisées *L'argus* et *l'Assurance Française*.

Les moyens de défense de la société CGU Courtage

27 - En réponse à ces demandes, la société CGU Courtage a exposé que la pré-consultation lancée par la société Groupalpha constituait un stratagème visant à connaître les tarifications des différents assureurs avant les courtiers concurrents, et à les évincer ensuite en invoquant une antériorité de consultation. Elle a fait valoir qu'il ne pouvait y avoir de corrélation directe entre l'erreur de calcul commise par elle, lors de la pré-consultation, et le fait que la société Groupalpha n'ait pas été retenue dans le cadre de l'appel d'offres, d'autant que celle-ci ne l'avait pas consultée au moment de cet appel d'offres.

■ E. - L'objet de la saisine du Conseil de la concurrence

28 - La société CGU Courtage reproche à la société Groupalpha :

- d'une part, d'avoir organisé une *«pré-consultation»* des assureurs au mois de mai 1998, concernant le parc immobilier de cet organisme, non pas dans le cadre de sa fonction de courtier mais dans le but d'avoir accès à des informations sur la tarification des assureurs dès le mois de juin 1998, en prévision du lancement de l'appel d'offres le 29 septembre 1998, ce qui serait constitutif de pratiques anticoncurrentielles ;
- d'autre part, de ne pas l'avoir consultée dans le cadre de cet appel d'offres, abusant ainsi de sa position dominante sur ce marché.

29 - Par ailleurs, la société CGU Courtage qualifie de *«manœuvre de dénigrement visant à la discréditer»* l'action introduite devant le tribunal de commerce de Lyon par la société Groupalpha, soutenue par la chambre syndicale des courtiers d'assurance de la région Rhône-Alpes Auvergne et l'association de défense des usagers du courtage d'assurances.

■ F. - Le rapport de non-lieu

30 - Au vu de ces constatations, la rapporteure a proposé au Conseil de prononcer un non-lieu à poursuivre la procédure en application de l'article L. 464-6 du code de commerce.

II. - Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil

31 - Aux termes de l'article L. 464-6 du code de commerce que *«lors-qu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est établie, le Conseil de la concurrence peut décider (...) qu'il n'y a pas lieu à poursuivre la procédure»*.

En ce qui concerne les pratiques relatives à la pré-consultation

32 - La société CGU Courtage soutient que la société Groupalpha ne peut nier avoir eu connaissance, au moment de la pré-consultation du mois de mai 1998, des dispositions de la loi n° 97-50 du 22 janvier 1997 et du décret d'application n° 98-111 du 27 février 1998, cités supra, ainsi que du projet de lancement par l'OPAC de Villeurbanne, à court ou moyen terme, de la procédure d'appel à concurrence ; elle fait valoir, à cet égard, que la société Groupalpha n'a pas démontré qu'elle procédait périodiquement à de telles consultations dans le cadre de sa fonction de courtier et qu'en conséquence, il est établi que la pré-consultation n'était motivée que par la perspective de pouvoir répondre au futur marché de l'OPAC et a permis à la société Groupalpha d'obtenir des informations sur la tarification des assureurs avant les autres courtiers, ce qui a limité leur accès au marché de l'assurance de l'OPAC et faussé le libre exercice de la concurrence.

33 - Ainsi que l'a précisé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 9 janvier 2001, SEEE, une pratique d'entente anticoncurrentielle ne peut être sanctionnée que si les entreprises en cause ont librement et volontairement participé à une action concertée, en sachant qu'elle avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché.

34 - En l'espèce, s'il n'est pas contestable que la société Groupalpha devait connaître la modification prochaine du cadre juridique de l'assurance des personnes publiques ou assimilées, consistant à soumettre la passation des contrats d'assurance aux dispositions du code des marchés publics, il n'en demeure pas moins, d'une part, que la pratique de pré-consultation qui lui est reprochée est intervenue avant que ne soit publiée la circulaire d'application du 27 juillet 1998 et, d'autre part, que sa démarche entrerait dans le cadre de sa mission initiale de courtier de l'OPAC, sous le régime légal et réglementaire ayant prévalu jusqu'alors.

35 - Par ailleurs, il n'est nullement démontré que les informations recueillies dans le cadre de cette consultation, même en tenant compte des «*usages du courtage lyonnais*», auraient permis à cette entreprise de bénéficier d'une situation privilégiée dans le cadre de l'appel d'offres lancé par l'OPAC de Villeurbanne, qu'elle n'a d'ailleurs pas remporté.

36 - Enfin, aucun élément de l'enquête ne fait apparaître une quelconque entente sur les prix entre la société Groupalpha et les autres courtiers ou des pratiques abusives résultant de sa position auprès de l'OPAC, soit sous la forme de l'obtention d'informations privilégiées de la part de ce dernier, soit sous la forme de pressions exercées sur cet établissement pour obtenir le marché. Ainsi, il n'est pas démontré que la pré-consultation effectuée, même si elle a permis à la société Groupalpha de connaître le niveau des prix des futurs concurrents, aurait débouché sur une action concertée dont les participants auraient eu conscience qu'elle avait pour objet, ou pouvait avoir pour effet, de limiter l'accès au marché, ou de faire obstacle à la libre fixation des prix.

37 - La société CGU Courtage fait, de surcroît, grief à la société Groupalpha de ne pas l'avoir consultée dans le cadre de la procédure de l'appel d'offres de septembre 1998.

38 - Il ressort, cependant, des pièces du dossier que l'abstention de consulter la société CGU Courtage, au moment de l'appel d'offres du mois de septembre 1998, trouve son explication dans le montant particulièrement élevé de la proposition faite par cette société lors de la pré-consultation (5 francs/m²). Par ailleurs, cette abstention n'a nullement engendré d'entrave à l'accès au marché d'assurance de l'OPAC, puisque la consultation a été lancée de façon publique et que tous les courtiers et assureurs ont pu en avoir connaissance et présenter des offres, y compris la société CGU Courtage, qui a, finalement, emporté le marché.

39 - En conséquence, il résulte des éléments qui précèdent qu'il n'est pas établi que la société Groupalpha aurait, par la pré-consultation organisée par elle au mois de mai 1998, mis en œuvre une pratique d'entente anti-concurrentielle prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du code de commerce.

En ce qui concerne le dénigrement allégué

40 - La société CGU Courtage expose que l'action intentée devant le tribunal de commerce de Lyon, conjointement, par la société Groupalpha, la chambre syndicale des courtiers d'assurance de la région Rhône-Alpes Auvergne et l'association de défense des usagers du courtage d'assurance, ainsi que la demande de publication du jugement, formulée dans ce cadre, constituent une pratique de dénigrement qui relève de l'abus de position dominante, pour la société Groupalpha, et de l'entente, s'agissant des autres demandeurs.

41 - Il résulte cependant d'une jurisprudence constante que le fait d'agir en justice ainsi que les demandes présentées dans ce cadre sont l'«*expression du droit fondamental d'accès au juge*», et ne peuvent être qualifiés d'abus,

«(...) sauf si une entreprise en position dominante tente des actions en justice qui ne peuvent pas être raisonnablement considérées comme visant à faire valoir ses droits et ne peuvent dès lors servir qu'à harceler l'opposant, et qui sont conçues dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer la concurrence» (point 11 de la décision de la Commission européenne IV 35268 du 21 mai 1996 ITT Promédia NV/Belgacom). Dans un arrêt rendu sur cette même décision (T-111/96 du 17 juillet 1998 ITT Promedia NV/Comm. CE), le tribunal de première instance des communautés européennes a validé cette analyse : «(...) il importe de souligner, comme l'a fait à juste titre la Commission, que le fait de pouvoir faire valoir ses droits par voie juridictionnelle et le contrôle juridictionnel qu'il implique est l'expression d'un principe général de droit qui se trouve à la base des traditions constitutionnelles communes aux États membres et qui a été également été consacré par les articles 6 et 13 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales du 4 novembre 1950 (...). L'accès au juge étant un droit fondamental et un principe général garantissant le respect du droit, ce n'est que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles que le fait d'intenter une action en justice est susceptible de constituer un abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité. Ensuite, il convient de relever que, constituant une exception au principe général d'accès au juge, garantissant le respect du droit, les deux critères cumulatifs doivent être interprétés et appliqués restrictivement, de manière à ne pas tenir en échec l'application du principe général (...)» (points 60 et 61).

940

42 - Le Conseil de la concurrence a adopté une analyse analogue fondée sur l'exigence des deux mêmes conditions cumulatives, dans ses décisions n° 99-D-77 du 7 décembre 1999, n° 00-D-24 du 10 mai 2000 et 02-D-35 du 13 juin 2002 ; en outre, la Cour de cassation, dans un arrêt de la chambre commerciale n° 1675 en date du 9 octobre 2001, a rappelé que l'abus de droit suppose l'intention de nuire.

43 - En l'espèce, aucun élément du dossier ne permet de considérer que l'action intentée par la société Groupalpha, la chambre syndicale des courtiers d'assurances de la région Rhône-Alpes Auvergne et l'association de défense des usages du courtage d'assurance ne répondrait à une autre motivation que celle de faire valoir et reconnaître leurs droits. Par ailleurs, la publication du jugement fait partie des mesures de réparation que peuvent prononcer les autorités de jugement et la demande tendant à ce qu'elle soit ordonnée ne saurait être considérée comme une pratique anticoncurrentielle contraire aux dispositions des articles L. 420-1 du code de commerce, ou un éventuel abus de position dominante prohibé par l'article L. 420-2 du code de commerce.

44 - Il résulte de l'ensemble des éléments qui précèdent, qu'aucune pratique de nature à porter atteinte à la concurrence sur le marché n'est en l'espèce établie et il convient donc de faire application des dispositions de l'article L. 464-6 du code de commerce précitées.

Décide

Article unique : Il n'a pas lieu de poursuivre la procédure.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Bleys, par M. Nasse, vice-président, présidant la séance, M^{me} Perrot, MM. Charrière-Bournazel, Lasserre et Piot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président, présidant la séance
Philippe Nasse

Décisions / 02-D-76

941

02-D-77

Décision n°02-D-77 du 27 décembre 2002 relative à une saisine de la Société anonyme Daniel Grenin à l'encontre des sociétés Imphy Ugine Précision, Sprint-Métal et Usinor Achats

Vu la lettre enregistrée le 29 août 2001 sous le numéro F 1336 par lequel la société Daniel Grenin a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société Imphy Ugine Précision, la société de production internationale de Tréfiles dite Sprint-Métal et la société Usinor Achats,

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les autres pièces du dossier,

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, la société Daniel Grenin entendus, lors de la séance du 20 novembre 2002,

942

I. - Les pratiques dénoncées

La société Daniel Grenin est une société anonyme qui exerce une activité de transport routier et les prestations de service s'y rapportant. En 1995, elle a étendu son activité à celle de stockage.

Cette entreprise, dont le siège est à Imphy dans la Nièvre, assure, depuis sa création en 1975, des prestations de transport pour le compte des sociétés Creusot Loire, Imphy SA et Usinor, auxquelles ont succédé respectivement les sociétés Sprint-Métal et Imphy Ugine Précision, toutes deux filiales du groupe Usinor.

Par lettre du 28 août 2001, la société Daniel Grenin a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques d'abus de dépendance économique qu'elle impute aux sociétés Imphy Ugine Précision, Sprint-Métal, et Usinor Achats.

La saisissante expose que les sociétés Imphy Ugine Précision et Sprint-Métal représentant 60 % de son chiffre d'affaires de transports et de son activité de stockage au cours des trois derniers exercices, elle se trouve dans une totale dépendance à l'égard de ces entreprises.

Elle explique que la société Usinor Achats l'a avisée, par télécopie du 2 décembre 1999, que la société Imphy Ugine Précision ne stockerait plus de marchandises dans ses locaux à partir de janvier 2000, et, par télécopie du 12 janvier 2000, qu'elle confiait le stockage de ses produits à son concurrent la société Ressat.

Par ailleurs, la société Daniel Grenin précise que, sans qu'elle n'en ait jamais été avisée, plus aucune mission de transport ne lui a été confiée par les sociétés en cause ;

Cette rupture brutale des relations commerciales constitue, selon la saisissante, l'exploitation abusive d'un état de dépendance économique, telle que sanctionnée par les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Elle ajoute que les entreprises mises en cause ont, par l'intermédiaire d'Usinor Achats, mis en œuvre une politique de demande de prix à la baisse puis rompu brutalement les relations commerciales, une fois ces réductions obtenues. La société Daniel Grenin fait valoir qu'elle n'était pas en mesure de s'opposer à ces demandes de réduction de prix en raison de sa situation de dépendance économique par rapport à Imphy Ugine Précision, l'employeur le plus important de la Nièvre, comme à l'égard de Sprint Métal.

II. - Motivation

En application de l'article L. 462-8 du code de commerce, le Conseil de la concurrence peut *«rejeter la saisine par décision motivée lorsqu'il estime que les faits invoqués ne sont pas appuyés d'éléments suffisamment probants»*.

L'article L. 420-2 alinéa 2 du code de commerce prohibe *«(...) dès lors qu'elle est susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence, l'exploitation abusive par une entreprise ou un groupe d'entreprise de l'état de dépendance économique dans lequel se trouve à son égard une entreprise cliente ou fournisseur (...)»*.

Une jurisprudence constante relative à ces dispositions et, notamment, une décision du Conseil de la concurrence n° 01-D-49 du 31 août 2001, précise que la dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2, du code de commerce, résulte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, à condition toutefois que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise cliente, enfin, de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents. Cette jurisprudence précise que ces conditions doivent être simultanément réussies pour entraîner cette qualification.

Or, les documents comptables produits par la société Daniel Grenin permettent de constater que la part du groupe Imphy dans son chiffre d'affaires a représenté un pourcentage annuel moyen de 62,64 % du 1^{er} octobre 1996 au 30 septembre 1999. Les éléments communiqués attestent, par ailleurs, d'une baisse régulière et substantielle du chiffre d'affaires réalisé

avec le groupe Imphy, celui-ci s'établissant autour de 75 % du chiffre d'affaires total de la société Daniel Grenin pour l'exercice 1996/1997, de 60 % pour l'exercice 1997/1998, et 45 % pour l'exercice 1998/1999. Cependant, et en dépit de cette baisse régulière et conséquente de la part d'Imphy dans le chiffre d'affaires de la société Daniel Grenin, le chiffre d'affaires total de cette entreprise n'a que faiblement baissé.

Ces éléments sont confirmés par les constatations d'un jugement du tribunal de commerce de Nevers, en date du 13 septembre 2000, produit par la société saisissante, qui indique que les éléments communiqués par la SA Daniel Grenin *«démontrent que, sur trois ans, le chiffre d'affaires de la SA Daniel Grenin avec le groupe Imphy a baissé de 41, voire 52 % alors que sur la même période le chiffre d'affaires total de la SA Daniel Grenin n'a baissé que de 6 % ; dès lors, force est de constater que cette dernière a su pallier la baisse du chiffre d'affaires d'IUP/SM par la conquête de nouveaux marchés»*. Ce jugement relève, par ailleurs, que la société Daniel Grenin n'a pas pris de mesure particulière en réaction à la perte de chiffre d'affaires, ni entrepris de démarches auprès de ses clientes afin de reconquérir les parts de marchés dont elle constatait la dégradation.

Il résulte de ce qui précède que le chiffre d'affaires réalisé par la société Daniel Grenin avec le Groupe Imphy a diminué progressivement au cours des années 1997 à 1999 mais que la saisissante a su compenser, par d'autres activités, la réduction constatée ; en l'absence d'autres éléments permettant de considérer que la société saisissante se serait trouvée en position de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2 du code de commerce, il convient de faire application de l'article L. 462-8 du code de commerce, précité.

Décision

Article unique : La saisine de la société Daniel Grenin est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Chaulet-Philippe, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente, M. Nasse, vice-président.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-D-78

Décision n°02-D-78 du 27 décembre 2002 relative à une saisine de l'Union nationale des prothésistes dentaires de pratiques imputables à l'Ordre national des chirurgiens-dentistes

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 20 octobre 1997 sous le numéro F 984, par laquelle l'Union nationale patronale des prothésistes dentaires (UNPPD) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par l'Ordre national des chirurgiens-dentistes ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et l'Union nationale patronale des prothésistes dentaires entendus lors de la séance du 20 novembre 2002 ;

Par lettre du 17 octobre 1997, l'Union nationale patronale des prothésistes dentaires (UNPPD) a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par l'Ordre national des chirurgiens-dentistes et consistant d'une part, dans la création, par des chirurgiens-dentistes, de laboratoires de prothèse dentaire en violation des règles du code de déontologie, d'autre part, dans l'inertie du Conseil de l'Ordre à l'égard de l'insolvabilité notoire de certains de ses membres, pratiques qui fausseraient le jeu de la concurrence sur le marché, au préjudice des prothésistes dentaires.

L'article L. 462-7 du code de commerce, reprenant les dispositions de l'article 27 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, dispose que : *«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».*

En l'espèce, depuis le 20 octobre 1997, date de la saisine du Conseil de la concurrence par l'Union nationale patronale des prothésistes dentaires (UNPPD), un délai de plus de trois ans s'est écoulé sans que le cours de la prescription n'ait été interrompu par un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits dénoncés.

En séance, l'Union nationale patronale des prothésistes dentaires (UNPDD) a fait valoir que le cours de la prescription avait été interrompu par la décision de désignation du rapporteur en date du 25 septembre 1998.

Cependant, ainsi que l'a déjà précisé la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 1^{er} décembre 1995, *«la désignation du rapporteur est une mesure*

d'administration interne qui, en tant que telle n'a pas pour effet d'interrompre le cours de la prescription (...).».

En conséquence, la prescription est acquise en application de l'article L. 462-7 du code de commerce et il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

Décision

Article unique : Il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure.

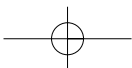
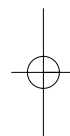
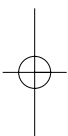
Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Chaulet-Philippe, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente, M. Nasse, vice-président.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen



Mesures conservatoires



Mesures conservatoires

Mesures conservatoires 947

Décision n°02-MC-01 du 24 janvier 2002 relative à 951
une demande de mesures conservatoires présentée par
la société Canal Europe Audiovisuel

Décision n°02-MC-02 du 19 février 2002 relative à 958
une saisine au fond et à une demande de mesures
conservatoires de la société *mabalade.com* à l'encontre
de pratiques mises en œuvre par l'Institut géographique
national (IGN)

Décision n°02-MC-03 du 27 février 2002 relative à 962
la saisine et à la demande de mesures conservatoires
présentées par la société T-Online France

Décision n°02-MC-04 du 11 avril 2002 relative à 975
une demande de mesures conservatoires présentée par
la société Antalis

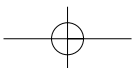
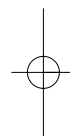
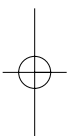
Décision n°02-MC-05 du 17 avril 2002 relative à 986
une demande de mesures conservatoires présentée par
la Chambre de l'industrie hôtelière et touristique du Rhône

Décision n°02-MC-06 du 30 avril 2002 relative à 993
la saisine et à la demande de mesures conservatoires
présentées par la société RMC Info

Décision n°02-MC-07 du 15 mai 2002 relative à 1003
une saisine présentée par la société Pharma-Lab

Décision n°02-MC-08 du 6 juin 2002 relative à 1014
une demande de mesures conservatoires
présentée par la société autocars Mariani

Décision n°02-MC-09 du 12 juin 2002 relative 1018
aux demandes de mesures conservatoires présentées
par la société Pharmajet



02-MC-01

Décision n°02-MC-01 du 24 janvier 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Canal Europe Audiovisuel

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 25 octobre 2001 sous les numéros F 1353 et M 291 par laquelle la société Canal Europe Audiovisuel a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société CanalSatellite dans le secteur de la diffusion de programmes audiovisuels qu'elle estime anticoncurrentielles et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu l'article 82 du traité de Rome ;

Vu les observations présentées par la société CanalSatellite, par la société Canal Europe Audiovisuel et par le commissaire du gouvernement ;

Vu l'avis adopté le 27 novembre 2001 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 Canal Europe Audiovisuel et de la société CanalSatellite entendus lors de la séance du 20 décembre 2001 ; M. Daniel Renard, directeur de la rédaction de la revue Télésatellite, entendu au titre de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Mesures conservatoires / 02-MC-01

951

I. - Sur la saisine au fond

Considérant que la société Canal Europe Audiovisuel (CEA) est une société de droit luxembourgeois qui édite des programmes de télévision satellitaire francophones non cryptés (en clair) et gratuits ; que ces programmes font l'objet d'une concession du gouvernement luxembourgeois accordée le 24 novembre 1998, venant à échéance le 31 décembre 2008, dont le

cahier des charges impose la localisation de la régie finale de la chaîne et de la liaison montante vers le satellite sur le territoire luxembourgeois (article 5) ; que la société a réservé des capacités sur le satellite Astra, géré par la société SES et, souhaitant diffuser sa chaîne sur le territoire français, a pris contact avec le seul distributeur assurant la reprise du réseau satellitaire d'Astra sur ce territoire, à savoir la société CanalSatellite ; que Canal Europe Audiovisuel (CEA) a commencé la diffusion de ses programmes en décembre 1998, sur une thématique «*Grand Tourisme*» (chaîne «*auto-moto*») ; que CanalSatellite lui avait octroyé, sur ses décodeurs, un positionnement fixe sur le canal 104 ; qu'en septembre 1999, CEA a mis à l'antenne une seconde chaîne, «*No Zap*», consacrée au cinéma, qui partageait le canal 104 avec «*Grand Tourisme*» ; qu'en juillet 2000, CEA a interrompu sa diffusion ; qu'elle soutient que cette interruption était destinée à améliorer ses programmes et à trouver de nouveaux partenaires financiers pour le lancement d'une troisième chaîne, destinée au public des «*seniors*», «*Grand Canal*» ; que, diffusant désormais trois programmes, «*Grand Canal*», «*Grand Tourisme*» et «*No Zap*», ce dernier consacré à la diffusion quotidienne de films, elle a contacté de nouveau CanalSatellite en décembre 2000 ; que cette société lui a alors refusé un positionnement fixe, arguant de sa liberté éditoriale d'intégrer ou non une chaîne dans son bouquet, de la non-pérennité de la chaîne et de la non-complémentarité de ses programmes par rapport aux siens ; que la chaîne a loué des capacités sur Astra par l'intermédiaire d'une filiale hollandaise du groupe Canal Plus, la société Canal Digitaal BV, moyennant des droits de 192 858 euros ; qu'après avoir fonctionné trois mois, la chaîne a cessé ses activités en mars 2001 ; qu'après des démarches et recours judiciaires, elle a pu reprendre son activité, grâce à la société «*Europe Online*» qui a mis gratuitement une part de sa capacité disponible sur Astra à sa disposition ;

Considérant que le marché pertinent pour apprécier les pratiques en cause est le marché où interviennent les éditeurs de programmes et les distributeurs de services ; que les éditeurs de programmes composent les grilles de programmation des chaînes et assurent la responsabilité éditoriale des programmes qu'ils éditent ; que les distributeurs de services (ou «*ensembliers*») choisissent les chaînes qui seront commercialisées au sein de leur «*bouquet*» et proposées aux téléspectateurs moyennant la conclusion d'un abonnement ; que dans un avis n° 98-A-14 du 31 août 1998 sur la fusion-absorption de la société Havas par la Compagnie générale des eaux, le Conseil de la concurrence a distingué, au sein du secteur de la télévision payante, trois marchés en fonction du procédé de diffusion utilisé, et notamment, un «*marché de la télévision numérique par satellite*» ; que, dans une décision du 19 novembre 1991, le Conseil avait défini un marché de la diffusion des chaînes sur les réseaux câblés ; qu'en l'état de l'instruction, il apparaît que les services proposés aux chaînes par les opérateurs de satellite sont très différents de ceux proposés par les opérateurs hertziens ou du câble, le satellite permettant, notamment, une couverture géographique beaucoup plus large que le câble lequel est limité en France au périmètre de concessions locales ; que, par ailleurs, les éditeurs de programmes ne sont pas obligés de contracter avec un distributeur (TPS ou CanalSatellite) pour diffuser leurs programmes sur le satellite, alors qu'ils sont obligés de passer

par un câblo-opérateur (NC Numericable, Noos, FT Câble) et de figurer dans son offre commerciale, pour être diffusés sur le câble ; que cette négociation est difficile, puisque chaque câblo-opérateur concessionnaire a une offre commerciale différente et n'accepte, en général, de diffuser que les chaînes investies d'une certaine notoriété ; que les distributeurs satellitaires sont soumis à l'obligation de permettre la réception, par leurs abonnés, des chaînes gratuites en clair diffusées par satellite, alors qu'aucune obligation de ce type ne pèse sur les distributeurs du câble ; que le marché français présente des caractéristiques qui accentuent encore la non substituabilité entre les services rendus par les opérateurs du câble et du satellite, à savoir l'existence d'une législation qui soumet les distributeurs du câble à un régime d'autorisation et les distributeurs du satellite à un régime de simple déclaration, et le fait que les abonnés français du câble sont majoritairement équipés en réception analogique (seuls 450 000 abonnés sur 3 millions sont équipés pour la réception en mode numérique) ; qu'il n'est donc pas exclu que le marché pertinent soit le marché français de la diffusion des chaînes par satellite ;

Considérant que, sur ce marché, la société CanalSatellite, filiale à 66 % du groupe Canal Plus, regroupe 1,7 million d'abonnés fin 2001, contre 1 million pour TPS, filiale de TF1 ; que les abonnés directs du groupe AB-Sat, le troisième distributeur de chaînes par satellite du marché français, sont 20 000 et que 140 000 foyers sont équipés d'une parabole pour la réception des chaînes numériques diffusées en clair, sans disposer d'un abonnement auprès d'un distributeur ; que CanalSatellite dispose donc, d'après les chiffres communiqués par le CSA, de 59 % de part de marché ; que compte tenu de la place de TPS (35 %), son principal concurrent sur le marché français, de l'intégration verticale du groupe Canal Plus, présent dans la production cinématographique, dans l'édition de programmes (Multithématiques), dans la télédistribution par câble (NC Numericable), par satellite (CanalSatellite) et par voie hertzienne, dans le marché d'achat de droits de diffusion et de gestion de droits et enfin dans le secteur des technologies numériques d'accès conditionnel et d'interactivité (Canal plus technologies), et compte tenu des rapports d'exclusivité existant entre CanalSatellite et certaines chaînes thématiques du groupe Canal Plus, il n'est pas exclu que CanalSatellite soit en position dominante sur ce marché ;

Considérant que les chaînes gratuites (ou «*en clair*»), comme Canal Europe Audiovisuel, qui utilisent le mode de diffusion par satellite, doivent réserver des capacités sur un opérateur de satellite (pour la France, Hotbird ou Astra) et faire acheminer leurs signaux vers ce satellite (liaison montante) ; qu'elles peuvent être reçues directement par les téléspectateurs équipés d'une antenne parabolique et d'un terminal de réception (mode de réception appelé «*réception directe*») ; que les chaînes en clair sont aussi reçues sur les terminaux des distributeurs de services diffusés par satellite ; que pour accéder aux programmes de ces distributeurs (CanalSatellite et TPS), les abonnés leur louent des «*décodeurs*», qui remplissent les fonctions d'interprétation des signaux et de décompression numérique, de décryptage et de gestion de contrôle d'accès, de mise en œuvre de l'interactivité et enfin de paiement des applications à la demande ; que, compte tenu du faible nombre de foyers équipés d'une parabole «*en réception directe*», les chaî-

nes en clair sont essentiellement reçues par l'intermédiaire des décodeurs des distributeurs de services par satellite ; que les chaînes en clair peuvent d'ailleurs parfois figurer directement dans l'offre commerciale des distributeurs de services par satellite ; qu'il n'y a donc pas lieu, en l'espèce, de distinguer le marché de la distribution par satellite des chaînes gratuites du marché de la distribution par satellite des chaînes payantes ;

Considérant que, compte tenu de ce qui précède, une chaîne gratuite, comme CEA, qui est rémunérée par la publicité en fonction de son audience, ne peut atteindre l'équilibre économique que si elle est reçue sur les décodeurs du distributeur attaché au satellite qui la diffuse, en l'espèce, CanalSatellite ; qu'à cet égard, c'est le «*référencement*» des chaînes par les distributeurs, c'est-à-dire l'attribution d'un numéro par l'intermédiaire des décodeurs, qui conditionne leur bonne réception par les abonnés ; que le processus de «*référencement*» est décrit par le CSA à la page 11 de son avis : *«Après avoir défini un plan de services, CanalSatellite délimite la part de capacité de son terminal réservée à son offre réelle, voire potentielle. Cette capacité est constituée d'un nombre de canaux numérotés qui peut être supérieur au nombre de services distribués afin de permettre l'intégration de nouveaux services»* ; *«CanalSatellite définit une table spécifique dans laquelle chaque service est directement associé à un numéro de canal. Par l'intermédiaire de techniques logicielles propriétaires, cette table de correspondance entre chaque service et un numéro fixe s'impose au terminal CanalSatellite»* ; que cette numérotation reste fixe, quel que soit le nombre de chaînes qui est diffusé par ailleurs par le satellite, permet l'identification facile de la chaîne par les abonnés et figure aussi sur les programmes de télévision ; que depuis fin août, la capacité réservée par CanalSatellite pour les chaînes sélectionnées dans son plan de service est de 300 canaux ; que, pour capter les chaînes ne bénéficiant pas de numéros fixes, (donc, au delà de 300), il faut utiliser la fonction «*mémorisation manuelle*» qui scanne la totalité des fréquences et leur attribue un numéro, en les mémorisant ; que, la manipulation dure environ une demi-heure, mais permet de trouver la chaîne recherchée ; que, cependant, sur un certain nombre de décodeurs, évalué à 400 000 par la société requérante, certaines chaînes en clair, comme CEA, ne sont pas reçues du tout ; qu'en effet, les décodeurs distribués par Canalsatellite ne peuvent mémoriser plus de 500 numéros et qu'ils identifient toutes les fréquences qui passent par le satellite Astra, qu'il s'agisse de chaînes (cryptées ou non) ou de radios, ce qui peut constituer un nombre très important de fréquences ; que la capacité de mémorisation restante étant de 200 canaux (compte tenu des 300 canaux réservés), la mémoire de ces décodeurs est rapidement saturée ; que les chaînes dont les fréquences ne correspondent pas aux 200 premières fréquences scannées ne peuvent pas faire l'objet d'une mémorisation ; que des constats d'huissiers versés aux débats par la requérante, l'aveu du distributeur CanalSatellite lui-même et des courriers de téléspectateurs abonnés à CanalSatellite (ou à TPS), démontrent l'absence totale de réception de certaines chaînes en clair sur certains décodeurs ; qu'il apparaît que seul l'attribution d'un numéro fixe ou le changement du logiciel de sélection des chaînes (techniquement possible) permettraient d'assurer avec certitude la réception des chaînes en clair ;

Considérant que CanalSatellite refuse de référencer CEA et d'autres chaînes en clair ; que les chaînes en clair diffusées sur Astra en décembre 2001 paraissent bénéficier de la part de CanalSatellite de traitements différents, sans que, à ce stade de l'instruction, aucune justification objective n'ait été avancée ; qu'il est soutenu que certaines chaînes paieraient pour être référencées, comme la chaîne Liberty Tv. Com figurant sur le canal 34 (1 franc par abonné et par mois), d'autres semblant être référencées sans condition particulière, comme AB Moteur (qui a des liens capitalistiques avec Canal) ou encore comme Fashion TV, d'autres encore n'étant pas référencées du tout, comme TV5 France/Belgique ou comme No Zap ; que les chaînes gratuites étrangères sont souvent référencées, tandis que les chaînes francophones, généralistes ou de cinéma, positionnées sur le même créneau que les chaînes payantes de Canal Plus, ne sont pas référencées ; que, depuis la saisine du Conseil (en octobre 2001), deux chaînes en clair, Home Shopping Europe et RTBF Sat, ont été référencées, le 7 décembre 2001, sous les numéros 95 et 293 ; que le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel, dans son avis, estime que les motifs du refus opposé par CanalSatellite à la demande de CEA ne sont pas convaincants ; que le référencement est bien une prestation de service que CanalSatellite rend à certaines chaînes, parfois gratuitement, parfois moyennant paiement, sans que des conditions publiques d'accès à ce service n'aient été apparemment arrêtées ; que, dans un arrêt du 16 mai 2001, la cour d'appel de Paris, saisie du refus de référencement de la chaîne Hot par CanalSatellite, a considéré que la distribution des chaînes constitue une prestation de service, susceptible d'être fournie à titre onéreux, et a condamné la société CanalSatellite à communiquer à la société Hot, sous astreinte, son barème de prix et ses conditions générales de vente pour une diffusion en position fixe sur son réseau satellite ; que le refus d'accès des chaînes gratuites au référencement n'est pas justifié par son coût, qui semble à peu près nul, dès lors qu'il reste un grand nombre de canaux disponibles ; que l'augmentation, le 28 août 2001, par CanalSatellite, du nombre de canaux qui lui sont réservés de 199 à 299, sans raison apparente, puisque de nombreux numéros ne sont pas attribués aux chaînes sélectionnées dans son plan de service à ce jour, a contribué à aggraver la saturation des décodeurs et par voie de conséquence, les problèmes de réception des chaînes en clair ;

Considérant qu'il n'est pas exclu que ces refus conduisent le distributeur CanalSatellite à enfreindre l'article 4 de la directive 95/47/CE du Parlement européen et du Conseil, du 24 octobre 1995 relative à l'utilisation de normes pour la transmission de signaux de télévision, qui a été transposée par l'article 22 de la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 ; qu'aux termes du nouvel article 95 de la loi de 1986 résultant de cette transposition : *«Il. Les exploitants de système d'accès sous condition font droit, dans des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires, aux demandes provenant de distributeurs ou éditeurs de services de télévision ou de radiodiffusion sonore mis à disposition du public par voie de signaux numériques lorsque ces demandes concernent la fourniture des prestations techniques nécessaires à la réception de leur offre par le public autorisé. L'accès à tout parc de terminaux de réception de services de télévision ou de radiodiffusion sonore mis à disposition du public par voie de signaux numériques est pro-*

posé à des conditions équitables, raisonnables et non discriminatoires à tout distributeur ou éditeur de services de télévision ou de radiodiffusion sonore désirant l'utiliser pour mettre à disposition du public autorisé son offre. Les dispositions du présent alinéa ne visent pas l'accès aux infrastructures de diffusion hertzienne et les réseaux de télédistribution» ; qu'au cours des débats devant l'Assemblée nationale, la ministre de la culture et de la communication déclarait que «dans un pays où les décodeurs sont contrôlés par les distributeurs de services, il m'a semblé utile de prévoir un mécanisme pour l'accès aux parcs déjà installés» (Assemblée nationale, 3^e séance du 25 mai 1999, JO page 4879) ; que le rapporteur de l'Assemblée nationale, Monsieur Mathus, décrivait ainsi le dispositif : «Ces exploitants (les opérateurs de bouquets) mettent à disposition du public (sous la forme d'une vente ou d'une location) des décodeurs dont ils maîtrisent les paramètres de décodage. L'objet de ce paragraphe est de permettre à d'autres distributeurs ou éditeurs de services numériques d'accéder à ce mode de distribution afin que l'opérateur de bouquet ne se serve pas de sa maîtrise du support technique pour empêcher le développement d'une concurrence sur les contenus. Dans la mesure où l'on ne peut forcer l'opérateur technique d'un bouquet à accueillir dans sa propre offre commerciale tous les éditeurs de programmes qui le souhaitent, il convient que cet opérateur offre aux distributeurs et éditeurs tiers les moyens techniques nécessaires à la réception de leur offre par le public autorisé» (rapport de l'Assemblée nationale n° 2238, pages 83 et 84) ;

Considérant qu'il ne peut être exclu que le refus de référencer CEA, ainsi que d'autres chaînes en clair, et les différences de traitement entre ces diverses chaînes, qui ne paraissent pas reposer sur des critères clairs et objectifs, soient constitutifs de pratiques prohibées par l'article L. 420-2 du code de commerce ou par l'article 82 du traité de Rome, dès lors que CEA est une chaîne francophone luxembourgeoise empêchée d'atteindre les consommateurs français, ce qui pourrait affecter les échanges entre États-membres ;

956

II. - Sur la demande de mesures conservatoires

Considérant que Canal Europe Audiovisuel allègue que le refus de référencement par CanalSatellite, en décembre 2000, a porté une atteinte grave et immédiate à ses intérêts, puisqu'elle a dû interrompre totalement son activité en mars 2001 et qu'ayant repris ses activités en novembre 2001, elle ne pourra espérer survivre sans l'attribution de ce référencement ; qu'elle demande au Conseil d'enjoindre à CanalSatellite de lui attribuer un numéro fixe lui permettant d'être reçue sur les décodeurs des abonnés de CanalSatellite ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce, des mesures conservatoires «ne peuvent intervenir que si la pratique dénoncée porte une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du sec-

teur 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 le Conseil peut «prendre les mesures qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires» ;

Considérant qu'en 1999, le chiffre d'affaires de Canal Europe Audiovisuel s'est élevé à 1 001 205 euros et, au titre des mois de janvier à juillet 2000, à 1 719 329 euros, soit un chiffre d'affaires, rapporté au mois, en progression (83 433 euros en 1999, 245 618 euros en 2000) ; que la société a arrêté sa diffusion de juillet 2000 à décembre 2000 ; que de janvier à mars 2001, le chiffre d'affaires réalisé par la chaîne s'est élevé à 179 733 euros pour les mois de janvier, février, mars et novembre 2001, soit à 44 933 euros par mois ; que la société fournit les statistiques établies par France Télécom retraçant l'évolution des appels des téléspectateurs sur la période mai-juillet 2000 pendant laquelle elle disposait d'une numérotation fixe par rapport au trimestre décembre 2000 février 2001, période pendant laquelle elle a été privée de numérotation fixe ; que la comparaison des diagrammes fait ressortir que les appels français ont été divisés par 4,6 alors que les appels allemands non concernés par ce problème de numérotation ont été multipliés par 1,9 ; que cependant un manque à gagner est insuffisant à lui seul pour caractériser l'atteinte grave et immédiate ; que par ailleurs, il n'est pas démontré que les difficultés rencontrées par la société CEA aient été directement causées par le refus de référencement de la société CanalSatellite, la chaîne ayant interrompu ses programmes de juillet à décembre 2000 ; qu'il résulte, par ailleurs, des déclarations faites à l'audience que certaines chaînes ont conclu des contrats de réservation de capacité simultanément avec Astra et avec le satellite concurrent, Hotbird ; qu'il n'est pas démontré que le recours à ce dernier satellite ait été légalement et économiquement impossible et qu'il n'ait pas existé de solutions alternatives ou au moins complémentaires pour remédier à la situation de dépendance dans laquelle la société CEA prétend se trouver placée à l'égard d'Astra et de CanalSatellite ; que le lien de causalité entre les pratiques litigieuses et les difficultés de l'entreprise n'est donc pas établi en fait ;

Considérant, par suite, que la demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 291 doit être rejetée,

Décide

Article 1 - La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 291 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport de M^{me} Luc, par M^{me} Hagelsteen, présidente, et MM. Jenny et Nasse, vice-présidents.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-MC-02

Décision n°02-MC-02 du 19 février 2002 relative à une saisine au fond et à une demande de mesures conservatoires de la société *mabalade.com* à l'encontre de pratiques mises en œuvre par l'Institut géographique national (IGN)

Le Conseil de la concurrence (section IV),

Vu les lettres enregistrées les 15 mars, 22 et 25 octobre 2001 sous les numéros F 1295 et M 280, par lesquelles la société Didier Richard, aujourd'hui dénommée *mabalade.com*, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par l'Institut géographique national (IGN) et demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, la société *mabalade.com* et l'IGN entendus lors de la séance du 22 janvier 2002 ;

Considérant que la société *mabalade.com*, qui exerce, notamment, une activité d'édition cartographique et de collecte de données géographiques diffusées sous forme de cartes, guides pratiques et ouvrages comprenant des itinéraires de randonnée ou de promenade, expose qu'elle utilise pour l'édition de ses produits des fonds cartographiques provenant de l'IGN ; que cet établissement public chargé de collecter et mettre en forme les informations géographiques et cartographiques sur le territoire national dispose d'un monopole de traitement de ces informations en France et reçoit, pour l'accomplissement de cette mission, un financement public ; que, parallèlement, il exerce une activité commerciale directement concurrentielle de celle des acteurs privés en éditant et commercialisant des produits qui reprennent les informations qu'il a pour mission de collecter ;

Considérant que la société saisissante dénonce, en premier lieu, sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce, des pratiques discriminatoires mises en œuvre par l'IGN dans les relations avec ses diffuseurs, un partage du marché de la diffusion de ses produits en zones territoriales, ainsi que des incitations à procéder à des échanges d'informations sur les prix et les marges ; en deuxième lieu, sur le fondement de l'article L. 420-5 du code de commerce, une pratique de prix abusivement bas ; en troisième lieu, sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce, la conclusion, par l'IGN, de contrats d'accès à des fonds topographiques à des conditions discriminatoires qui constitueraient, en raison du monopole détenu par l'IGN sur le fonds cartographique national, un abus de position dominante ;

I. - Sur la saisine au fond

Considérant qu'en l'état de l'instruction, deux marchés apparaissent concernés par la saisine, en amont, celui des fonds topographiques français sur lequel on peut distinguer deux segments constitués par les cartes aux 25 et 50 millièmes et sur lequel l'IGN a reconnu, lors de la séance, détenir un monopole de fait, et, en aval, le marché des cartes, guides et documents destinés à la randonnée et au tourisme, sur lequel l'IGN a précisé, lors de la séance, réaliser environ 75 % des ventes de cartes et guides destinés à la randonnée et 30 % de ceux destinés au tourisme ; qu'il n'est, dès lors, pas exclu que l'IGN détienne une position dominante sur les marchés concernés ;

Considérant que si, comme le fait justement valoir l'IGN, certains faits évoqués dans la saisine remontent à plus de trois ans et sont donc susceptibles d'être couverts par la prescription, en application de l'article L. 462-7 du code de commerce, d'autres seraient intervenus au cours des trois années précédant la saisine ; que celle-ci apparaît donc, en l'état, recevable au regard de ces dispositions ;

Considérant que le compte-rendu de l'intervention du directeur général de l'IGN, lors de la réunion des diffuseurs qui s'est tenue le 8 avril 1999, mentionne, notamment, le souci de répartir des zones de compétence géographique entre les distributeurs afin de remédier à «*trop de surenchères de remises*» ;

Considérant qu'un document interne à l'IGN, intitulé «*Plan mercatique 1998*», indique, dans le cadre de sa synthèse générale, au point II intitulé «*stratégie de mise en œuvre*», que «*la politique de prix s'appuie sur les principes suivants : - un prix élevé pour les produits sans concurrence directe (...) afin de constituer une trésorerie permettant de financer les actions des autres produits - un prix inférieur ou égal à celui des concurrents pour les produits positionnés sur des segments concurrentiels (...)*» ; que, par ailleurs, M. Guy Lengagne, député, dans un rapport établi à la suite d'une mission confiée par le Premier Ministre sur «*les perspectives d'évolution de l'information géographique et les conséquences pour l'IGN*», relève, en page 29, que «*le bénéfice de subventions publiques et l'opacité du système de comptabilité analytique ne permettent (...) pas de garantir que la concurrence s'exerce dans des conditions normales (...)*» et, en page 30, que l'IGN refuse «*(...) l'accès d'entreprises qu'il estime potentiellement concurrentes à certaines de ses données (...)*» ; qu'il ressort, enfin, d'un jugement du tribunal de commerce de Paris en date du 11 juin 2001, rendu dans une affaire opposant l'IGN à la société Editions Franck Mercier, que l'Institut n'a pas été en mesure de produire ses conditions de vente concernant les fonds topographiques ; que dans un autre jugement, rendu à la même date, dans une affaire opposant l'IGN à la société Didier Richard, devenue depuis *mabalade.com*, la même juridiction a considéré que ce manque de transparence avait causé un préjudice à ladite société ;

Considérant, ainsi, qu'en l'état de l'instruction, il n'est pas exclu que les faits dénoncés par la saisine puissent constituer des pratiques prohibées par les dispositions du livre IV du code de commerce ;

II. - Sur la demande de mesures conservatoires

Considérant que la société saisissante demande au Conseil d'enjoindre à l'IGN, à titre conservatoire, d'une part, *«(...) de suspendre ses parutions bénéficiant de réductions tarifaires abusives irrespectueuses de la «vérité des prix» et ce jusqu'au 15 février 2002»*, d'autre part, *«(...) de rendre publiques ses bases tarifaires permettant ainsi un accès égal aux données cartographiques brutes publiques gérées par l'IGN (...)»* ;

Considérant que l'article L. 464-1 du code de commerce dispose que le Conseil de la concurrence peut décider d'ordonner une mesure conservatoire *«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»* ;

Considérant que la société plaignante fait valoir, à l'appui de sa demande, que l'IGN porte une atteinte grave à la concurrence sur le marché de l'information touristique en mettant en œuvre des pratiques qu'elle qualifie de *«particulièrement discriminatoires»*, dont feraient état un rapport du Commissariat général du Plan, ainsi que le compte-rendu d'une réunion interministérielle tenue à la suite du rapport Lengagne et qui auraient, aussi, été reconnues par le tribunal de commerce de Paris dans son jugement, précité, du 11 juin 2001, rendu dans l'affaire Editions Franck Mercier ; qu'elle soutient, en outre, que les pratiques de l'IGN ont précipité la disparition d'entreprises telles que la société EGG ou la société Maison de la Carte et ont entraîné une prolifération de contentieux, mais qu'en dépit de ces *«indicateurs»*, l'IGN persiste dans ses agissements et déstabilise l'ensemble du secteur ;

Considérant que les pièces produites par la société saisissante ne démontrent nullement l'existence d'une atteinte grave et immédiate portée au secteur économique concerné, du fait des pratiques dénoncées ; qu'en particulier, aucun élément chiffré ne permet de considérer, en l'état, que le secteur connaîtrait une évolution négative en raison des pratiques imputées à l'IGN ou qu'ainsi que l'allègue la société mabalade.com, ces pratiques auraient entraîné la disparition d'entreprises ; qu'au contraire, il ressort des allégations et documents produits par la saisissante que des facilités de paiement auraient été accordées par l'IGN à la société EGG qui connaissait des difficultés dont l'origine n'est pas précisée ; qu'en outre, aucun élément du dossier ne permet de considérer que la cessation d'activité de la société Maison de la Carte ait été la conséquence des pratiques dénoncées ;

Considérant que la requérante invoque, par ailleurs, le *«dommage majeur»* causé à la bonne commercialisation de ses produits du fait du *«dumping pratiqué par l'IGN sur les prix de ses produits grâce à des financements publics»* et des tarifs discriminatoires qui lui sont appliqués ;

Mais considérant que, si les bilans produits par la société mabalade.com font état d'une diminution continue de son chiffre d'affaires depuis 1997,

aucun élément ne permet, en l'état du dossier, de considérer qu'un lien de causalité pourrait être établi entre cette diminution et les pratiques dénoncées ; que le jugement rendu par le tribunal de commerce de Paris, le 11 juin 2001, dans l'affaire qui l'opposait à l'IGN, précise, au contraire, que si les pratiques tarifaires de ce dernier ont pu causer un préjudice à la société Didier Richard, devenue depuis *mabalade.com*, celle-ci n'apporte, toutefois, «*pas de preuve de pertes de marché ou de marges qui auraient résulté de pratiques de prix*» ;

Considérant, par suite, que la demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 280 doit être rejetée ;

Décide

Article 1 - La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 280 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} Chaulet-Philippe, par M^{me} Pasturel, vice-présidente, présidant la séance, Mmes Mader-Saussaye et Perrot, MM. Piot et Ripotot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La vice-présidente, présidant la séance
Micheline Pasturel

Mesures conservatoires / 02-MC-02

961

02-MC-03

Décision n°02-MC-03 du 27 février 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société T-Online France

Le Conseil de la concurrence (section III A),

Vu la lettre enregistrée le 28 novembre 2001 sous les numéros F 1360 et M 294, par laquelle la société T-Online France 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 le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu la décision de secret des affaires n° 01-DSA-21 du 3 décembre 2001 ;

Vu l'avis n° 02-35 adopté par l'Autorité de régulation des télécommunications le 9 janvier 2002, à la demande du Conseil, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-10 du code des postes et télécommunications ;

Vu les observations présentées par les sociétés T-Online France, France Télécom et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés T-Online France et France Télécom entendus lors de la séance du 30 janvier 2002 ;

Les représentants des sociétés Tiscali France et AOL France entendus conformément aux dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

962

I. - Sur la saisine au fond

Considérant que la société France Télécom conteste l'intérêt à agir de la société T-Online France ; qu'elle fait valoir que la saisine du Conseil par cette entreprise vise le comportement de France Télécom relatif à la préparation et à la mise en œuvre du dégroupage de sa boucle locale, alors que la plaignante est un fournisseur d'accès à Internet, qui exerce ses activités dans le cadre de l'article L. 34-2 du code des postes et télécommunications et non un des opérateurs de réseau de télécommunications ouvert au public, au titre de l'article L. 33-1 de ce code, auxquels s'adresse le dégroupage ;

Mais considérant que si la société T-Online France est un fournisseur d'accès à Internet, la prestation d'accès à Internet haut débit par la technologie ADSL qu'elle propose au public nécessite pour l'utilisateur de souscrire à la fois un abonnement au service auprès d'un fournisseur d'accès, ainsi qu'une offre de connexion rapide de technologie ADSL auprès d'un opérateur de télécommunications ; que de ce fait les conditions dans lesquelles s'effectuent les opérations de dégroupage pour la fourniture de ce service ne sont pas indifférentes à l'appréciation des pratiques dénoncées ; qu'ainsi, le moyen n'est pas fondé ;

Considérant que la société T-Online France, dont l'enseigne est Club Internet, soutient que, sur une estimation de 300 000 accès à Internet utilisant la technique ADSL (Asymmetric Digital Subscriber Line), 280 000 accès seraient fournis par la société Wanadoo Interactive, filiale de la société France Télécom, les autres fournisseurs de services Internet offrant 25 000 accès environ, dont 13 500 pour Club Internet ; que *«cette situation de déséquilibre manifeste»* résulterait, selon elle, cumulativement d'une part, du retard dans la mise en œuvre du dégroupage de la paire de cuivre, qu'il s'agisse de l'option 1 (accès à la paire de cuivre nue) ou de l'option 3 (l'offre de revente) en raison du comportement de France Télécom, et d'autre part, du *«soutien abusif et discriminatoire»*, apporté à la société Wanadoo, par sa maison mère France Télécom ;

Considérant que la société T-Online France expose que ce soutien résulte d'une offre sur mesure proposée par France Télécom à sa filiale, de la réservation, au profit exclusif de cette dernière, de l'accès aux infrastructures durant la période de démarrage, de la capacité à réaliser une promotion massive *«grâce aux revenus provenant de l'exploitation monopolistique»* de l'activité *«pages-jaunes»*, ainsi qu'en matière technique et commerciale, de la mobilisation sans contrepartie suffisante des agences commerciales de France Télécom ; qu'en ce qui concerne l'ADSL et le dégroupage, la partie saisissante mentionne que, malgré plus de quinze interventions des autorités de régulation en deux ans, tant de l'ART que du Conseil de la concurrence, leurs conditions de mise en œuvre n'ont pas évolué ; que cette situation se serait brutalement aggravée récemment en raison de la persistance des conditions défavorables de l'offre de référence faite aux opérateurs alternatifs par France Télécom, ainsi que de la tentative de cette dernière de contrôler et d'uniformiser dans les enseignes de la grande distribution la commercialisation des offres ADSL au grand public par les fournisseurs d'accès à Internet ;

Considérant, en effet que, selon la société T-Online, pour contrebalancer la pression concurrentielle exercée par France Télécom en faisant distribuer dans ses agences commerciales les offres ADSL de la société Wanadoo Interactive, notamment le pack eXtense, les deux principaux fournisseurs d'accès disposant d'offres Internet ADSL grand public, Club Internet et Liberty Surf, ont décidé au cours de l'automne 2001 de proposer leurs offres dans la grande distribution ; que la société T-Online France considère que cette stratégie serait compromise en raison, d'une part, du refus par France Télécom, qui en repousse régulièrement la mise en œuvre effective et en limite les caractéristiques techniques, de mettre en place un processus de

commande des accès ADSL qui soit compatible avec les besoins d'une distribution de masse et, d'autre part, de la proposition faite par France Télécom à tous ses concurrents d'associer, sous la forme d'un pack, leurs propres offres d'accès à Internet à son offre d'accès ADSL Netissimo et de bénéficier du soutien d'une plate-forme spécifique de France Télécom utilisant les services de son réseau d'agences commerciales; qu'en contrepartie, France Télécom exigerait que chaque fournisseur de service renonce à sa liberté commerciale en matière de fixation des prix de revente de ses offres et applique la politique de rémunération des enseignes de la grande distribution décidée par France Télécom ; que, parallèlement, la société Wanadoo Interactive aurait bénéficié au cours de l'année 2000 et ultérieurement, de «*subventions occultes*», la plus grande partie des coûts de distribution et de promotion étant supportés par France Télécom grâce à l'utilisation d'une clé de répartition des coûts commerciaux entre nouveaux et anciens produits, basée sur les chiffres d'affaires réalisés, permettant de minorer les commissions versées par la société Wanadoo Interactive à France Télécom pour la distribution de ses produits en agence commerciale ;

Considérant que la société France Télécom soutient, de son côté, qu'au 31 décembre 2001 ont été commercialisés 118 804 accès de raccordement ADSL Netissimo de France Télécom et 289 400 accès IP/ADSL, offres des fournisseurs d'accès à Internet couplant le raccordement ADSL et un service d'accès ADSL, dont 263 000 par la société Wanadoo Interactive et 13 000 par Club Internet ; que, toutefois, la fourniture d'accès à Internet haut débit peut également se faire par l'intermédiaire des réseaux câblés, ce qui permettrait de relativiser la position de France Télécom ;

Mais considérant que, comme le relève l'ART dans l'avis qu'elle a rendu à la demande du Conseil le 9 janvier 2002 en citant la Commission européenne, la société Wanadoo occuperait «*près de 60 % du marché français de l'accès Internet à haut débit (y compris l'accès par câble) et plus de 90 % de l'accès ADSL de la clientèle résidentielle*» ; que, par ailleurs, ni les réseaux câblés, nécessairement limités géographiquement, ni les boucles locales radio en cours de déploiement et essentiellement positionnées sur la clientèle professionnelle, ne peuvent se substituer à la technique ADSL ;

Considérant que la technologie ADSL vise à offrir à l'utilisateur un accès à haut débit multimédia, qui a une capacité dix à quinze fois supérieure à celui d'un accès bas débit ; que cet accès permet à l'abonné d'obtenir une connexion permanente et illimitée en durée, tout en laissant sa ligne téléphonique disponible pour recevoir et donner des appels ; que cette technique d'accès à Internet à «*bande passante large*» consiste en la numérisation des lignes téléphoniques de cuivre, au moyen de filtres électroniques placés, d'une part, chez l'abonné et, d'autre part, au niveau des multiplexeurs d'accès, les DSLAM (Digital Subscriber Line Access Multiplexer) ;

Considérant que le dégroupage au moyen de l'accès à la paire de cuivre nue offert par France Télécom (dite option 1 dans la consultation publique de l'ART) permet à l'opérateur entrant d'installer ses propres équipements sur ces paires et de fournir l'ensemble des services à haut débit ; que l'accès au circuit virtuel permanent (dite option 3) consiste à fournir un service de

transport de données à haut débit entre l'abonné et un point de présence de l'opérateur, un circuit virtuel étant dédié à chaque raccordement à haut débit ; que cette dernière option permet à l'abonné d'être le client du nouvel opérateur pour un service à haut débit, tout en restant client de France Télécom pour le service téléphonique ; que, dans cette configuration, France Télécom oriente le trafic des abonnés de chaque zone de son réseau ADSL, appelée «*plaque*», vers les routeurs des fournisseurs de services Internet ou d'opérateurs tiers ; que cette offre, qui s'appuie sur le réseau local téléphonique classique, est toutefois fournie sous réserve de faisabilité technique ; que cette éligibilité à l'ADSL de la ligne téléphonique des clients potentiels est notamment fonction de la longueur de la ligne ; que les équipements installés au niveau des plaques peuvent différer (Alcatel ou ECI) et déterminent le type de modem compatible que France Télécom recommande d'installer chez l'abonné ; que France Télécom n'a pour le moment référencé aucun modem compatible avec les deux types d'équipements bien que des modems de ce type soient commercialisés par certains fournisseurs d'accès à Internet ;

Considérant que la société Grolier Interactive Europe/Online Groupe, dont l'enseigne est Club Internet, avait saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société France Télécom et sa filiale, France Télécom Interactive, le 26 mai 1999 en lui demandant de prendre des mesures conservatoires ; que le Conseil a accédé à cette demande dans sa décision n° 99-MC-06 du 23 juin 1999 ; que la société Grolier Interactive Europe/Online Groupe a saisi à nouveau le Conseil le 18 novembre 1999 des pratiques des sociétés France Télécom et France Télécom Interactive et que cette affaire est en cours d'instruction ; que la Commission européenne a adressé à la société Wanadoo Interactive, à la suite d'une enquête sectorielle, une communication de griefs sur la tarification de ses services d'accès à Internet à haut débit ;

Considérant que, comme le souligne l'ART dans l'avis qu'elle a rendu à la demande du Conseil, le 9 janvier 2002, France Télécom exploite et utilise le réseau local «*en situation de monopole*», en dépit des deux procédés distincts mais complémentaires qui ont été mis en place, à savoir, le dégroupage de la boucle locale et l'accès à un circuit virtuel permanent ; qu'en effet, le dégroupage de la boucle locale reste circonscrit à environ 400 lignes, certains opérateurs alternatifs ayant limité leur déploiement à la clientèle professionnelle, tandis que d'autres ont délibérément différé leur démarrage ; que l'offre d'accès à un circuit virtuel permanent destinée à combler le retard des opérateurs en bénéficiant d'un accès au réseau de France Télécom en mode ATM (Asynchronous Transfer Mode) dans chaque région n'a pas, selon l'ART, «*à ce jour produit les effets concrets escomptés*» ; que la fourniture d'un accès à Internet haut débit nécessite pour l'utilisateur de souscrire un abonnement, d'une part, au service auprès d'un fournisseur d'accès à Internet et, d'autre part, à une offre de connexion rapide de technologie ADSL, laquelle n'est possible que sous réserve de l'aptitude de la ligne téléphonique à supporter cette technologie ; que faute d'une présence significative d'opérateurs alternatifs, France Télécom est seule à offrir aux fournisseurs d'accès la prestation qui leur est nécessaire pour proposer à leurs clients des offres ADSL ;

Considérant que, depuis le début de l'année 2001, la société Wanadoo Interactive a commercialisé une offre de services ADSL, sous la forme d'un «*pack*» dénommé «*Pack eXtense*» ; que pour un prix d'achat de 990 F, ce pack comprend un kit d'installation de la connexion ADSL, un modem, ainsi qu'un accès haut débit illimité à Internet pour un montant de 298 F par mois ; que les achats de ces packs suppriment les interventions techniques d'installation chez le client et sont de nature à faciliter le déploiement de l'ADSL sur l'ensemble du territoire ; que Club Internet, puis d'autres fournisseurs d'accès, ont également cherché à commercialiser des packs similaires ;

Considérant que la société Wanadoo Interactive a bénéficié, dès le lancement de son offre ADSL, de la distribution de son «*pack*» par les 750 agences commerciales de la société France Télécom réparties sur l'ensemble du territoire, qui lui procurent, selon la partie saisissante, 70 % de ses clients ; que la distribution par vente à distance est systématiquement relayée par les agences de France Télécom accessibles par téléphone au n°1014 ; qu'il résulte des constatations établies le 14 novembre 2001 par M. Didier Benhamou, huissier de justice à Paris, que les clients sont systématiquement orientés vers l'achat du «*pack eXtense*» et que les agences commerciales de France Télécom ont la possibilité, de façon immédiate et simultanée, de vérifier l'éligibilité de la ligne téléphonique de ces utilisateurs pour la fourniture de services ADSL et de commander et obtenir rapidement, dans un délai de quatre jours selon les propos recueillis par le même huissier dans les agences parisiennes, la mise en œuvre des connexions ADSL, grâce aux informations techniques qu'elles détiennent sur le territoire géographique qu'elles recouvrent ;

Considérant que, parallèlement, les concurrents de la société Wanadoo Interactive sont soumis aux conditions fixées par France Télécom pour la fourniture du service IP/ADSL, consistant en une offre de revente en gros du service Netissimo d'accès à des services Internet utilisant l'ADSL de France Télécom ; qu'aux termes de ce contrat, ceux-ci sont informés des zones de couverture du service, par téléchargement ou envoi au fournisseur d'accès à Internet d'un fichier actualisé sur une base mensuelle (cf. article 5.1. Déploiement : «*France Télécom met à jour un planning d'ouverture des plaques, ainsi que le planning détaillé d'ouverture des zones qui les composent, sur quatre mois glissants, sur le site web : www.data.francetelecom.fr*») ; que, par ailleurs, le contrat stipule (article 5.5. Mise en service de IP/ADSL) que la mise en service de la connexion est «*effectuée dans un délai de huit jours ouvrables après accusé de réception de la commande*», après un test de faisabilité technique dont ils sont informés «*sous trois jours ouvrés après accusé de réception de la commande*», si ce test se révèle négatif ; qu'ainsi, tout concurrent de Wanadoo Interactive se doit de vérifier à l'aide du fichier mis à sa disposition si la commune de son prospect figure parmi celles qui sont raccordables au service ADSL, puis, doit passer commande de la ligne pour obtenir confirmation de l'éligibilité définitive, qui peut toutefois se révéler négative ; qu'enfin, il résulte de l'annexe 3 du contrat précité, intitulée «*Description des procédures Commande/Livraison*», que France Télécom met en place un guichet unique gérant l'ensemble des commandes, qui «*sont prises par e-mail à raison d'un transfert de commandes par jour*», et que

«tout fichier de commandes qui ne se présente pas au format attendu sera rejeté» ; qu'ainsi, aux termes du contrat, l'activation de la connexion ADSL requiert au total un délai minimum de 10 jours, à rapprocher du délai de quatre jours offert aux utilisateurs du «*pack eXtense*» ; que, par ailleurs, Club Internet justifie avoir refusé des accès ADSL à des prospects sur la base des informations fournies lui indiquant que leurs lignes n'étaient pas raccordables, notamment à Nîmes, alors que ces lignes étaient en fait éligibles au service ADSL, ce qui a favorisé son concurrent Wanadoo Interactive ; qu'enfin, un article du quotidien *Les Échos* du 14 mai 2001 reproduit une déclaration de M. Michel Bon, président de France Télécom, assignant comme stratégie à son entreprise dans le domaine de l'accès à Internet à haut débit par la technologie ADSL de «*couper l'herbe sous le pied de nos concurrents pour préempter le marché*» (annexe n° 45 de la saisine) ;

Considérant, par ailleurs, que la société Wanadoo Interactive a annoncé, le 16 août 2001, sa volonté de commercialiser son «*Pack eXtense*» par l'intermédiaire de la grande distribution ; que cette commercialisation sera relayée par les agences commerciales de France Télécom pour activer la connexion ADSL, rendre effectif l'abonnement souscrit par le client et fournir l'assistance technique nécessaire ; que la rémunération offerte par Wanadoo Interactive à la grande distribution pourrait également être plus attractive que celle offerte par les autres fournisseurs d'accès à Internet, en particulier par le pack Club Internet, du fait des conditions d'assistance des agences de France Télécom ;

Considérant, enfin, que dans le cadre de la commercialisation des services haut débit dans «*les enseignes phares*» de la grande distribution, France Télécom a formulé une «*proposition de partenariat*» permettant d'«*associer Netissimo, la ligne haut débit de France Télécom à des offres de services Internet partenaires pour le grand public*» en «*packageant*» ces deux composantes en «*une offre simple et compréhensible par le grand public*», en ajoutant être en cours de négociation avec ces enseignes «*pour être présents dès la fin novembre dans 300 à 400 points de vente*» ; que cette offre consisterait en un pack à un prix unique donnant au client le libre choix de son fournisseur d'accès à Internet, une plate-forme France Télécom spécifique étant constituée pour traiter ces demandes de connexion ; que cette commercialisation de l'offre Netissimo «*La ligne ADSL de France Télécom*», qui est susceptible de renforcer l'image de l'opérateur historique dans un domaine fortement concurrentiel, contient un prix d'abonnement mensuel de 373 F TTC comprenant «*l'abonnement Netissimo (198 F TTC) et fournisseur d'accès à Internet (sur la base d'un tarif de 130 F TTC/mois) et la location du modem (45 F TTC/mois)*» ; qu'en contrepartie, l'un des engagements des fournisseurs d'accès à Internet partenaires de cette offre consiste à effectuer une «*rémunération du point de vente (125 F HT par abonnement activé) à la même hauteur que France Télécom*» (annexe 10 de la saisine) ; qu'ainsi, par la fixation de ces conditions, la société France Télécom impose aux fournisseurs d'accès à Internet un prix minimum du service à leurs clients et un niveau de rémunération commun des enseignes ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments qu'en l'état actuel du dossier, sous réserve de l'instruction au fond, et sans qu'il y ait lieu de

se prononcer sur les relations commerciales entre la société France Télécom et sa filiale Wanadoo Interactive qui font l'objet de la saisine enregistrée sous le numéro F 1184, il ne peut être exclu que le groupe France Télécom détienne une position dominante sur le réseau local de télécommunications et pour la fourniture de l'accès à Internet haut débit ;

Considérant qu'il ne peut également être exclu que, d'une part, la mise en place par France Télécom d'outils permettant la continuité des opérations de vérification de l'éligibilité et de passation de commandes pour la mise en service des connexions ADSL à partir de ses agences commerciales, dont ne peuvent bénéficier dans les mêmes conditions les concurrents de sa filiale qui ne disposent pas de la même implantation territoriale, et les délais mis par France Télécom pour proposer aux concurrents de Wanadoo Interactive un système d'information et de passation de commandes compatible avec une distribution de masse et offrant les mêmes conditions de fiabilité et de sécurité, crée une discrimination structurelle entre les opérateurs ;

Considérant, enfin, que la proposition de partenariat offerte par France Télécom aux fournisseurs d'accès à Internet de commercialiser dans les enseignes de la grande distribution des packs associant leur logo à la mention «*La ligne ADSL de France Télécom*», assortis de conditions d'assistance spécifiques et de conditions tarifaires et de commissionnement encadrées par France Télécom, peut constituer une pratique ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence pour la fourniture de services Internet à haut débit, susceptible d'entrer dans le champ d'application des dispositions du livre IV du code de commerce ;

968

II. - Sur les demandes de mesures conservatoires

Considérant qu'accessoirement à la saisine au fond, la société T-Online France fait valoir que les pratiques de France Télécom ne lui permettent pas de continuer à proposer des services ADSL au grand public, alors qu'elle compte aujourd'hui 13 500 abonnés ; que le retrait de Club Internet suivrait en moins de six mois le dépôt de bilan de la société Mangoosta, nouvel opérateur qui s'était consacré au développement d'une offre d'accès à Internet à haut débit par ADSL, et qui a été placé en liquidation judiciaire en juillet 2001 ; que les pratiques dénoncées porteraient une atteinte grave et immédiate à l'intérêt des consommateurs résidentiels, qui ne pourraient bénéficier d'aucune autre offre de service ADSL concurrente de celle de la société Wanadoo Interactive ; enfin, que l'ensemble du secteur des télécommunications serait affecté, la plupart des opérateurs alternatifs ayant annoncé qu'ils renonçaient à lancer des offres de collecte ADSL concurrentes de celle de France Télécom ;

Considérant que la société T-Online France demande en conséquence au Conseil, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce :

- en premier lieu, d'enjoindre à la société France Télécom de mettre en place un système automatisé et instantané d'accès aux informations d'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL permettant simultanément la passation de commande des accès ADSL par le biais d'un serveur Extranet accessible à Club Internet ;
- en deuxième lieu, d'enjoindre à la société France Télécom, dans l'attente de la mise en place du système susmentionné, de mettre à la disposition de Club Internet, immédiatement et dans les mêmes conditions techniques et financières que celles accordées à Wanadoo Interactive, une infrastructure de support à la commercialisation en grande distribution telle que celle prévue dans le cadre de la commercialisation de ses propres offres de services ADSL ou de celles des sociétés de son groupe, notamment dans les conditions suivantes :
 - plate-forme téléphonique accessible à toute personne désignée par Club Internet par le biais d'un numéro de téléphone unique spécifique, à un coût correspondant à celui d'une communication locale ;
 - renvoi automatique de l'appel entrant de la personne désignée par Club Internet vers l'agence de France Télécom territorialement compétente ;
 - vérification immédiate par l'agence de France Télécom territorialement compétente de l'éligibilité à l'ADSL de la ligne indiquée par l'appelant désigné par Club Internet, prise en compte et traitement de la commande d'accès ADSL passée le cas échéant par la personne désignée par Club Internet ;
- en troisième lieu, d'enjoindre à la société France Télécom de déployer les moyens nécessaires afin que les services en charge de la mise en œuvre du processus décrit en deuxième lieu ne puissent se livrer à aucun détournement de clientèle à son profit ou au profit d'une de ses filiales ;
- en quatrième lieu, d'interdire à la société France Télécom et à ses filiales d'apporter toute assistance financière directe à Wanadoo tant que la mesure d'expertise prévue en sixième lieu n'aura pas été exécutée ;
- en cinquième lieu, d'interdire d'apporter toute assistance promotionnelle, directe ou indirecte, à Wanadoo Interactive par le biais de la commercialisation des packs eXtense au sein des agences de France Télécom, lesquels ne devront en outre plus être commercialisés que dans les mêmes conditions et par les mêmes canaux que ceux dont disposent les autres fournisseurs d'accès à Internet (VPC, enseignes de la grande distribution, tout autre point de vente que les agences) sans aucun soutien promotionnel des agences pendant une durée de six mois ou l'intervention de toute décision du Conseil en relation avec la présente saisine ou celle déposée le 18 novembre 1999 par la société Grolier Interactive Europe/Online Groupe ;
- en sixième lieu, que l'évaluation des avantages financiers directs ou indirects dont bénéficie Wanadoo soit confiée à un expert indépendant désigné par le Conseil, ayant également pour mission d'effectuer notamment le bilan du coût réel de l'assistance apportée par France Télécom à Wanadoo Interactive par le biais des agences de France Télécom jusqu'à la date du prononcé de la décision à intervenir ;

- en septième lieu, d'interdire à la société France Télécom de mettre en œuvre une offre multi-fournisseurs d'accès à Internet, associant la fourniture de son offre de service ADSL Netissimo à une offre de fourniture d'accès à Internet d'un fournisseur d'accès à Internet, sous la forme de celle actuellement proposée aux fournisseurs d'accès à Internet ou sous autre forme équivalente ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce, les 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 que l'accès aux informations nécessaires résulte de la *«Convention pour la mise en place pilote du service d'éligibilité ADSL en ligne»* proposée par France Télécom aux fournisseurs d'accès à Internet et signée par T-Online et France Télécom le 9 octobre 2001 ; que durant cette phase pilote, le service proposé est gratuit ; que le service commercial a été ouvert le 14 décembre 2001, mais que la convention définitive dénommée *«Contrat d'éligibilité ADSL en ligne»* n'a été signée que par un fournisseur d'accès à Internet, Easynet, ce qui a obligé France Télécom, en attendant ces signatures, à proroger les conventions pilotes gratuites jusqu'au 8 février 2002 ; que le serveur mis en place répondrait aux besoins de T-Online, tant du fait de ses caractéristiques - un système automatisé (serveur) et instantané (réponse en temps réel) - que de la nature des informations fournies (possibilité de raccordement à un DSLAM de France Télécom et références techniques de cet équipement) ; que, de plus, la société France Télécom fait valoir qu'elle a réorganisé le processus interne de renseignement de ce fichier pour permettre sa mise à jour à fréquence hebdomadaire dès le mois de février, et a informé les fournisseurs d'accès à Internet qu'à compter de cette date, ceux-ci seront systématiquement informés par envoi des informations en cause à leur adresse électronique ; que les agences de France Télécom disposeraient du même service que les autres fournisseurs d'accès à Internet, le système national mis à la disposition de ces derniers étant le *«reflet»* des serveurs régionaux auxquels sont reliées ces agences, chacune dans leur région de rattachement ; que si la société T-Online prétend que Wanadoo Interactive bénéficierait d'infrastructures particulières pour la passation de commandes en agence, il s'agirait non pas du serveur d'accès ADSL de France Télécom, mais d'un serveur d'abonnement développé par Wanadoo Interactive pour assurer l'ouverture et la gestion des comptes clients à distance, lequel serait en principe accessible à tout point de vente équipé, mais n'est actuellement utilisé que par les agences de France Télécom ; qu'après avoir reçu la commande d'abonnement sur son serveur, Wanadoo Interactive adresserait sa commande ADSL à France Télécom sur le serveur de commandes IP/ADSL comme tout autre fournisseur d'accès à Internet ; que France

Télécom a par ailleurs fourni en annexe de ses observations un comparatif «*Les packs ADSL au banc d'essai*» du *Journal du Net* en date du 8 janvier 2002, faisant état d'un délai d'ouverture de 10 jours pour Wanadoo et pour Club Internet ; que la société T-Online, adossée à l'opérateur historique Deutsche Telekom, détiendrait en Allemagne 98 % des accès ADSL commercialisés, et qu'elle ne peut utilement soutenir qu'elle serait contrainte de sortir rapidement du marché français ; que les informations mises à la disposition des FAI concurrents de Wanadoo par France Télécom sont beaucoup plus complètes que celles fournies en Allemagne par Deutsche Telekom aux FAI concurrents de sa propre filiale ;

Mais considérant que, comme le souligne la société France Télécom dans ses observations, les agences commerciales de France Télécom, d'une part, et les fournisseurs d'accès à Internet concurrents de Wanadoo Interactive, d'autre part, ont accès, les unes à un fichier régional, les autres à un fichier national ; que, si l'existence d'un serveur national comportant les informations consolidées correspond aux besoins des fournisseurs d'accès à Internet, France Télécom admet qu'il existe des difficultés de mise à jour de ces fichiers, puisqu'elle a prévu de réorganiser le processus interne de renseignement du fichier national pour permettre sa mise à jour hebdomadaire et non plus mensuelle, alors que cette mise à jour est déterminante pour la satisfaction de la clientèle dans les plus brefs délais ; qu'en revanche, les personnels des agences commerciales de France Télécom disposent seuls d'un serveur d'abonnement développé par Wanadoo Interactive qui leur permet d'assurer la continuité du processus opérationnel précédant la commande, même si cette commande est effectuée par la suite par Wanadoo Interactive dans le cadre des dispositions du contrat IP/ADSL ; que le dossier d'information ADSL sur le service Netissimo - Turbo IP, composante réseau de la prestation Internet ADSL, précise que ce service bénéficie d'une vente directe dans le réseau des agences de France Télécom dans toute la France et que «*cette organisation permet à tout agent France Télécom, face à un prospect, de vérifier immédiatement la faisabilité technique du raccordement, parallèlement aux étapes de démonstration et de prises de commande d'un accès Netissimo*» (annexe 27 de la saisine, p. 16) ; qu'il apparaît ainsi que l'éligibilité des lignes à la technologie ADSL est une information immédiatement disponible ; que la revue éditée par France Télécom *Paris & vous* de septembre - novembre 2001 mentionne, dans un dossier intitulé «*ADSL à Paris*» : «*Depuis janvier 2001, les nouveaux packs commercialisés par France Télécom offrent l'avantage d'une installation simple et rapide. Le client branche son modem tout seul et obtient la connexion définitive sous quatre jours maximum. Parmi eux, 80 % des clients obtiennent la connexion dès le lendemain*» (annexe 36 de la saisine, p. 10) ; que, dès lors, la commercialisation par les agences commerciales de France Télécom des «*packs eXtense*» de la société Wanadoo Interactive est assurée dans des conditions qui contribuent à la continuité du processus d'information et de la prise de commande, ce qui permet des délais de connexion qui ne peuvent être égalés par les fournisseurs d'accès à Internet concurrents ;

Considérant, par ailleurs, que le processus de raccordement des clients finals au FAI de leur choix selon la technologie ADSL doit permettre un traitement de masse puisque le nombre hebdomadaire de ces raccordements

serait de quinze à vingt mille ; que le processus mis en œuvre par Wanadoo Interactive repose crucialement sur les services qui lui sont rendus par le réseau des 750 agences de France Télécom ; que le processus de raccordement à l'ADSL choisi par Wanadoo nécessite la mise en œuvre de deux applications informatiques permettant, pour la première, de vérifier l'éligibilité à ADSL de la ligne du client et pour la seconde, le traitement commercial de l'abonnement et l'envoi aux services techniques de France Télécom de l'ordre d'avoir à réaliser la connexion ; que le choix de cette procédure nécessitant une intervention humaine substantielle apparaît complémentaire avec la disponibilité des agences et de leur nombreux personnel ; qu'à l'inverse, pour un compétiteur de Wanadoo Interactive tel que T-Online, ne disposant pas d'un réseau d'agences, le traitement de masse implique le choix de procédures plus automatisées pour rester compatibles avec une relation avec la clientèle qui est essentiellement «on line» par le biais d'Internet et non physique par l'intermédiaire des personnels d'une agence ; que la mise en œuvre de ces procédures ne se heurte pas à des difficultés particulières ; que, après n'avoir fourni aux compétiteurs de Wanadoo qu'un service dégradé en qualité et rapidité, s'agissant de l'information relative à l'éligibilité des lignes de leurs clients, du choix des modems compatibles avec les équipements de France Télécom et de l'exécution matérielle de leur branchement, France Télécom projette, à partir de février 2002 , de fournir à ces fournisseurs d'accès à Internet un service comparable à celui qu'il rend à Wanadoo, mais selon un processus qui n'est compatible avec le traitement de masse requis qu'à la condition de disposer d'un réseau d'agences, ce qui n'est pas le cas de ces compétiteurs ; que France Télécom crée ainsi une discrimination structurelle entre les opérateurs, au profit de Wanadoo ;

Considérant, encore, que si France Télécom demande au Conseil de prendre acte que le projet de partenariat avec les autres fournisseurs d'accès à Internet et les principales enseignes de la grande distribution «est suspendu», rien n'interdit à cette société de reprendre ce partenariat à l'avenir ;

Considérant, enfin, que les pratiques dénoncées s'inscrivent dans un contexte temporel particulier où la diffusion rapide de l'ADSL va, en peu de mois, déterminer la structure des parts de marché des divers compétiteurs ; qu'en effet, alors que 50 % des utilisateurs peuvent actuellement accéder à la technologie ADSL, soit 15 millions de lignes raccordées, 70 à 75 % des lignes téléphoniques seront «ADSLisables» fin 2003 ; qu'en octobre 2001, le président de la société Wanadoo Interactive a indiqué au Journal du Net : «D'ici 2003, la part de nos abonnés haut débit devrait se situer entre 25 et 35 %» (annexe 48 de la saisine) ; que le président de la société Wanadoo Interactive a indiqué au Journal du Net, le 4 octobre 2001 : «L'ADSL ne se limite plus aujourd'hui aux spécialistes et aux passionnés de technologie, mais attire à l'Internet de nouveaux usagers (...) qui sont séduits par un usage plus fluide et plus confortable d'applications comme la radio, la musique ou la vidéo», en précisant que le rythme d'adoption de l'ADSL s'accélère et qu'à cette date, sa société comptabilise 10 000 nouveaux abonnés par semaine (annexe 52 de la saisine) ; que la société T-Online a mentionné en séance que la société Wanadoo Interactive augmenterait actuellement son nombre de clients de 15 000 par semaine ; que la société

France Télécom a également indiqué en séance que la demande d'accès ADSL représente de 45 à 55 % des nouveaux accès à Internet suivant les mois ; qu'elle prévoit qu'un million d'abonnés disposera d'un accès ADSL d'ici la fin 2002 (annexe 54 de la saisine), contre 400 000 au 31 décembre 2001 et 60 000 à la fin de l'année 2000 ; que l'année en cours présente ainsi une importance cruciale pour que la structuration du marché dans le secteur de la fourniture d'accès à Internet haut débit de technique ADSL s'opère selon les lois d'une saine concurrence par les mérites ;

Considérant que, de plus, comme le souligne l'ART dans son avis, ces pratiques représentent non seulement un danger grave et immédiat pour la concurrence sur le marché de l'accès à Internet, mais également pour la concurrence sur le marché du dégroupage : *«Or, parallèlement, les opérateurs eux-mêmes pourraient perdre intérêt à investir sur le dégroupage si les FAI autres que Wanadoo auxquels ils souhaiteraient fournir des prestations de collecte et de revente concurrentes à celles de France Télécom, ne sont pas en mesure d'atteindre un tel volume de clients. Il est permis de craindre, dans un tel scénario, que la situation devienne rapidement irréversible : les économies d'échelle réalisées par France Télécom, grâce à un nombre d'abonnés ADSL de Wanadoo en forte croissance, deviendraient en effet impossible à rattraper par ses concurrents.»* ;

Considérant que, dans ce contexte, les pratiques en cause consistant, pour France Télécom, d'une part, à octroyer à sa filiale, la société Wanadoo Interactive, un avantage lié à une meilleure connaissance de son infrastructure de réseau par la commercialisation du service ADSL dans ses agences commerciales, ce qui permet au groupe d'acquérir, puis de préserver une avance décisive sur ses concurrents en proposant aux consommateurs un accès à Internet haut débit par l'ADSL dans des délais très courts, notamment à Paris, du fait de la création d'un système continu de renseignement et de prise de commande, et non pas itératif comme pour les fournisseurs d'accès concurrents, et d'autre part, à supposer ces informations rendues accessibles, à ne pas les fournir sous une forme permettant la vérification de l'éligibilité des lignes et la passation de commandes de connexions ADSL en ligne, risquent de conduire à la constitution d'un quasi-monopole pour la fourniture d'accès à Internet haut débit, notamment à destination des clients résidentiels ;

Considérant, ensuite, que la pratique consistant à proposer aux fournisseurs d'accès à Internet un partenariat visant à commercialiser dans les principales enseignes de la grande distribution des packs associant leurs services d'accès à Internet à la fourniture d'une ligne ADSL de France Télécom, assortis de conditions d'assistance technique spécifiques et liés à des engagements tarifaires et de commissionnement encadrés par France Télécom, en limitant la libre fixation de leurs prix par les fournisseurs d'accès, aggrave encore les atteintes à la concurrence sur le marché de l'accès à Internet dénoncés ci-dessus ;

Considérant, qu'il résulte de l'ensemble de ces éléments que ces pratiques, qui présentent le risque que la concurrence soit durablement faussée dans un contexte de forte croissance de l'Internet haut débit, revêtent un caractère de gravité et d'immédiateté de nature à porter atteinte au secteur intéressé et à l'intérêt des consommateurs, qui justifie le prononcé de mesures conservatoires.

Décide

Article 1^{er} - Il est enjoint à la société France Télécom de mettre à la disposition de l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet, un serveur Extranet permettant d'accéder aux mêmes informations sur l'éligibilité des lignes téléphoniques à l'ADSL et sur les caractéristiques techniques des modems compatibles avec l'équipement de ces lignes que celles dont dispose Wanadoo interactive, et de commander aux services spécialisés de France Télécom l'opération matérielle de la connexion dans les mêmes conditions d'efficacité que celles accordées à Wanadoo interactive, selon les mêmes conditions tarifaires, mais selon des conditions techniques autorisant le traitement de masse en ligne.

Article 2 - Dans l'attente de la mise en place de ce système, il est enjoint à la société France Télécom de suspendre la commercialisation des packs ADSL de la société Wanadoo Interactive dans ses agences commerciales jusqu'à ce que l'outil Extranet soit rendu effectivement disponible pour l'ensemble des fournisseurs d'accès à Internet qui en font la demande.

Cette suspension pourra être levée par le Conseil, qui sera saisi à cet effet par la partie la plus diligente, dès que deux contrats au moins auront été signés entre France Télécom et des fournisseurs d'accès à Internet autres que Wanadoo pour l'utilisation de ce système, et à l'issue d'une période d'essai d'un mois.

Article 3 - Dans un délai de quatre mois au plus tard à compter de la notification de la présente décision, il sera rendu compte au Conseil par les parties des dispositions prises par France Télécom pour se conformer à l'injonction définie à l'article 1^{er}.

Article 4 - Il est enjoint à la société France Télécom de suspendre toute offre multi-FAI destinée à être commercialisée dans la grande distribution et associant la fourniture de son offre de service ADSL Netissimo à une offre de fourniture d'accès à Internet qui présenterait les mêmes caractéristiques que celles détaillées à l'annexe 10 de la saisine.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Lavergne, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M. Nasse, vice-président, M^{me} Flury-Hérard, MM. Bidaud, Gauron et Ripotot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-MC-04

Décision n°02-MC-04 du 11 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis

Le Conseil de la concurrence (section II),

Vu la lettre enregistrée le 10 janvier 2002 sous les numéros 02/0005 F et 02/0006 M par laquelle la société Antalis a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la société TDF dans le secteur des infrastructures de diffusion technique par voie hertzienne terrestre des services de télévision qu'elle estime anticoncurrentielles et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu l'article 82 du traité de Rome ;

Vu les observations présentées par la société TDF, par la société Antalis et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu l'avis adopté le 6 mars 2002 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 ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société TDF et de la société Antalis entendus lors de la séance du 26 mars 2002 ;

Mesures conservatoires / 02-MC-04

975

I. - Sur la saisine

Sur l'intérêt à agir

Considérant que TDF fait valoir que la société 3 Wave a longtemps été son unique interlocuteur dans le cadre des faits relatés par la saisine ; qu'au cours des négociations, elle a reçu des courriers portant l'en-tête PLFC & Co-3 Wave, mais a continué à adresser ses réponses à 3 Wave ; qu'elle soutient que la société Antalis, auteur de la saisine, est en réalité la nouvelle dénomination sociale de la société PLFC & Co, n'a aucun lien juridique avec 3 Wave, n'était pas enregistrée au registre du commerce et des sociétés (RCS) à la date de la saisine et ne dispose pas des fonds nécessaires à l'exercice d'une activité de diffusion de la télévision hertzienne en mode numérique ;

Mais considérant, en premier lieu, que la société 3 Wave, immatriculée au RCS de Paris, le 27 octobre 2000, avant d'en être radiée le 5 mars 2002, a entamé des négociations avec la société TDF à partir du mois de décembre 2000 ; qu'à compter du mois d'août 2001, la société PLFC & Co, immatriculée au RCS de Paris le 9 octobre 2000, a poursuivi ces négociations en adressant à TDF des lettres à en-tête «*PLFC & Co-3 Wave*» avant d'être à son tour radiée le 19 novembre 2001, pour être immatriculée au RCS de Nanterre sous le numéro 01B5074 ; qu'Antalis est immatriculée au RCS de Nanterre, depuis le 7 novembre 2001, sous le numéro 01B5074 ; qu'au cours de la séance, le représentant d'Antalis a déclaré, sans être contredite, qu'elle était une société holding de 3 Wave, avait succédé à PLFC & Co le 29 janvier 2002, que ce changement de nom avait fait l'objet d'une publication légale aux Affiches parisiennes des 5-6-7 janvier 2002 et que TDF en avait été informée par un courrier en date du 17 décembre 2001 ;

Considérant, en second lieu, que la société Antalis a indiqué, au cours de la séance, qu'elle avait étendu son objet social à «*la fourniture de toutes prestations de caractère technique, relatives à la transmission, la diffusion, la distribution, la production, le traitement et la réception d'images, de sons et de données sur tous supports*» par décision d'une assemblée générale extraordinaire en date du 31 juillet 2001 ; qu'ainsi, la société Antalis a intérêt à dénoncer des pratiques qu'elle aurait constatées sur le marché émergent de la diffusion technique de la télévision numérique terrestre et qu'elle estime prohibées par l'article L. 420-2 du code de commerce ;

976

En ce qui concerne le marché pertinent

Considérant que le marché pertinent sur lequel se situent les pratiques en cause est le marché où interviennent les distributeurs de services techniques de la télévision numérique hertzienne ;

Considérant qu'il existe aujourd'hui trois principaux procédés permettant de recevoir les programmes de télévision en France : la voie hertzienne, le satellite et le câble ; que, dans un avis n° 98-A-14 du 31 août 1998 sur la fusion-absorption de la société Havas par la Compagnie générale des eaux, le Conseil de la concurrence a distingué, au sein du secteur de la télévision payante, trois marchés en fonction du procédé de diffusion utilisé, et notamment, un «*marché de la télévision numérique par satellite*» ; que, dans une décision n° 99-D-14 du 23 février 1999 relative à des pratiques mises en œuvre par TDF, le Conseil a distingué deux marchés de la diffusion hertzienne : «*un marché de la diffusion hertzienne des chaînes nationales publiques généralistes*» et «*un marché de la diffusion hertzienne des chaînes nationales privées généralistes*», en considérant «*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*» ;

Considérant que la transmission hertzienne consiste à utiliser comme support de transmission les ondes radioélectriques de fréquence élevée (VHF

et UHF) et qu'elle emploie aujourd'hui la technologie analogique, caractérisée par la représentation d'une information sous forme d'un signal électrique continu et proportionnel, la diffusion d'un programme nécessitant l'usage d'une fréquence attribuée par le Conseil Supérieur de l'Audiovisuel (CSA) à la chaîne concernée ; que le procédé numérique, qui consiste à coder les informations sous forme de suites de 0 et de 1, déjà utilisé pour la diffusion par câble et par satellite, va s'étendre à la diffusion par voie hertzienne à partir d'émetteurs placés au sol ; que la numérisation va permettre une restitution plus fidèle des images et des sons, un élargissement de l'offre de programmes par la technique de la compression, conduisant à la diffusion de plusieurs programmes sur la même bande de fréquence, un accès à certains services interactifs et la réception des programmes de télévision sur des récepteurs portables et mobiles ; que la diffusion de plusieurs chaînes sur la même fréquence conduit à la création d'une nouvelle fonction technique, le multiplexage, qui consiste à assembler les signaux indépendants provenant de plusieurs chaînes en un seul signal composite ; qu'une fois assemblé, le signal composite est diffusé par un diffuseur technique commun aux différentes chaînes diffusées sur la même fréquence ; que la numérisation implique, en outre, la création d'une autre fonction, la commercialisation des programmes de télévision comprenant la politique de marketing et de promotion, la gestion des abonnés et la mise en place d'un réseau de distributeurs.

Considérant que, compte-tenu de ces particularités, la loi n° 2000-719 du 1^{er} août 2000 relative à la liberté de communication a fixé les modalités d'attribution de la ressource radio-électrique et identifie trois fonctions différentes qui doivent être assurées par des sociétés distinctes :

- l'édition de services de télévision, c'est-à-dire la mise à disposition du public de programmes produits, coproduits ou achetés par l'éditeur ;
- la distribution de services techniques, c'est-à-dire la mise en œuvre des opérations techniques nécessaires à la transmission et à la diffusion auprès du public des programmes de télévision, opérations comprenant le multiplexage (l'assemblage des signaux de la ressource radioélectrique qui lui est assignée) et la diffusion technique des signaux ;
- la distribution de services commerciaux, c'est-à-dire la commercialisation des programmes auprès du public ;

Considérant que les articles 30-1 et 30-2 de la même loi ont fixé, de la manière suivante, les conditions dans lesquelles le CSA délivre les autorisations nécessaires à la mise en place de la télévision numérique terrestre :

- à l'issue d'une procédure d'appel aux candidatures et après audition publique des candidats, le CSA accorde des droits d'usage de la ressource radioélectrique à des éditeurs de services ;
- dans un délai de deux mois à compter de l'attribution de ces autorisations, les éditeurs de services titulaires d'un droit d'usage d'une même ressource radioélectrique proposent conjointement au CSA une société distincte chargée d'assurer les opérations techniques nécessaires à la transmission et à la diffusion de leurs programmes auprès du public, c'est-à-dire le distributeur de services, auquel le CSA accorde ensuite une autorisation et attribue la ressource radioélectrique correspondante ;

- les distributeurs de services commerciaux doivent effectuer une déclaration préalable auprès du CSA ;

Considérant qu'en l'état de l'instruction, il apparaît que les services rendus possibles par la télévision numérique hertzienne sont différents de ceux rendus par la télévision hertzienne analogique ; qu'en effet, ainsi qu'il a été dit plus haut, la numérisation va permettre un élargissement de l'offre de programmes, une amélioration de la qualité d'image et de son des programmes, un accès à certains services interactifs et la réception des programmes de télévision sur des récepteurs portables et mobiles ; que, par ailleurs, la procédure d'attribution de la ressource radioélectrique est différente de celle prévue pour la télévision analogique hertzienne ; qu'il n'est donc pas exclu, à ce stade de l'instruction, que le marché pertinent soit le marché français de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre ;

Considérant qu'en vertu de l'article 51 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, TDF exerce le monopole de la diffusion et de la transmission des programmes des chaînes du service public par tous procédés analogiques de télécommunication ; que, par ailleurs, si cette société est en concurrence avec d'autres opérateurs pour la fourniture de services de diffusion et de transmission des chaînes nationales privées généralistes, celles-ci font généralement appel à TDF pour la diffusion et la transmission de leurs programmes ; que, dans son avis en date du 6 mars 2002, le CSA a conclu à la *«position dominante [de TDF] sur le marché de la diffusion technique par voie hertzienne terrestre des services de télévision»* ; qu'ainsi, il n'est pas exclu que TDF soit en situation de position dominante sur les marchés français de la diffusion hertzienne analogique des chaînes de télévision, marchés connexes de celui de la distribution de services techniques de la télévision numérique terrestre sur lequel elle pourrait être en concurrence avec Antalis ;

Considérant, qu'en tant que diffuseur technique, TDF exerce tous les métiers d'une entreprise gestionnaire de sites ; qu'elle est à même de fournir tous les services nécessaires à la mise en œuvre de la télévision numérique terrestre : constitution des multiplex, acheminement des signaux depuis les studios des éditeurs de services sur les têtes de réseau et acheminement de ces signaux depuis les têtes de réseau sur les sites de diffusion ; qu'elle propose une offre de diffusion numérique des multiplex dénommée *«TVCast»* ; qu'elle propose aussi une offre d'accueil d'équipement de diffusion sur des sites dénommée *«DiGiSiTV»* qui est présentée comme une des composantes de l'offre globale de diffusion numérique *«TVCast»* ; qu'en effet, afin d'assurer le déploiement rapide de la télévision numérique terrestre, tout en maintenant une concurrence effective sur le marché de la diffusion technique des services de TNT, le CSA, dans sa conclusion à la consultation relative à l'aménagement du spectre hertzien, a recommandé que l'accès aux sites et aux infrastructures essentielles soit assuré ; que l'offre de TDF dénommée DiGiSiTV doit permettre à des diffuseurs techniques entrant sur le marché, tels Antalis, de fournir dans des délais compatibles avec le calendrier fixé par le CSA un service de diffusion numérique des signaux audiovisuels ;

Sur les pratiques dénoncées

Considérant que, la société Antalis expose dans sa saisine que, dans le cadre de l'ouverture des marchés de la télévision numérique terrestre (TNT), elle propose aux éditeurs de programmes de télévision d'assurer les opérations techniques nécessaires à la transmission et à la diffusion auprès du public de leurs services, et rappelle que le CSA a insisté, à plusieurs reprises, sur le fait que le succès de l'ouverture de ces marchés reposait sur l'existence d'une concurrence effective à tous les niveaux de la chaîne des métiers de la TNT, et notamment entre les diffuseurs techniques ; qu'elle dénonce plusieurs pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France (TDF), par lesquelles cette société abuserait de la position largement dominante qu'elle occuperait sur les marchés de la diffusion hertzienne ainsi que de la dépendance économique dans laquelle se trouverait Antalis pour l'accès aux infrastructures essentielles que constitueraient les sites de diffusion de TDF ; qu'elle fait, notamment, valoir que TDF aurait, dans le cadre des négociations relatives à l'hébergement sur ces sites, refusé de communiquer des informations indispensables et apporté des réponses incomplètes et imprécises ; qu'elle soutient que les propositions tarifaires qui lui ont été faites par TDF sont excessives, non orientées vers les coûts effectivement supportés par TDF pour la fourniture du service d'hébergement sur site, et discriminatoires par rapport aux éléments que TDF intègre dans le prix des prestations qu'il propose lui-même aux éditeurs de programme de télévision ; qu'Antalis déclare de plus que TDF pratiquerait des remises de couplage entre les services de diffusion hertziens analogiques qu'elle fournit aux chaînes et les futurs services numériques et que, de façon plus générale, le développement de ces nouveaux services est financé par les revenus tirés de l'activité analogique ;

En ce qui concerne les négociations entre les sociétés Antalis et TDF

Considérant que, par une lettre en date du 29 décembre 2000, le président du directoire de 3 Wave a informé TDF de son souhait de répondre à certains éditeurs de programmes télévisuels en vue de la fourniture de prestations de diffusion de la télévision numérique terrestre et lui a demandé de lui communiquer ses conditions techniques et économiques d'hébergement sur ses sites de diffusion ; qu'au cours de l'année 2001, plusieurs courriers ont été échangés entre les entreprises, Antalis se plaignant régulièrement du caractère incomplet des réponses qui lui étaient faites et TDF mettant en avant l'imprécision des demandes d'Antalis et le fait que toutes les données techniques n'avaient pas encore été fixées par le CSA ; que le 3 décembre 2001, PLFC & Co-3 Wave a demandé à TDF de lui faire une nouvelle proposition sous 15 jours en indiquant que les propositions étaient incomplètes sur les 81 sites faisant l'objet de l'annexe 5 de l'appel à candidatures du CSA et sur la Tour Eiffel, que le contenu de la prestation attendue de TDF n'était pas défini précisément, que la tarification de la prestation n'était pas décomposée par poste et par nature et que le niveau général des tarifs de TDF était excessif ; que TDF a répondu par une lettre en date du 21 décembre 2001 en précisant que la planification faite par le

CSA n'obligeait nullement 3 Wave à utiliser systématiquement les infrastructures de TDF, que les disponibilités et les caractéristiques des pylônes de TDF avaient été remises à 3 Wave, que satisfaction avait été donnée à 3 Wave concernant la fourniture de l'énergie, que la Tour Eiffel constituait un site particulier, que les tarifs avaient été élaborés à partir des prix de revient majorés d'une marge commerciale raisonnable et enfin, qu'en ce qui concerne les 81 sites suivants, TDF n'était pas en mesure de fournir des prix fermes tant que le CSA n'aurait pas publié les fréquences et les gabarits de rayonnement ;

Considérant qu'en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, il n'est pas exclu que TDF aurait apporté des réponses incomplètes et imprécises aux demandes d'Antalis, pratique susceptible d'entrer dans le champ de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

En ce qui concerne le caractère abusif, non orienté vers les coûts et discriminatoire des propositions tarifaires de TDF

Considérant que la société Antalis fait valoir que les sites de diffusion sur lesquels elle a demandé une prestation d'hébergement sont indispensables à son activité, qu'il lui est impossible de les reproduire dans les délais impartis par le législateur et dans des conditions économiquement et techniquement raisonnables et que ces sites peuvent donc être qualifiés d'infrastructures essentielles auxquelles TDF est tenue de proposer l'accès à un tarif orienté vers les coûts ;

Considérant que TDF soutient, en premier lieu, que les sites concernés ne constituent pas des infrastructures essentielles, en premier lieu parce que les sites qu'elle exploite pour la télévision analogique hertzienne devront être aménagés pour permettre la diffusion de la télévision numérique terrestre ; que TDF précise également que *«ces travaux sont extrêmement complexes, d'autant plus qu'il faut les mener sans perturber les services analogiques existants»* et que, dans certains cas, la duplication peut s'avérer moins coûteuse que l'aménagement des sites dédiés à l'analogique ; qu'elle fait, de plus, remarquer que, dans deux des 29 premières zones géographiques de planification déterminées par le CSA, elle ne dispose d'aucun site capable d'accueillir les infrastructures nécessaires à la diffusion des six multiplex de la TNT, ce qui l'a conduite à présenter une demande d'hébergement sur les sites de son concurrent Towercast ; qu'elle produit une lettre, en date du 27 février 2002, adressée au CSA, dans laquelle Antalis reconnaît que : *«Dans certains cas... l'utilisation des aériens existants ne peut plus être envisagée et de nouvelles solutions sont à imaginer, comme la construction d'une nouvelle antenne (ce qui suppose que les pylônes de TDF puissent l'accueillir), voire même la construction d'un autre site»* ;

Considérant que TDF indique, en deuxième lieu, qu'un site construit pour la télévision numérique terrestre ne devra pas être aussi important que les sites de TDF situés dans les zones définies par le CSA, qui hébergent de nombreux autres services que la télévision numérique terrestre, et notamment l'ensemble des émetteurs de télévision analogique, y compris Canal +, dont les antennes VHF occupent une place extrêmement impor-

tante sur les pylônes, en plus des services de radio FM et de radiocommunications, notamment pour la gendarmerie ; que TDF précise que, pour 10 des 29 premières zones planifiées par le CSA, il existe un site alternatif déjà construit ;

Considérant que TDF affirme, en troisième lieu, que dans la plupart des zones définies par le CSA et dans les zones de planification ultérieure, il n'existe aucun obstacle technique ou économique à la duplication des sites ; qu'elle fait valoir que si certains des sites qu'elle exploite représentent des infrastructures lourdes d'un coût élevé, cela résulte, soit de leur situation exceptionnelle (comme la Tour Eiffel ou le Pic du Midi), soit de l'exploitation par TDF de multiples activités sur un même site, nécessitant des adaptations techniques importantes ; qu'enfin, TDF donne l'exemple de la construction de 180 nouveaux sites dédiés à la TNT, qu'elle a réalisée en moins d'un an en Andalousie ;

Considérant, cependant, que les candidats à la diffusion technique de la TNT devront être en mesure de proposer aux éditeurs de programmes les services d'un réseau de diffusion afin d'assurer l'objectif de couverture nationale prévu dans l'appel à candidatures lancé par le CSA le 24 juillet 2001 ; que, dans ces conditions, la question de la reproductibilité ne se pose pas site par site mais pour l'ensemble du réseau ; qu'il ne peut donc être exclu, à ce stade de l'instruction, que les sites de TDF situés dans les 29 zones définies par le CSA, dans son appel à candidatures du 24 juillet 2001, constituent une infrastructure essentielle à laquelle TDF serait tenu de proposer l'accès à des conditions transparentes, non discriminatoires et orientées vers les coûts ;

Considérant que TDF admet avoir présenté ses conditions tarifaires d'hébergement à Antalis en les détaillant site par site, mais sans distinguer les divers éléments techniques de l'offre (locaux, pylônes, terrain, multiplexeur, feeders, antennes), au motif que ces divers éléments seraient indissociables ; qu'elle reconnaît, cependant, que la prestation proposée peut être segmentée en métiers différents sur lesquels de nombreuses entreprises interviennent ; qu'il n'est donc pas non plus exclu, à ce stade de l'instruction, que les offres faites à TDF ne répondent pas à l'exigence de transparence nécessaire à l'exercice d'une concurrence effective ;

Considérant qu'Antalis prétend que TDF lui appliquerait des charges d'accès supérieures à celle qu'elle s'applique à elle-même ; qu'elle soutient, de plus, qu'elle ferait l'objet de discriminations dans la nature des prestations offertes par TDF en ce qui concerne la fourniture de l'énergie ;

Considérant que TDF indique, en revanche, que *«dans son offre aux éditeurs de services [elle] a expressément décomposé son offre, en indiquant le tarif de ses prestations sur sites, à la demande des éditeurs de services ; ainsi, si TDF diminue le prix de ses prestations sur site, cette baisse sera automatiquement répercutée sur son offre TVCast, qui doit donc diminuer également»* ; que TDF fait encore valoir qu'il convient de distinguer la fourniture de l'énergie dite *«normale»* ou *«non sécurisée»*, de l'énergie sécurisée par groupes électrogènes ; qu'elle indique qu'elle a, dès la réunion du 31 mai 2001, proposé à 3 Wave le raccordement à son transformateur en

énergie basse tension ; qu'en ce qui concerne l'énergie secourue, TDF fait valoir qu'il est rare que cette énergie soit fournie aux opérateurs de télévision et, que ce refus n'est pas discriminatoire, Antalis n'étant pas un opérateur de télévision ; que les capacités requises pour le service demandé par Antalis dépassent celles des groupes électrogènes dont dispose TDF et, enfin, qu'elle ne peut envisager d'endosser à la place d'Antalis la responsabilité de la qualité et de la continuité du service ; que TDF ajoute qu'elle est disposée à fournir à Antalis des surfaces pour qu'elle y installe ses propres groupes électrogènes ; que le caractère discriminatoire des offres d'hébergement n'est donc pas, à ce stade de l'instruction, étayé d'éléments suffisamment probants ;

Considérant que, s'appuyant sur les résultats d'une étude réalisée par un cabinet de consultants, Antalis soutient que les propositions tarifaires de TDF seraient de 2 à 11 fois supérieures au coût réel du service, selon les différentes méthodes de calcul des coûts envisagées ; que les hypothèses et méthodes de cette étude sont contestées par TDF qui précise que certaines hypothèses structurantes du modèle adopté sont irréalistes, comme celle de la coexistence du numérique et de l'analogique pendant au moins 30 ans, que certains coûts n'ont pas été pris en compte, tels que les coûts commerciaux et marketing, les taxes professionnelles et foncières, les frais de structure/frais généraux, la recherche et le développement, les travaux d'ingénierie de la chaîne de diffusion, et que les coûts pris en compte sont sous-évalués de façon importante ;

Considérant que TDF produit, de plus, les propositions tarifaires qui lui ont été faites par la société Towercast pour ses sites de Toulouse et de Caen Nord, que TDF souhaite utiliser ; qu'il ressort, de ces propositions, que les prix estimés de TDF pour des prestations identiques sont inférieurs à ceux de Towercast sur ces deux sites ; que TDF a également réalisé une comparaison de ses offres avec des prix pratiqués par les opérateurs de sites au Royaume-Uni et par Digita en Finlande, laquelle ne révélerait pas de prix abusivement élevés de la part de TDF ;

Considérant, cependant, que TDF ne démontre pas que ces comparaisons de tarifs ont été effectuées sur une base homogène ; que le CSA, dans son avis 12 mars 2002, après avoir indiqué que *«même en tenant compte des éléments manquants évoqués [...], les résultats de la modélisation des tarifs de la prestation DigiSiTV pour l'hébergement d'un émetteur numérique révèlent des écarts significatifs entre coûts estimés et tarification pratiquée»*, conclut que *«TDF devrait répondre à un devoir de transparence, en particulier sur l'explication de sa politique tarifaire, ce qui n'est pas pleinement le cas pour les offres faites à Antalis»* ; qu'en l'état actuel du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, il ne peut donc être exclu que le niveau de l'offre tarifaire dénoncée soit abusivement élevé et constitue une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la saisine de la société Antalis est recevable ;

II. - Sur la demande de mesures conservatoires

Considérant qu'accessoirement à la saisine au fond, la société Antalis demande au Conseil de la concurrence *«de considérer que l'offre technique et commerciale de TDF pour sa prestation d'accueil sur les sites de diffusion par voie hertzienne qu'elle contrôle est manifestement abusive au sens de l'article L. 420-2 du code de commerce, en ce que les prix ne sont manifestement pas orientés vers les coûts»*, et d'enjoindre la société TDF de *«lui proposer, dans un délai maximum de deux semaines à compter de la notification de la décision, une nouvelle offre technique et commerciale d'accès aux infrastructures de diffusion par voie hertzienne terrestre permettant aux opérateurs tiers l'exercice d'une concurrence effective, tant par les prix que par la nature des prestations offertes (notamment en ce qui concerne l'énergie de secours) sur le marché aval de la diffusion technique par voie hertzienne en mode numérique»* ; que, dans ses observations enregistrées le 7 mars 2002, la société Antalis demande, en outre, au Conseil d'*«enjoindre à TDF de tenir une comptabilité séparée de l'activité d'accueil sur site et de l'activité de diffusion proprement dite»* ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce, 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. 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 première demande formulée ne tend pas au prononcé d'une mesure conservatoire mais à ce que le Conseil fasse sienne l'analyse conduite par la société Antalis en ce qui concerne le caractère abusif de l'offre de TDF ; que la mesure demandée, de façon tardive, le 7 mars 2002, ne peut entrer dans les prévisions de l'article précité, dans la mesure où elle ne saurait faire face à l'urgence dénoncée compte tenu des délais nécessaires pour sa mise en œuvre ;

Considérant que, conformément aux dispositions de l'article 30-1 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée, le CSA a procédé, au cours du mois de septembre 2000, à une consultation contradictoire relative à l'aménagement du spectre hertzien en vue d'un développement optimal de la diffusion numérique puis, dans ses conclusions rendues publiques le 31 octobre 2000, a défini de la manière suivante les principes de base de la planification et décrit les modalités d'utilisation de la ressource et du déploiement des réseaux dans l'espace et le temps :

- la planification est inscrite dans le cadre de l'utilisation de la bande UHF parallèlement à celle exploitée en analogique (canaux 21 à 65), pour le déploiement de réseaux numériques nationaux en multifréquences et l'utilisation de la bande VHF sera étudiée en complément chaque fois que l'UHF n'apparaîtra pas suffisant localement à la mise en place de 6 multiplex

dans des conditions techniques satisfaisantes ; pour des raisons d'efficacité, cette planification s'inscrit dans l'utilisation prioritaire des points hauts actuellement exploités en analogique, sauf lorsque des solutions alternatives apparaîtront régionalement ou localement plus adaptées ; le CSA «*s'emploiera à réunir et veillera au respect de toutes les conditions nécessaires à l'ouverture du marché et à un exercice effectif de la concurrence entre diffuseurs techniques, notamment par l'accès aux sites et aux infrastructures essentiels*» ;

- l'objectif de la planification qu'il conduit est de déployer 6 multiplex ;
- s'agissant du déploiement des réseaux dans l'espace et dans le temps, l'objectif étant que l'ensemble de la population bénéficie d'une offre de programme élargie par rapport à la réception analogique actuelle, la planification du CSA doit conduire à la réalisation d'un taux de desserte de la population en télévision numérique terrestre de 85 % ;

Considérant que, par ailleurs, trois catégories de sites ont été identifiées pour la mise en place de la télévision numérique terrestre : les sites visant à favoriser la réception de la télévision numérique terrestre en mode fixe, ceux destinés à permettre la «*portabilité*», c'est-à-dire la réception de la télévision sans branchement à l'antenne de toit, et les sites régionaux ou locaux permettant le développement de programmes régionaux et locaux ;

Considérant qu'il a été prévu que, dans un premier temps, seraient définies les zones géographiques dans lesquelles seront implantés les sites d'émission et que, dans un second temps, seraient identifiées les fréquences qui seront utilisées dans chaque zone, ainsi qu'un certain nombre de caractéristiques techniques indispensables à l'opérateur de diffusion pour réaliser les réaménagements nécessaires ; que, par une décision en date du 24 juillet 2001 publiée au *Journal officiel de la République française*, le CSA a lancé l'appel aux candidatures pour la télévision numérique terrestre et publié en annexe deux listes de zones :

- la première liste (annexe 4) – comprenant 29 zones – correspond aux fréquences identifiées dans la première phase de la planification ; elle est accompagnée des critères techniques suivants : fréquences utilisables pour une émission numérique hertzienne, altitude maximale de l'antenne, et puissance apparente rayonnée ; par ailleurs, le CSA publie, le 11 juin 2001, sur son site Internet les gabarits de rayonnement horizontal pour chacune de ces zones ;
- la seconde liste (annexe 5) – comprenant 81 zones – correspond aux zones d'émission prévues dans les phases ultérieures de planification ; cette liste n'est pas accompagnée des caractéristiques techniques liées à la planification des fréquences, qui seront planifiées selon le calendrier prévisionnel suivant : 30 zones doivent être achevées au 31 mars 2002, 20 autres zones au 31 décembre 2002 et enfin les 21 dernières zones au 30 mars 2003 ;

Considérant que, dans la même décision, le CSA a fixé un calendrier prévisionnel des différentes étapes de la procédure d'autorisations ; que ce calendrier a ensuite été modifié à la suite de la publication des décrets pris en application de l'article 27 et du sixième alinéa du I de l'article 34 de la loi du 30 septembre 1986 modifiée ; que, par un communiqué n° 474 du 5 février 2002, le CSA a fixé au vendredi 22 mars 2002 à 17 h la date

limite de dépôt des dossiers de candidatures pour des services de télévision numérique de terre à vocation nationale et a fixé un calendrier indicatif de la procédure d'autorisation des éditeurs de services, soit : avril 2002 pour la publication de la liste des candidats recevables, juillet 2002 pour la publication des candidats sélectionnés et novembre 2002 pour la conclusion des conventions et la délivrance par le CSA des autorisations d'usage de la ressource radioélectrique ; que les éditeurs de services partageant la même ressource radioélectrique disposeront alors d'un délai de deux mois pour présenter conjointement des opérateurs de multiplex ;

Considérant que l'équilibre économique du secteur de la télévision numérique terrestre dépend de manière cruciale de l'existence d'une concurrence effective à tous les niveaux et pourrait être compromis si l'un des métiers concernés était exercé par une entreprise en mesure de capter une rente de nature monopolistique, d'exclure par ses pratiques l'arrivée de nouveaux entrants sur le marché en cause, ou de rendre impossible économiquement l'accès à des infrastructures essentielles qu'elle détiendrait ; qu'en ce qui concerne la diffusion technique des programmes, il est essentiel que les éditeurs disposent d'offres concurrentes, transparentes et comparables entre elles ; que les propositions tarifaires faites par TDF à Antalis à ce jour ne paraissent pas présenter par ces caractéristiques ; qu'afin d'être en mesure de proposer aux éditeurs une telle offre au début de l'année 2003, la société Antalis doit connaître, de façon urgente, les conditions de l'hébergement sur les sites de TDF situés sur les 29 zones figurant sur la première liste publiée par le CSA ;

Considérant qu'il y a donc lieu d'enjoindre à la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en fait la demande une offre de prestation d'accueil concernant, au moins, les sites de diffusion hertzienne installés sur les 29 premières zones de diffusion définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, détaillée par postes de prestations, et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix proportionné en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé ;

Décide

Article unique - Il est enjoint à la société TDF de communiquer à toute entreprise qui en fait la demande une offre de prestations d'accueil concernant, au moins, les sites de diffusion hertzienne installés sur les 29 premières zones de diffusion définies par le CSA dans sa décision du 24 juillet 2001, détaillée poste par poste, et intégrant des conditions tarifaires établies de manière objective, transparente et non discriminatoire, à un prix en rapport avec les coûts directs et indirects des prestations offertes, y compris une rémunération raisonnable du capital engagé.

Délibéré, sur le rapport oral de Chantal Descours-Gatin, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Flury-Hérard, MM. Bargue, Lasserre et Robin, membres.

La secrétaire de séance,
Françoise Hazaël-Massieux

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-MC-05

Décision n°02-MC-05 du 17 avril 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la Chambre de l'industrie hôtelière et touristique du Rhône

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 23 novembre 2001, sous le n° F 1356 et sous le n° M 293, par laquelle la Chambre de l'industrie hôtelière et touristique du Rhône a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par la SNCF et le groupe ACCOR, dans le cadre de leur partenariat «*train + hôtel*», qu'elle estime anticoncurrentielles et a demandé le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par la Chambre de l'industrie hôtelière et touristique du Rhône, par la SNCF, par le groupe ACCOR et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la Chambre de l'industrie hôtelière et touristique du Rhône, de la SNCF et du groupe ACCOR entendus lors de la séance du 19 mars 2002 ;

986

I. - Sur la saisine

Considérant que la chambre de l'industrie hôtelière du Rhône expose que la formule «*train + hôtel*» proposée, initialement et jusqu'en 1999, par la société Frantour, filiale de la SNCF, permettait à tout hôtelier d'adhérer à ce partenariat avec la seule obligation de souscrire à un cahier des charges ; que l'octroi, en 1999, d'un droit exclusif sur la formule au seul groupe ACCOR, 3^e groupe mondial des hôtels de chaîne et 1^{er} groupe français de l'hôtellerie, exclut de ce partenariat tout autre groupe hôtelier ou hôtelier indépendant susceptible d'y être intéressé ; que l'offre «*train + hôtel*» est disponible à tous les guichets des gares, sur tout le territoire national où 4/5^e des billets de trains sont vendus, ainsi que sur le site internet de la SNCF, permettant ainsi au groupe ACCOR de disposer de toute l'infrastructure de promotion et de commercialisation de la SNCF, ce qui constitue un avantage considérable dans la concurrence ; que cette pratique est constitutive, de la part de la SNCF et du groupe ACCOR, à la fois, d'une

entente et d'un abus de position dominante, au sens des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ; qu'elle permet au groupe ACCOR de pratiquer des prix abusivement bas, réprimés par l'article L 420-5 et constitue, pour la SNCF, une pratique restrictive au sens de l'article L. 442-6 du même code ;

Considérant que la formule «*train + hôtel*» a été initiée, à l'origine, par la société Frantour, ancienne filiale de la SNCF ; que, selon les explications fournies par cette dernière, l'évolution de ses missions l'a conduite à se recentrer sur sa fonction initiale et à se séparer de cette filiale qu'elle a alors cédée, au terme d'un appel à candidature, au groupe ACCOR, tout en se réservant la propriété de la marque «*train + hôtel*» ;

Considérant qu'au terme du contrat conclu le 26 mai 1999 entre la SNCF et le groupe ACCOR, le partenariat «*train + hôtel*» se propose, selon son article 1^{er}, «*de développer un service «train + hôtel» dans le cadre duquel ACCOR propose de fournir à la clientèle SNCF, sur la base d'offres commerciales dédiées, des prestations d'hébergement dans les hôtels de son groupe, situés en France et hors de France, ainsi que les modalités – notamment financières – de cette mise en œuvre*» ; que cette proposition de vente liée, offerte à tous les clients de la SNCF, associe un billet de train au tarif ordinaire et sans réduction particulière à la réservation d'une chambre dans l'un des 800 hôtels du groupe ACCOR concernés par ce partenariat, sur plus de 250 destinations desservies par le train sur l'ensemble du territoire français et quelques unes à l'étranger - à Londres, Amsterdam, Bruxelles, Anvers, Cologne et en Italie - ; qu'une telle réservation peut être faite auprès des agents de la SNCF, en même temps que l'achat du billet, soit directement aux guichets des gares ou des boutiques SNCF, ou auprès de sa centrale de réservation ; que l'agent SNCF procède ensuite à cette réservation, soit en téléphonant à la centrale de réservation d'ACCOR, soit par minitel ou audiotel ou encore par le site internet d'ACCOR puisqu'un dispositif d'interconnexion entre les deux partenaires a été réalisé ;

Considérant que dans le cadre de ce contrat de partenariat, ACCOR s'engage, d'une part, à fournir des offres d'hébergement dans les établissements hôteliers de quatre de ses différentes enseignes allant de deux à quatre étoiles, d'autre part, à mettre en œuvre des actions de promotion permanentes ou temporaires et d'animation de réseaux de vente SNCF et à affecter à ces actions des fonds spécifiques ; que le groupe s'engage aussi à assurer la compatibilité de son réseau informatique avec celui de la SNCF ; que financièrement, ACCOR doit, au titre de l'usage de la marque «*train + hôtel*», s'acquitter d'un droit initial d'entrée et, chaque année, d'une redevance fixe et, enfin, verser à la SNCF un pourcentage variable en fonction de la catégorie de l'hôtel sur le prix de chaque nuitée consommée ; que ce contrat, conclu pour une durée de deux ans et renouvelable pour une nouvelle période de trois ans, a fait l'objet d'un avenant, le 27 novembre 2001, qui porte sur le montant des commissionnements par nuitées consommées et le règlement des commissions ;

Considérant que l'article 9 du contrat précise qu'ACCOR aura l'exclusivité de l'exploitation de la seule marque «*train + hôtel*» et que «*cette exclusivité n'est pas applicable au programme de fidélisation de la SNCF*» ; que,

toutefois, la SNCF s'engage à consulter systématiquement ACCOR, lors de l'élaboration des offres de primes proposées dans le cadre de son programme «*grand voyageur*» ; qu'en revanche, «*Pour ce qui concerne les opérations de promotion propres à la SNCF, comportant des publicités ou des offres hôtelières distinctes des offres «train + hôtel» (exemple : carnet de voyage, échappée belle...), ACCOR sera automatiquement consulté et disposera d'un droit de premier refus. ACCOR fera tous ses efforts pour proposer des offres performantes à la SNCF qui lui accordera une priorité dans un souci de cohérence pour les clients. A défaut, la SNCF pourra proposer à tout autre prestataire hôtelier de participer à ces opérations...*» ;

Considérant que la SNCF et le groupe ACCOR font valoir que la formule «*train + hôtel*», telle qu'elle existe à l'heure actuelle, a été élaborée après que le choix du partenaire de la SNCF ait fait l'objet d'une mise en concurrence et que cette formule permet d'offrir au client de réserver par une seule démarche, son mode de déplacement et son hébergement, tout en réalisant un gain de temps et d'argent ; que le système mis en place propose un produit homogène, dans la mesure où les chambres des hôtels du groupe ACCOR sont standardisées, une gamme étendue, des plages horaires d'ouverture plus larges et des possibilités de restauration ; que ce type de formule n'est susceptible d'être mis en place que par des chaînes d'hôtels en réseau intégré ou des chaînes volontaires et non par des hôteliers indépendants, du fait de leur trop grande diversité ; que, par ailleurs, ces autres hôtels peuvent participer, par d'autres moyens, à d'autres formules de même nature liant le déplacement et l'hébergement ;

Considérant qu'en ce qui concerne la clause d'exclusivité, la SNCF et le groupe ACCOR font valoir que la SNCF, titulaire de la marque «*train + hôtel*», accorde une licence d'exploitation exclusive au groupe ACCOR pour ce seul forfait, mais ne se lie pas pour toutes les autres opérations de voyage incluant le train et des prestations hôtelières qu'elle pourrait réaliser dans d'autres actions promotionnelles ; qu'il subsiste, ainsi, entre le groupe ACCOR et les autres groupes hôteliers une situation de concurrence susceptible de faire échec à un éventuel abus, par le groupe ACCOR, de sa relation exclusive avec la SNCF sur le marché du voyage en train associé à des prestations hôtelières ; que, par ailleurs, le contrat ne contient aucune clause de renouvellement automatique, puisqu'il est conclu pour une période initiale de deux ans au terme de laquelle les parties pourront négocier en fonction des résultats du partenariat et proposer d'éventuelles modifications contractuelles ; que ce contrat est renouvelable pour une seconde période de trois ans à l'issue de laquelle la SNCF se réserve la possibilité de choisir un autre partenaire en fonction de considérations qui lui sont propres ;

Sur les marchés concernés et la position des opérateurs

Considérant qu'aux termes de l'article 18 de la loi d'orientation des transports intérieurs, dite «*Loti*», la SNCF, établissement public à caractère industriel et commercial, a pour objet «*d'exploiter, selon les principes du service public, les services de transport ferroviaire sur le réseau ferré national*» ;

qu'elle bénéficie à cet égard, sur le territoire national, d'un monopole de fait du transport des voyageurs par voie ferroviaire ; que, dans ce cadre, la SNCF est titulaire des droits sur les gares, les filiales, les entrepôts et les bâtiments administratifs et les logements susceptibles d'accueillir les cheminots ; qu'elle a développé un réseau de distribution couvrant l'ensemble du territoire français et un standard de réservation unique et disponible quel que soit le lieu de résidence du voyageur ; que la SNCF se trouve, en conséquence, en position dominante sur le marché du transport de personnes par voie ferroviaire, susceptible de concerner plusieurs millions de voyageurs par an ;

Considérant que le groupe ACCOR, qui possède des chaînes d'hôtels sur l'ensemble du territoire français, se présente comme le 1^{er} groupe français de chaînes hôtelières ; qu'il a indiqué, dans le cadre de ses observations, qu'il ressortirait d'une étude réalisée par un organisme indépendant que la part du groupe a représenté, en 2001, 9,8 % sans ses franchisés, et 14 % avec ses franchisés, de l'offre de chambres (2, 3 et 4 étoiles) en France et de 9 à 13 % sans les franchisés et de 12 à 18 % avec les franchisés des nuitées vendues ;

Considérant que l'offre liant un trajet en train à la réservation d'une chambre d'hôtel présente un intérêt pour le consommateur en termes de commodité, de gain de temps et d'évitement de coûts de recherche ; que, sous réserve d'une instruction au fond, il n'est pas exclu que cette offre corresponde à une demande spécifique et constitue un marché ; que du fait du monopole de la SNCF rappelé ci-dessus, ainsi que de l'exclusivité accordée au groupe ACCOR sur la formule «*train + hôtel*», il n'est pas non plus exclu que la SNCF et le groupe ACCOR disposent, sur un tel marché, d'une position dominante commune ;

Sur les pratiques dénoncées

Considérant que si une entreprise en position dominante peut légitimement défendre ses parts de marché et même agir de façon à les accroître, la notion d'abus vise, ainsi que l'a précisé la CJCE dans un arrêt du 13 février 1979, Hoffmann-La Roche (affaire 85/76) «*les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure du marché où, à la suite précisément de la position de l'entreprise en question, le degré de concurrence est déjà affaibli et qui ont pour effet de faire obstacle par le recours à des moyens différents de ceux qui gouvernent une compétition normale des produits ou services, au maintien du degré de concurrence existant sur le marché ou au développement de cette concurrence*» ;

Considérant qu'aux termes de l'accord du 26 mai 1999, le groupe ACCOR bénéficie d'une exclusivité d'exploitation de la marque «*train + hôtel*», ainsi que du système de commercialisation et de réservation de la SNCF, ce qui lui confère un avantage incontestable dans le cadre de l'accès à la clientèle des voyageurs par le train ; qu'au cours des débats en séance, il a été évoqué une étude marketing réalisée, à la demande de la SNCF avant la vente de sa filiale Frantour, selon laquelle, le nombre de voyageurs sus-

ceptibles de réserver une chambre d'hôtel à la suite d'un voyage en train a été évalué à 8,8 millions par an ; qu'en exécution de leur accord de partenariat, la SNCF et le groupe ACCOR ont procédé à l'interconnexion de leurs réseaux informatiques ; que cette opération, pour un contrat d'une durée de deux ans renouvelable pour une seconde période de trois ans, aurait coûté 8 millions de francs à la SNCF et 10 millions de francs au groupe ACCOR, c'est-à-dire un coût significatif pour les deux opérateurs pour une période limitée de 5 ans ; qu'il n'est pas exclu, sous réserve d'une instruction au fond, que, pour des raisons purement techniques, les investissements technologiques réalisés entre les deux parties n'aboutissent, en fin de contrat, à conférer à l'entreprise ACCOR un avantage déterminant du fait, lors de son renouvellement, de la préexistence de l'interconnexion des réseaux informatiques rendant plus difficile l'entrée d'un concurrent potentiel ;

Considérant, par ailleurs, que dans un premier temps, les prestations, offertes par la formule «*train + hôtel*», ont été rémunérées par le groupe ACCOR à hauteur d'un pourcentage sur le prix de la chambre ; que, depuis l'avenant du 27 novembre 2001, le groupe verse à la SNCF une commission fixe par catégorie de chambre sans qu'il soit possible, en l'état du dossier, de s'assurer que ce pourcentage ou cette commission correspondrait à une juste rémunération du service rendu par la SNCF, de sorte qu'il ne puisse avoir pour effet de fausser le libre jeu de la concurrence ;

Considérant qu'il n'est donc pas exclu, au vu de ce qui précède et sous réserve d'une instruction au fond, que la pratique dénoncée soit susceptible de constituer une pratique prohibée par les dispositions du titre II du livre IV du code de commerce ;

990

II. - Sur la demande de mesures conservatoires

Considérant qu'accessoirement à sa saisine, la Chambre de l'industrie hôtelière et touristique du Rhône demande au Conseil de la concurrence de prononcer, les mesures conservatoires suivantes :

«(…)

1. *selon l'article L. 464-1 du code de commerce, ordonner le retrait de l'ensemble des affiches, présentoirs et plaquettes mis à la disposition du public par la SNCF et le groupe ACCOR sur l'ensemble du territoire national et toutes autres mesures conservatoires qui paraîtront nécessaires au Conseil sous astreinte à déterminer ;*
2. *selon l'article L. 420-3 du code de commerce, constater la nullité de cet accord ;*
3. *selon l'article L. 464-2 du code de commerce :*
 - *ordonner aux intéressés de mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles dans un délai de trois mois à compter du prononcé de la décision du Conseil ;*

- infliger une sanction pécuniaire immédiate ainsi qu'une astreinte en cas d'inexécution des injonctions ;
- ordonner la publication de la décision du Conseil dans deux quotidiens généraux nationaux, deux quotidiens économiques spécialisés nationaux et dans deux journaux professionnels nationaux spécialisés de l'hôtellerie et la restauration, ainsi que dans la vie du rail et France TGV ;
- ordonner l'affichage, durant deux mois, de la décision dans chacune des gares, points de vente ou boutiques de la SNCF et dans chacun des hôtels des réseaux français Sofitel, Mercure, Ibis et Novotel, ceci sous astreinte de 100 euros par jour et par emplacement à partir de trente jours après le prononcé de la décision ;
- ordonner l'insertion de la décision dans les rapports d'exercice des deux groupes dont extraits sur le site internet».

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce : «*le Conseil de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui apparaissent nécessaires. 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 (...)*» ;

Sur le trouble grave et immédiat à l'économie en général, à celle du secteur intéressé et à l'intérêt des consommateurs,

Considérant, en premier lieu, qu'il résulte des pièces du dossier que si le partenariat «*train + hôtel*» permet à ACCOR d'améliorer son accès à la clientèle des voyageurs par le train, il laisse, toutefois, subsister d'autres types d'offres associant ce moyen de transport à des prestations hôtelières qui permettent à des chaînes hôtelières concurrentes (Best Western, Logis de France, Envergure, ...) d'intervenir sur le marché ; qu'à cet égard, il convient de relever que la consultation du site internet de la SNCF «*voyages-sncf.com*» permet de visualiser, sur la même page du site, l'offre «*train + hôtel*» et une autre offre permettant de retenir une chambre d'hôtel à un prix négocié auprès de 45 000 hôtels qui n'appartiennent pas tous au groupe ACCOR ; qu'à Lyon, il est ainsi possible de retenir sa chambre dans des hôtels appartenant aux chaînes Best Western, Hollydays-Inn, Hilton ou Concorde, concurrentes du groupe ACCOR ; qu'enfin, il est constant que n'importe quel tour-opérateur peut acheter des billets de train à la SNCF et constituer par lui-même sa propre offre groupée ; que c'est d'ailleurs ainsi que procèdent les parcs d'attraction qui offrent à la vente les billets de chemin de fer, l'entrée au parc et la chambre d'hôtel ; qu'enfin, les agences de voyage peuvent elles aussi offrir ce type de prestations combinées ;

Considérant que, selon les éléments produits par la SNCF, le partenariat «*train + hôtel*» a, en 2001, permis la réservation de 97 465 nuitées en France et à l'étranger ; que, selon le groupe ACCOR, 80 000 à 90 000 nuitées ont ainsi été réservées en France, soit, compte tenu du taux moyen de

défection, de 69 700 à 76 500 nuitées réellement consommées ; qu'il en résulte que sur les 120 740 908 nuitées vendues en France cette même année, le taux de réservation obtenu par l'intermédiaire de la formule «*train + hôtel*» est de 0,03 % à 0,07 % et représente de 0,25 à 0,40 % des nuitées vendues en France par les enseignes du groupe ACCOR appartenant à la même catégorie ; que ces éléments démontrent que la formule «*train + hôtel*» n'a eu, jusqu'à l'heure actuelle, qu'un faible impact sur le fonctionnement du marché de l'hôtellerie ; que, par ailleurs, aucun élément produit au dossier ne permet de penser que, du fait de cette formule, le marché de l'hôtellerie ou le marché de l'offre groupée d'un trajet en train et d'une chambre d'hôtel, s'il existe, connaîtrait des difficultés pouvant être qualifiées de graves et immédiates ;

Sur le trouble apporté aux entreprises saisissantes

Considérant qu'il résulte des données produites et non contestées par la chambre saisissante qu'en ce qui concerne la région Rhône-Alpes, sans distinguer selon les différents types d'hôtellerie, la part du groupe ACCOR, a été, en 2001 de 5 à 9 % sans ses franchisés et de 7 à 12 % avec ses franchisés de l'offre de chambre pour la région ; que dans Lyon intra-muros la part de marché du groupe ACCOR représente pour la même année 26,5 % (sans ses franchisés) et 29,4 % (avec ses franchisés) de l'offre de chambres (2,3 et 4 étoiles) et, en terme de nuitées vendues, de 25 à 30 % (sans ses franchisés) et de 28 à 34 % (avec ses franchisés) ; que, pour 2001, le partenariat «*train + hôtel*» a permis la réservation de 2 464 chambres, soit de 0,13 % à 0,16 % des 1 409 850 nuitées vendues à Lyon cette année-là ;

Considérant, enfin, que la saisissante n'apporte aucun élément qui permettrait de penser que ses adhérents ou l'un quelconque de ses membres connaîtrait, du fait de la pratique dénoncée, des difficultés ou un trouble grave et immédiat ;

Considérant qu'il résulte de l'ensemble de ce qui précède que la demande de mesures conservatoires doit être rejetée.

Décide

Article unique - La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro M 293 est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Deparis, par M. Nasse, vice-président, présidant la séance, M^{mes} Mader Saussaye, Mouillard et Perrot, MM. Bidaud, Charrière Bournazel, Lasserre et Piot, membres.

La secrétaire de séance,
Françoise Hazaël Massieux

Le vice-président, présidant la séance
Philippe Nasse

02-MC-06

Décision n°02-MC-06 du 30 avril 2002 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société RMC Info

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la demande enregistrée le 22 février 2002, sous le numéro 02-0035 F, par laquelle la société RMC Info a saisi le Conseil de la concurrence de certaines pratiques du GIE Sport libre et de ses membres qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité, en outre, le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu la lettre enregistrée le 22 mars 2002, sous le numéro 02-0036 M, par laquelle la société RMC Info a déposé une saisine complémentaire à l'encontre du Syndicat interprofessionnel des radios et télévisions indépendantes (SIRTI) ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les décisions de secret des affaires n° 02-DSA-08 et n° 02-DSA-09 du 19 mars 2002 ;

Vu l'avis adopté par le CSA et enregistré le 29 mars 2002 sous le numéro 512 ;

Vu les observations présentées par la société RMC Info, le GIE Sport libre et ses membres, le SIRTI et par le commissaire du Gouvernement ;

Vu les notes en délibéré produites le 19 avril 2002 par le GIE Sport libre et par le SIRTI ;

La rapporteure, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société RMC Info, du SIRTI et du GIE Sport libre entendus lors de la séance du 16 avril 2002 ;

Considérant que la société RMC Info expose qu'elle a conclu avec la société Kirchmédia, elle-même détentrice de droits radiophoniques exclusifs sur les matchs de la Coupe du monde de football 2002 en vertu d'un accord avec la FIFA, un contrat lui assurant l'exclusivité de ces mêmes droits pour la diffusion radiophonique sur le territoire français ; que ce contrat comporte l'obligation de chercher par tous moyens à couvrir toute l'étendue du territoire national ; que les zones d'émission de RMC Info ne couvrant pas 33 % de la population française, cette société a cherché à passer avec d'autres opérateurs de radio des accords de sous-licence en vue de s'acquitter de ses obligations contractuelles ;

Considérant que la société RMC Info expose qu'alors que son contrat avec la société Kirchmédia a été conclu le 4 décembre 2001, les principales radios généralistes françaises ont créé, dès le 17 décembre 2001, un GIE Sport libre auquel elles ont confié l'exclusivité de leur politique d'achat de

droits sportifs ; que ce GIE, une fois constitué, a refusé de passer avec RMC Info un accord de sous-licence ; que cette dernière société se trouve dans l'incapacité de négocier individuellement avec les adhérents du GIE du fait des clauses statutaires de celui-ci ; que les incertitudes relatives à l'éventuelle adhésion du syndicat interprofessionnel des radios et télévision indépendantes (SIRTI) au GIE ont rendu difficiles des négociations avec les radios locales indépendantes ; qu'en outre, la société RMC Info se serait heurtée à une campagne de dénigrement ;

Considérant que la société RMC Info soutient que ces pratiques auraient un caractère anticoncurrentiel et demande au Conseil de la concurrence, dans l'attente de la décision au fond, de prononcer des mesures conservatoires ;

Considérant qu'une demande de mesures conservatoires ne peut être examinée que pour autant que la saisine au fond est recevable et ne soit pas rejetée, faute d'éléments probants, en application de l'article L. 462-8 du code de commerce ; qu'en outre, la demande de mesures conservatoires doit être, en elle-même, recevable.

I. - Sur la demande de mise hors de cause du SIRTI

994

Considérant que le SIRTI soutient qu'étant, non une entreprise mais une organisation professionnelle, il ne saurait être attrait devant le Conseil de la concurrence et demande donc à être mis hors de cause ;

Mais considérant, d'une part, qu'une organisation professionnelle qui réunit des entreprises peut, selon une jurisprudence constante tant française que communautaire, être considérée comme le support d'une entente entre les entreprises adhérentes ; qu'il résulte d'ailleurs des termes même de l'article L. 464-2 du code de commerce que le Conseil de la concurrence peut prononcer des condamnations à l'encontre d'organisations qui ne sont pas des entreprises ; que, d'autre part, le Conseil de la concurrence étant saisi in rem, ce n'est généralement qu'au terme de l'instruction qu'il peut se prononcer sur le point de savoir si telle ou telle personne physique ou morale est susceptible d'être condamnée ou doit, au contraire, être mise hors de cause ;

II. - Sur la recevabilité de la saisine au fond

Considérant que le GIE Sport libre estime que la saisine au fond et la demande de mesures conservatoires sont irrecevables pour défaut d'intérêt à agir de la société RMC Info, dès lors que des négociations seraient en cours entre cette dernière et le GIE ;

Mais considérant que cette circonstance, postérieure aux faits dénoncés, est sans incidence sur la recevabilité de la saisine au fond ; qu'au jour de la séance, les négociations en cours n'ont encore abouti à aucun accord, comme le montre la lettre adressée à RMC Info par M. Cavada, président du GIE Sport libre, le 10 avril 2002 ;

III. - Sur la présence d'éléments probants dans la saisine

■ 1. - Sur l'incidence de l'existence d'un droit à l'information et sur le débat relatif à la possibilité juridique et à l'opportunité de vendre des droits de propriété intellectuelle radiophoniques sur les événements sportifs

Considérant que le GIE Sport libre et le SIRTl font valoir que la pratique qui a consisté, pour la Fédération Internationale de Football, à vendre des droits exclusifs de diffusion radiophonique des matchs de la Coupe du monde de football 2002 au groupe Kirch et, pour ce dernier, à accorder des droits exclusifs pour la France à RMC Info pose des problèmes de société et de droit d'une grande importance ; que, notamment, comme l'illustre le contrat type de sous-licence proposé par RMC Info aux autres radios, le processus qui consisterait pour ces dernières soit à ne rendre compte que d'une façon limitée à l'avance des événements qui se déroulent au cours d'un match, soit à retransmettre purement et simplement les émissions de RMC Info portent atteinte aussi bien à la liberté d'informer dont doivent disposer les journalistes de radio qu'au principe auquel veille le CSA selon lequel un opérateur indépendant ne doit pas reprendre tout ou partie du programme identifié diffusé par un réseau national ;

Considérant qu'il n'appartient au Conseil de la concurrence de se prononcer ni sur l'existence même des droits exclusifs dont se prévaut RMC Info ni sur l'opportunité que de tels droits soient commercialisés, ni sur la frontière entre les droits de propriété intellectuelle des organisateurs d'événements et le droit à l'information ; que, toutefois, le CSA dans l'avis qu'il a rendu au Conseil, a indiqué que *« l'acquisition de droits exclusifs de retransmission radiophonique d'événements sportifs n'est interdite par aucune disposition législative ni réglementaire en vigueur »* ;

Considérant qu'il est légitime pour les radios opposées au principe même de ces droits ou soucieuses de discuter leur conséquences ou, encore, inquiète du niveau de leur prix, d'exprimer publiquement leurs préoccupations ; qu'il est également légitime, et licite, pour leurs organisations professionnelles de manifester ces préoccupations et de chercher à influencer la politique des pouvoirs publics ;

Considérant, cependant que, conformément à une jurisprudence constante, il n'appartient pas aux entreprises de se faire justice elles-mêmes ; qu'il ne leur est pas permis, par conséquent, au motif qu'elles estiment que tel ou tel de leur concurrent méconnaît, dans un autre domaine juridique, une règle de droit, de se livrer à une pratique interdite par le droit de la concurrence ; qu'il suit de là que l'invocation des préoccupations précédemment exposées ne saurait suffire, à elle seule, à faire obstacle à ce que la saisine soit regardée comme dépourvue d'éléments probants ;

■ 2. - Sur le GIE Sport libre

Considérant que, selon l'article 2 alinéas 2 et 3 du contrat constitutif de ce GIE, modifié le 25 février 2002 *«le groupement est constitué pour permettre au plus grand nombre de personnes sur le territoire français d'être informées des rencontres ou manifestations sportives grâce à leur retransmission radiophonique, pour assurer à l'auditeur le pluralisme en matière de contenu, de qualité, de présentation ou de style en lui laissant le choix de sa radio, pour lutter contre toutes pratiques conduisant à une limitation de l'accès des personnels de radio aux enceintes accueillant les manifestations ou compétitions et pour faire respecter la liberté d'informer en défendant le principe d'égalité d'accès aux sources de l'information... Le groupement a pour objet de négocier les conditions d'accès aux manifestations et aux compétitions, et, le cas échéant, entamer des pourparlers et conclure, pour tout ou partie de ses membres, tout accord ou contrat permettant d'assurer la couverture des compétitions via notamment la radiodiffusion en direct ou en différé des compétitions ou manifestations sportives sur le territoire français»* ;

Considérant que le préambule de ce contrat précise le contexte dans lequel s'inscrit la constitution de ce groupement : *«Il est récemment apparu que des accords venaient limiter les droits des radiodiffuseurs d'accéder aux enceintes accueillant les manifestations ou compétitions sportives et d'informer les auditeurs sur le déroulement desdites manifestations et compétitions. Sans reconnaître le bien fondé de telles pratiques ou accords, qui apparaissent comme une entrave à la liberté d'informer et d'être informé, il est apparu nécessaire aux membres du Groupement de s'organiser afin d'assurer à l'auditeur le pluralisme en matière de contenu, de qualité, de présentation ou de style et ainsi, dans cette perspective, de prévoir notamment la possibilité d'acquérir les droits qui s'avèreraient nécessaires pour permettre à tous les membres du Groupement d'assurer la couverture de tous événements sportifs (notamment suivi et retransmission en direct, commentaires, interviews...), dans les conditions que chacun estimerait opportunes, et de concéder, le cas échéant, une fraction de ces droits à des radiodiffuseurs tiers»* ;

Considérant que si la création de centrales d'achats par des entreprises qui sont en concurrence sur le même marché peut poser des problèmes de concurrence, le bilan concurrentiel ou le bilan économique de telles créations peut néanmoins être positif ;

Considérant que l'examen d'une jurisprudence communautaire relative à l'Union européenne de radio-télévision (UER) revêt, à cet égard, un intérêt particulier pour la présente affaire ; qu'il convient de rappeler que l'UER regroupe, notamment, des chaînes de télévision qui, confient à cet organisme le soin de négocier collectivement l'achat de droits télévisuels exclusifs sur les événements sportifs ; que le système a été notifié à la Commission en vue de l'obtention d'une attestation négative ; que le 11 juin 1993, la Commission a accordé au système le bénéfice de l'exemption, sous condition, en se fondant sur la mission d'intérêt public exercée par l'UER ; que cette analyse a été désavouée par le tribunal de première instance qui, par un arrêt du 11 juillet 1996, a annulé la décision du 11 juin 1993 ; que le 10 mai 2000, la Commission a adopté une nouvelle décision d'exemption sous condition ;

Considérant qu'il résulte de cette décision que la Commission considère la mise en commun des politiques d'achats de droits par des chaînes de télévision qui, autrement, se feraient concurrence sur le marché des droits des événements sportifs, comme restrictive de concurrence ; qu'en l'espèce, le bénéfice de l'exemption a cependant été accordé sur le fondement de l'article 81-3 du traité de Rome au motif que le système contribuait à promouvoir le progrès technique et économique en permettant la diffusion d'un nombre plus élevé de manifestations sportives par un plus grand nombre de radiodiffuseurs, notamment les plus petits d'entre eux ; que, pour accorder le bénéfice de l'exemption, la Commission a vérifié que les conditions prévues à l'article 81-3 étaient satisfaites ; qu'elle a ainsi considéré que le système bénéficiait aux consommateurs en permettant d'améliorer l'offre de programmes sportifs au public ; que l'acquisition des droits en commun était indispensable pour obtenir le progrès économique envisagé, visant par là la règle de l'UER selon laquelle ses membres sont tenus de s'abstenir d'engager des négociations séparées dès que les négociations collectives ont commencé ; qu'à ce sujet, la commission a cependant expressément souligné (par. 96) que les membres de l'UER *«sont libres de s'engager dans des négociations séparées dès lors que l'échec des négociations collectives a été officiellement constaté»* ; qu'enfin, la Commission s'est assurée que la concurrence n'avait pas été éliminée pour une partie substantielle des produits en cause ; qu'à cet égard, elle a relevé que l'UER ne s'occupait en principe que des manifestations internationales, alors que les manifestations nationales constituent la majeure partie des programmes sportifs présentés à la télévision ; que le système de l'UER est soumis à une concurrence de plus en plus vive tandis que sa position s'est affaiblie au cours des dernières années ; qu'enfin, l'exemption, d'une durée limitée, a été accordée sous des conditions d'accès des télévisions non membres de l'UER au bénéfice du système ;

Considérant que, sans qu'il soit exclu que le GIE Sport libre puisse bénéficier, notamment à la suite de la notification qui a été faite de sa création à la Commission, de ce type d'exemption, un certain nombre des caractéristiques de ce groupement pourraient, sous réserve de l'instruction au fond, poser de difficultés ; qu'il en va ainsi de la date et du contexte de la création du GIE, qui pourraient éventuellement faire penser que l'objectif recherché était d'exercer une pression sur RMC Info ou de l'empêcher de réaliser

une diffusion des retransmissions des matchs de la Coupe du monde sur l'ensemble du territoire national ; que, de même, mérite examen la circonstance que les principales radios généralistes y ont adhéré, et que l'objet du GIE vise l'ensemble des manifestations sportives ; que cette double circonstance pourrait conduire à s'interroger sur le point de savoir si une concurrence suffisante existe encore sur le marché des droits sportifs radio-phoniques ; que, à la différence de la centrale d'achat examinée par la Commission, les adhérents, en cas d'échec des négociations entre un vendeur de droits et le GIE, ont contractuellement l'interdiction de négocier individuellement avec le vendeur ; qu'en effet, l'article 7, alinéa 4 du contrat constitutif du GIE stipule que *«dès qu'un radiodiffuseur ou un syndicat (ou association) de radiodiffuseurs devient membre du groupement, il abandonne toute possibilité de négocier des droits pour son propre compte»* ; que l'article 2 alinéa 4 du règlement intérieur prévoit que *«quand bien même un seul membre serait intéressé par l'acquisition de droits, cette acquisition sera opérée par le groupement»* ; que l'article 8 du même règlement intérieur prévoit, dans son alinéa 1^{er}, que *«les membres s'interdisent de solliciter, négocier, acquérir, en propriété ou sous forme de licence, séparément les droits»* ; que, d'ailleurs, l'article 2 alinéa 2 du règlement intérieur est particulièrement explicite puisqu'il prévoit que *«si un membre veut négocier et/ou acquérir en dehors du groupement des droits, il devra préalablement se retirer du groupement dans les conditions prévues à l'article 8 du contrat constitutif»* ; que cette possibilité de retrait paraît particulièrement malaisée puisque l'article 8 du contrat constitutif le soumet à la condition d'un préavis de deux mois (alinéa 1 : *«Tout membre du Groupement peut se retirer à tout moment, sous réserve qu'il ait exécuté ses obligations et moyennant préavis adressé au Conseil d'administration, deux mois au moins à l'avance, par lettre recommandée avec demande d'avis de réception»*) et interdit une réadhésion pendant un an (alinéa 5 : *«En cas de retrait, l'ancien membre ne peut solliciter à nouveau son entrée dans le Groupement avant un délai d'un an à compter de la prise d'effet du retrait»*) tandis que la négociation individuelle entraîne, en vertu de l'article 8 alinéa 2 du règlement intérieur le paiement au GIE d'une pénalité financière égale au montant des droits (*«En cas de non respect de cet engagement, le membre contrevenant devra régler au GIE une pénalité égale au montant qu'il aura payé pour l'acquisition des dits droits»*) ; qu'en outre, l'article 2 alinéa 3 du règlement intérieur et l'article 8 alinéa 4 deuxième phrase du contrat constitutif prévoient aussi qu'à *«compter de son retrait, pour quelque raison que ce soit, le membre concerné perd tous ses droits sur les droits et acquisitions passés, en cours ou réalisés par le Groupement»* ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que, sous réserve d'une instruction au fond, il n'apparaît pas exclu que la création du GIE puisse être constitutive d'une entente anticoncurrentielle insusceptible d'être exemptée au nom du progrès économique ;

■ 3. - Sur les autres pratiques

Considérant que les faits exposés par la société saisissante relatifs aux négociations avec le GIE, aux actions menées par les dirigeants du GIE en direction de la presse et des sociétés du groupe Kirch, aux déclarations sur la valeur des droits acquis par RMC Info et sur les relations entre le SIRTl et le GIE sont susceptibles de diverses interprétations ; que ces pratiques peuvent être considérées soit comme des actions visant à défendre des positions de principe relativement à la question des droits exclusifs radiophoniques soit comme des éléments d'une politique visant à empêcher RMC Info de réaliser ses objectifs commerciaux ; que ces comportements émanant d'organisations qui rassemblent plusieurs entreprises, il n'est, ainsi, pas exclu sous réserve d'une instruction contradictoire sur le fond, qu'ils puissent, en tout ou partie, être qualifiés d'entente anticoncurrentielle ;

■ IV. - Sur les demandes de mesures conservatoires

Considérant qu'accessoirement à la saisine au fond, la société RMC Info fait valoir que les pratiques du GIE Sport libre et de ses membres et les pratiques du SIRTl doivent donner lieu, à titre conservatoire, au prononcé des mesures qu'impose l'urgence de la situation ; que les pratiques dénoncées porteraient une atteinte grave et immédiate à la société RMC Info en ce qu'elles remettraient en cause tout le bénéfice que cet opérateur pourrait tirer du contrat d'exclusivité conclu avec la société Kirchmédia, tant en terme d'audience qu'en termes financiers ; que le redressement de la situation financière de RMC Info serait ainsi gravement compromis ; qu'elle soutient aussi, que les recettes publicitaires des stations de radios sont directement liées à l'audience dont elles bénéficient ; que la diffusion à titre exclusif des matchs de la Coupe du monde de football 2002 est de nature à permettre à RMC Info d'augmenter sensiblement son audience sur une courte période de temps et de fidéliser cette audience à long terme ; que le fait de détenir une exclusivité de retransmission d'un événement sportif permet à lui seul d'attirer de nombreux annonceurs ;

Considérant que RMC Info considère que l'urgence de la situation est caractérisée dès lors que les accords avec les annonceurs relatifs à la vente des espaces publicitaires pour la période de la prochaine Coupe du monde doivent être négociés dès maintenant ;

Considérant que la société RMC Info soutient également que les pratiques dénoncées porteraient une atteinte grave et immédiate au marché et à l'intérêt des consommateurs dans la mesure où la population du nord de la France sera privée de la retransmission radiophonique de la Coupe du monde de football ; qu'enfin, cette société considère que les pratiques dénoncées portent une atteinte grave et immédiate au secteur dans la

mesure où les affrontements publics et judiciaires entre professionnels qui se manifestent par des pratiques de dénigrement et de boycottage ont un impact négatif non seulement sur la victime de ces pratiques, mais également sur l'image d'une profession dans son ensemble ;

Considérant que la société RMC Info demande, en conséquence, au Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article L. 464-1 du code de commerce :

1) de suspendre toutes les clauses du contrat constitutif du GIE Sport libre et de son règlement intérieur visant à limiter la liberté de ses membres de négocier et/ou de conclure tout accord relatif à la retransmission d'événements sportifs à titre individuel,

2) d'interrompre toute communication par le GIE et/ou ses membres visant à contester la licéité des droits exclusifs de radiodiffusion de la Coupe du monde de football 2002 détenus par RMC Info, et la licéité du contrat conclu entre RMC Info et Kirchmedia,

3) de diffuser un communiqué de presse par le GIE et ses membres, à l'ensemble des supports d'information utilisés par le GIE et ses membres dans le cadre de leur campagne à l'encontre de RMC Info, et par radiodiffusion sur les antennes des membres du GIE, indiquant que :

- Le GIE Sport libre reconnaît que ses membres sont libres de négocier et de conclure individuellement un contrat portant sur la retransmission radiophonique de la Coupe du monde 2002,
- Le GIE Sport libre et chacun de ses membres reconnaissent la validité du contrat conclu entre GIE Info et Kirchmedia portant sur l'exclusivité de la retransmission radiophonique de la Coupe du monde 2002 et s'engagent à ne pas violer cette exclusivité,
- Le GIE Sport libre reconnaît que RMC Info dispose d'une couverture lui permettant d'être perçue par une partie substantielle des auditeurs situés sur le territoire français, qui pourront bénéficier de la retransmission radiophonique de la Coupe du monde 2002,
- Le GIE Sport libre reconnaît que RMC Info s'est toujours montré ouvert à la conclusion d'un partenariat permettant de compléter la couverture nationale de la retransmission radiophonique de la Coupe du monde de football 2002.

4) d'interdire aux membres du GIE Sport libre de commercialiser tout espace publicitaire directement ou indirectement par le biais de leur régie publicitaire, en utilisant comme argumentaire de vente un quelconque droit de retransmission de la Coupe du monde de football 2002, sauf à être relevé de cette interdiction au titre d'un accord conclu à cette fin avec RMC Info ;

5) de diffuser à l'ensemble des professionnels de la radiodiffusion et de la publicité, par lettre recommandée avec accusé de réception, les mesures conservatoires prononcées au titre de la présente procédure.

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce, les 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 les pièces du dossier n'établissent pas que la société RMC Info se trouverait dans une situation particulièrement difficile ; qu'elle a ainsi pu procéder à l'acquisition de droits litigieux pour un montant de 564 000 € alors qu'elle ne pouvait ignorer que la passation d'accords de sous-licence pouvait se heurter à un certain nombre de difficultés ; que d'ailleurs, M. Alain Weill, son président a déclaré dans une dépêche Satellifax du 6 février 2002 : *«Je suis très serein car nous avons déjà amorti commercialement l'acquisition des droits»* ; que les derniers résultats des sondages Médiamétrie montrent qu'elle a augmenté son audience ; qu'il n'a, par ailleurs, pas été établi que les pratiques dénoncées la placerait dans une situation irrémédiable ;

Considérant qu'il ne peut être sérieusement soutenu que les pratiques dénoncées par RMC Info feraient courir un danger grave et immédiat au secteur de la radio ;

Considérant, en revanche, que le fait, pour RMC Info, de ne pouvoir négocier qu'avec un interlocuteur unique, le GIE, qui au demeurant, a fait état de ses réserves quant au principe de la cession de droits de diffusion exclusifs sur les événements sportifs, rend la conclusion d'un accord entre RMC et une autre radio beaucoup moins probable que si chacune des grandes radios avait développé une politique d'achat de droits en toute indépendance ; que la situation dénoncée par RMC Info peut donc contribuer soit à ce que les auditeurs demeurant dans la partie du territoire français non couverte par cette radio ne puissent pas écouter la retransmission des matchs de la Coupe du monde de football soit à ce que le contrat soit dénoncé par la société Kirchmédia avec des effets difficilement prévisibles sur les possibilités de transmission ; que, dans ces conditions, et compte tenu du délai restreint qui sépare la présente décision du début de la Coupe du monde, il y a lieu de considérer qu'il existe un risque grave et immédiat qu'il soit porté atteinte à l'intérêt des consommateurs-auditeurs ; que la situation justifie d'autant plus des mesures d'urgence que, compte tenu du décalage horaire existant entre la France et les pays où se déroulent les matchs, une partie importante des personnes intéressées ne pourront pas les regarder à la télévision alors qu'elles pourraient les écouter à la radio ;

Considérant, dès lors, qu'il convient, dans l'attente de la décision au fond, de replacer les opérateurs dans une situation où les politiques d'achat de droits des grandes radios pour l'événement constitué par la Coupe du monde 2002 du football ne seront pas nécessairement communes, de façon à permettre à RMC Info de négocier indépendamment avec chaque radio, si elle ne parvient pas à un accord avec le GIE ; que, dans ce but, il y a lieu d'enjoindre au GIE de suspendre pour l'acquisition des droits relatifs à cet événement l'application des clauses de son contrat constitutif et de son règlement intérieur visant à limiter la liberté de ses membres de négocier et/ou de conclure tout accord relatif à la retransmission d'événements sportifs, à savoir les articles 2 alinéas 2 et 3 et 8 alinéas 1 et 2 du règlement intérieur et les articles 7 alinéa 4, et 8, alinéas 1, 4 deuxième phrase et 5 du contrat constitutif ;

Décide

Article unique - Il est enjoint au GIE Sport libre de suspendre, en ce qui concerne l'acquisition des droits radiophoniques pour les matchs de la Coupe du monde 2002 du football, les clauses de son contrat constitutif et de son règlement intérieur, visant à limiter la liberté de ses membres de négocier et/ou de conclure, à titre individuel, tout accord relatif à la retransmission d'événements sportifs à savoir les articles 2 alinéas 2 et 3, et 8 alinéas 1 et 2 du règlement intérieur et les articles 7 alinéa 4, et 8 alinéas 1, 4 deuxième phrase et 5 du contrat constitutif.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Daudret-John, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M. Nasse, vice-président et M. Piot, membre, en remplacement de M. Jenny, vice-président, empêché.

La secrétaire de séance,
Françoise Hazaël-Massieux

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-MC-07

Décision n°02-MC-07 du 15 mai 2002 relative à une saisine présentée par la société Pharma-Lab

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu les lettres enregistrées le 11 juillet 2000 sous le numéro F 1249 et le 22 janvier 2002 sous les numéros 01/1249/F et 02/0008/M par lesquelles la société Pharma-Lab a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les laboratoires Pfizer et GlaxoSmithKline (anciennement Glaxo Wellcome) qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu la décision n° 00-MC-14 du 23 octobre 2000 relative à une saisine présentée par la société Pharma-Lab ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ainsi que les sociétés Pfizer et GlaxoSmithKline ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés Pharma-Lab, GlaxoSmithKline et Pfizer entendus lors de la séance du 9 avril 2002 ;

Mesures conservatoires / 02-MC-07

1003

I. - Les pratiques dénoncées

Considérant que la société Pharma-Lab a été autorisée, par arrêté ministériel du 2 octobre 1995, à ouvrir un établissement pharmaceutique de distribution en gros à l'exportation, avenue de Versailles à Paris ; qu'aux termes de l'article 2 dudit arrêté, l'établissement a pour activité l'exportation de médicaments, à l'exception de produits stupéfiants, en dehors du territoire national ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 5111-1 du code de la santé publique : «*On entend par médicament toute substance ou composition présentée comme possédant des propriétés curatives ou préventives à l'égard des maladies humaines ou animales, ainsi que tout produit pouvant être administré à l'homme ou à l'animal, en vue d'établir un diagnostic médical ou de restaurer, corriger ou modifier leurs fonctions organiques...*» ; que, selon l'article L. 5111-2 du même code : «*On entend, par*

spécialité pharmaceutique, tout médicament préparé à l'avance, présenté sous un conditionnement particulier et caractérisé par une dénomination spéciale» ;

Considérant que la société Pharma-Lab achète des produits pharmaceutiques à des laboratoires situés en France pour les revendre ensuite exclusivement dans les pays de l'Union européenne ;

Considérant que la société Pharma-Lab expose que, par lettre du 4 janvier 2001, elle a complété sa saisine initiale datée du 10 juillet 2000 en dénonçant la décision prise par la société Pfizer de cesser totalement les livraisons de la spécialité dénommée Tahor et qu'elle complète encore cette saisine en dénonçant les pratiques mises en œuvre par la société GlaxoSmithKline consistant à cesser ses livraisons d'un ensemble de 26 produits issus de 16 spécialités ;

Considérant que la saisissante indique à cet égard, en premier lieu, que, par lettre en date du 27 décembre 2000, la société Pfizer l'a informée qu'elle interrompait totalement à compter du 1^{er} mai 2001 ses livraisons de Tahor, spécialité précédemment exploitée par la société Parke Davis, qui, depuis, a fait l'objet d'une fusion avec la société Pfizer et que cette interruption est effective depuis cette date et en second lieu, que la société GlaxoSmithKline lui a fait savoir, par lettre du 30 novembre 2001, qu'elle interrompait ses livraisons dans les conditions ci-après :

«... Conformément au processus d'intégration en cours au sein du Groupe GlaxoSmithKline, afin d'améliorer et d'optimiser la fourniture de nos produits auprès des grossistes-répartiteurs, opérateurs autorisés à revendre ces produits sur le territoire français, dans le respect des dispositions du Code de la santé publique, des obligations de Service Public qui leur incombent légalement, et de notre mission de Santé Publique, GlaxoSmithKline a décidé, au-delà d'un délai de six (6) mois, de ne plus honorer vos commandes. Dès lors, à compter de la date de la présente, vous bénéficiez d'une période transitoire, de préavis, d'une durée de six (6) mois au cours de laquelle nous pourrons vous fournir, sous réserve de la réception de vos commandes, une quantité mensuelle maximale de produits de surplus, basée sur la moyenne de vos achats effectifs des produits concernés, sur le premier semestre de l'année 2001. Vous trouverez, joint en annexe au présent courrier, les quantités maximales autorisées de produits, qui pourraient vous être délivrées mensuellement pendant cette période transitoire. En conséquence, au terme du délai de préavis de six mois, mentionné ci-dessus, aucune de vos commandes de produits ne sera acceptée ni honorée (...)» ; que cette interruption concerne les produits Ceporexine, Combivir, Deroxat, Engerix, Epivir, Flixotide, Havrix, Lamictal, Imigrane, Naramig, Requip, Serevent, Twinrix, Zelitrex et Zinnat ;

Considérant que la société Pharma-Lab soutient que les décisions prises par ces deux laboratoires procèdent d'une politique visant à restreindre le commerce parallèle des médicaments et à cloisonner les marchés des États membres, ainsi qu'ils l'ont, à plusieurs reprises, exprimé de manière explicite ; qu'en effet, la société Pfizer, assignée par ses soins devant le tribunal de commerce d'Evry pour des refus de livraisons successifs et répétés

du produit Tahor, a admis avoir établi, à partir du début de l'année 2001, *«une nouvelle politique de distribution»*, reposant *«sur le principe selon lequel chaque filiale nationale du groupe Pfizer en Europe est chargée d'assurer une distribution du Tahor permettant de satisfaire les besoins des patients et des médecins dans le pays concerné. A cette fin, chaque entité nationale évalue les besoins de son marché local et, après validation par sa maison-mère, lui sont alors allouées, par le centre de production de Pfizer, les quantités de produits Tahor destinés à satisfaire ces besoins. Dans le cadre de cette nouvelle politique d'approvisionnement, Pfizer France a unilatéralement décidé, d'une part, de limiter les quantités vendues aux grossistes-répartiteurs sur une base objective et, d'autre part, de mettre un terme à ses relations avec les grossistes-exportateurs, puisque statutairement, ils ne sont pas habilités à livrer le marché français»* ; que ces termes visent ainsi directement l'activité de commerce parallèle ; que, par ailleurs, il résulte d'un communiqué publié le 5 août 2001 à l'occasion de la décision du 8 mai 2001 relative au système de double prix instauré par la société Glaxo-Wellcome en Espagne, que la Commission européenne a déclaré : *«GW ne conteste pas que le système de double prix tend à entraver le commerce parallèle...»* ; que cette stratégie de la société GlaxoSmithKline ressort avec évidence du rapprochement des courriers qui lui ont été envoyés et de ceux adressés au grossiste-répartiteur, CERP Lorraine, cette stratégie consistant, d'une part, à appliquer aux grossistes-répartiteurs, liés par des obligations d'approvisionnement des officines installées sur le territoire français, des quantités forfaitaires déterminées en fonction des moyennes historiques et d'une évaluation des besoins des patients et des médecins en France, d'autre part, à couper toute source d'approvisionnement direct aux grossistes qui ont pour unique activité l'exportation, notamment intracommunautaire ;

II. - La défense au fond des laboratoires

Considérant que le laboratoire Pfizer soutient qu'aucune pratique anti-concurrentielle ne peut lui être reprochée ; que sa politique est le résultat d'une réflexion plus générale menée en novembre 2000 par le groupe Pfizer à la suite du rachat et de l'intégration du groupe Warner-Lambert, réflexion au terme de laquelle elle a unilatéralement décidé de répartir les quantités de produits Tahor qui lui sont allouées en fonction d'un critère objectif, celui de la part de marché détenue par ses clients sur le marché français ; que cette nouvelle politique interne et unilatérale est appliquée indistinctement à tous les grossistes, répartiteurs et exportateurs, sans qu'elle ait fait l'objet d'une acceptation par les uns ou par les autres ; que, par ailleurs, à supposer que son comportement et celui du laboratoire GlaxoSmithKline puissent être considérés comme parallèles, ils sont justifiés par des facteurs autres qu'une concertation, puisque, chacun à leur manière, ils ont tenté de protéger de façon légitime leurs intérêts propres ; qu'au surplus, les pratiques dénoncées n'ont pas d'effet sur la concurrence puisque les refus de

vente ne portent pas sur des produits concurrents ; que le laboratoire Pfizer allègue également qu'il ne détient pas de position dominante sur le marché pertinent qu'il définit comme étant le marché français des hypolipémiants (ou anticholestérols/triglycérides), la part du Tahor ne représentant guère plus de 25 % de ce marché, moins que l'Elisor/Vasten qui détient plus de 26 %, les autres concurrents tels le Zocor/Lodales détenant plus de 21 % ;

Considérant que le laboratoire GlaxoSmithKline expose, pour sa part, que sa politique ne peut pas s'analyser comme une éventuelle entente horizontale entre fabricants, puisque plus d'une année sépare son comportement de celui adopté par Pfizer et concerne un nombre de produits différents ; que du fait du caractère unilatéral de son comportement, aucun accord, fût-ce tacite, avec les grossistes ne saurait lui être reproché ; qu'il fait encore valoir que si le marché pertinent est celui des produits pharmaceutiques ou celui du négoce de ces produits, il ne se trouve pas en position dominante et que, s'il existait un marché produit par produit dans sa dimension nationale, ce marché ne correspondrait pas à celui sur lequel intervient Pharmalab, puisque l'activité de celle-ci ne concerne que les médicaments dont le différentiel de prix entre les États membres rend le commerce parallèle intéressant en termes financiers, indépendamment de la destination thérapeutique des produits ; que dès lors, du point de vue des importateurs, les produits visés sont interchangeables et substituables ;

Considérant que la société Pharma-Lab soutient que les pratiques en cause, qu'elles soient analysables sous l'angle du contrôle des ententes, article 81 du traité de Rome, ou sous celui de l'abus de position dominante, article 82 du même traité, sont dirigées contre l'objet même des traités européens, à savoir la création d'un marché intérieur unifié et qu'elles ont donc un caractère anticoncurrentiel ; qu'elle demande au Conseil de la concurrence, dans l'attente de la décision au fond, de prononcer des mesures conservatoires ;

1006

III. - Sur la saisine au fond

■ 1. - Sur l'existence d'une saisine au fond

Considérant que l'article 12 du décret précité du 29 décembre 1986 modifié énonce que «*La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article 12 de l'ordonnance (devenu l'article L. 464-1 du code de commerce) 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*» ; qu'une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond est recevable et ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'article L. 462-8 du code de commerce ; qu'en outre, la demande de mesures conservatoires doit être, en elle-même, recevable ;

Considérant que la société GlaxoSmithKline soutient que les pratiques dénoncées sont différentes dans leur objet, leur nature et leur étendue de

celles qui ont fait l'objet de la saisine initiale et que, faute pour la société Pharma-Lab d'avoir saisi le Conseil de la concurrence au fond de ces nouvelles pratiques comme le prévoit l'article 12 du décret du 29 décembre 1986 précité, la saisine doit être déclarée irrecevable ;

Mais considérant que la société Pharma-Lab, par lettre du 4 janvier 2001, a indiqué compléter sa saisine initiale en y ajoutant les pratiques résultant de la décision prise par la société Pfizer à l'égard du produit Tahor et qu'elle a précisé, dans le courrier, enregistré le 22 janvier 2002, susvisé, accompagnant sa demande de mesures conservatoires, qu'elle complétait sa saisine initiale *« en tant qu'elle concerne la société GlaxoSmithKline »* pour la cessation de livraison des 26 produits qu'elle énonce ; qu'en outre, rien ne s'oppose à ce qu'une demande de mesures conservatoires puisse concerner des éléments nouveaux intervenus postérieurement à la saisine au fond, dès lors qu'ils se rattachent aux pratiques initialement dénoncées ;

■ 2. - Sur la compétence du Conseil de la concurrence

Considérant que la société GlaxoSmithKline oppose qu'en l'absence d'effet des pratiques dénoncées sur le marché national, le Conseil de la concurrence est incompétent pour appliquer les articles 81 et 82 du traité de Rome ; qu'elle expose à cet égard que la Commission européenne, dans sa communication sur la coopération entre elle-même et les autorités de concurrence des États membres, publiée le 15 octobre 1997, a précisé qu' *« en principe les autorités nationales traiteront les affaires qui produisent essentiellement leurs effets sur leur territoire (...) »* ;

Mais considérant que dans sa décision n° 00-MC-14 du 23 octobre 2000, le Conseil de la concurrence a déjà reconnu sa compétence pour connaître des pratiques dénoncées en l'espèce ; qu'il a indiqué à cet égard qu'ayant reçu compétence en vertu de l'article L. 470-6 du code de commerce pour appliquer les articles 81 et 82 du traité de Rome, il *« (...) doit donc assurer le plein effet de ces dispositions ; que celles-ci sont applicables si les pratiques anticoncurrentielles en cause sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres ; qu'il en résulte que le Conseil de la concurrence est compétent pour appliquer ces normes à des pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet, d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, même si ces pratiques n'ont pas d'effet sur le territoire français ; (...) »* ; que le Conseil a ajouté que cette position était conforme à sa décision n° 97-D-68 relative à des pratiques relevées dans le secteur des films radiographiques et des films destinés aux arts graphiques industriels ; qu'en effet, dans cette décision il avait estimé que les pratiques dénoncées si elles n'avaient pas eu d'effet ou d'objet anticoncurrentiel sur le territoire national étaient contraires aux dispositions de l'article 85-1 du traité de Rome et susceptibles, comme telles, d'être sanctionnées par lui ;

Considérant, au surplus, que s'agissant de pratiques émanant de laboratoires installés en France dont il est allégué qu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter les exportations parallèles vers les territoires

d'autres États membres de l'Union, les autorités de la concurrence de ces autres États, à supposer qu'elles soient saisies, ne disposent pas de pouvoir d'enquête en dehors de leur territoire et, en particulier en France, leur permettant de mener à bien les investigations nécessaires à la mise en évidence de l'existence de ces pratiques et, par ailleurs, ne peuvent, en l'état des droits nationaux et du droit européen, obtenir l'aide de la Commission européenne ou celle des autorités de la concurrence du pays dans lequel les pratiques ont été initiées ; qu'ainsi, sauf à ce que la Commission européenne ouvre une procédure, il incombe au Conseil, seule autorité nationale de l'Union disposant en l'espèce des pouvoirs d'enquêtes nécessaires, d'examiner la licéité des pratiques en cause au regard des articles 81 et 82 du traité ; que, dès lors, le moyen ne peut qu'être écarté ;

■ 3. - Sur l'éventuelle contrariété entre la décision du Conseil de la concurrence et la position des autorités communautaires

Considérant que la société GlaxoSmithKline soutient que la Commission des communautés européennes a déjà été saisie de la présente affaire, ainsi que de l'ensemble de la restructuration du secteur de la distribution de produits pharmaceutiques ; que, de plus, elle a été saisie au contentieux de la modification du système de distribution de GlaxoSmithKline ; qu'en conséquence, le Conseil doit, soit renvoyer l'affaire à la Commission, soit surseoir à statuer ;

Mais considérant qu'aucun élément du dossier n'établit qu'à ce jour, un contentieux relatif aux pratiques dénoncées en l'espèce aurait été introduit devant la Commission des communautés européennes, ni que celle-ci aurait décidé d'instruire une telle affaire ; que si la société GlaxoSmithKline a pu notifier ses nouvelles conditions de distribution, aucun élément du dossier ne démontre non plus que la Commission aurait pris une quelconque position de nature à empêcher le Conseil de la concurrence d'examiner la demande de mesures d'urgence présentée en l'espèce ; que dès lors, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer ;

■ 4. - Sur l'applicabilité des articles 81 et 82 du traité de Rome aux pratiques dénoncées

Considérant que les produits pharmaceutiques achetés par la société Pharma-Lab sont destinés à être exportés ; que des pratiques anticoncurrentielles qui viendraient perturber cette activité affecteraient le commerce entre États membres et seraient donc, si elles étaient établies, susceptibles d'être prohibées par les articles 81 et 82 du traité de Rome ;

Considérant que la société Pharma-Lab allègue qu'elle se heurte, depuis le 1^{er} mai 2001, à une interruption totale de livraison du produit Tahor commercialisé par la société Pfizer ; que cette dernière indique qu'elle a unilatéralement décidé de répartir les quantités de produits Tahor qui lui sont allouées en fonction d'un critère objectif, la part de marché détenue par ses

clients sur le marché français et qu'elle n'est, en outre, pas en état de position dominante sur le marché ; que la société saisissante expose aussi que la société GlaxoSmithKline lui a fait connaître, par lettre en date du 30 novembre 2001, qu'elle cesserait les livraisons de plusieurs produits dans un délai de six mois et que, durant la période intérimaire, les livraisons desdits produits seraient très limitées ; que cette dernière soutient qu'elle a adopté un comportement unilatéral et que, de plus, ce comportement ne peut pas constituer un abus de position dominante ;

Considérant que les pratiques ainsi dénoncées s'inscrivent dans le cadre de la saisine initiale pour laquelle, par sa décision n° 00-MC-14 du 23 octobre 2000 précitée, le Conseil de la concurrence a estimé qu'il ne pouvait être exclu que les difficultés auxquelles la société Pharma-Lab a été confrontée *«(...) résultent d'une entente tacite ou expresse entre les laboratoires... pour s'opposer à l'exportation de produits pharmaceutiques afin de réduire la concurrence par les prix dans le marché commun ; que, par ailleurs, il ne (pouvait) être exclu, ni que certains des laboratoires en cause (dont Pfizer et Glaxo Wellcome) détiennent une position dominante sur le marché d'un médicament pour lequel il n'existe pas de substitut, ni que la société Pharma-Lab soit victime de discriminations de la part de ces laboratoires, ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence sur le marché commun et d'entraver le commerce entre États membres»* ; que dans la mesure où les décisions et agissements qui font l'objet de la nouvelle demande de mesures conservatoires présentent un caractère de continuité et un lien évidents avec les pratiques ainsi examinées, il ne peut être exclu qu'elles entrent dans le champ d'application des articles 81 et 82 du traité de Rome ; que la demande de mesures conservatoires présentée par la société Pharma-Lab n'est donc pas manifestement irrecevable ;

Mesures conservatoires / 02-MC-07

1009

IV. - Sur la demande de mesures conservatoires

Considérant qu'accessoirement à sa saisine au fond, la société Pharma-Lab demande au Conseil de la concurrence de prononcer, par application de l'article L. 464-1 du code de commerce, les mesures conservatoires suivantes :

Enjoindre aux laboratoires Pfizer et GlaxoSmithKline :

«1. de poursuivre, jusqu'à intervention de la décision au fond, les livraisons de la société Pharma-Lab dans les conditions suivantes :

«- pour le Tahor, sur la base de la moyenne sur 18 mois des quantités totales livrées d'octobre 1999 à décembre 2000 et commandées de janvier 2001 à septembre 2001 ;

«- pour les produits anciennement commercialisés par la société SmithKline Beecham (Deroxat-2 références-, Engerix, Havrix, Requip -5 références-, Twinrix), sur la base de la moyenne des livraisons effectuées d'octobre 1999 à septembre 2001 ;

«- pour les produits anciennement commercialisés par la société Glaxo Wellcome (Ceporexine, Epivir, Combivir, Flixotide, Imigrane, Lamictal (2 références), Naramig (2 références), Serevent (3 références), Zelitrex (2 références), Zinnat, sur la base de la moyenne mensuelle des quantités livrées d'octobre 1999 à décembre 2000, et des quantités commandées de janvier 2001 à septembre 2001.

«2. de communiquer au Conseil de la concurrence, tous les trois mois à compter de la décision, l'état des livraisons effectuées en application de cette injonction» ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001 : «Le Conseil de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. 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» ;

1010

■ 1. - Sur l'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur intéressé ou à l'intérêt des consommateurs

Considérant que la société Pharma-Lab prétend que les refus de vente, qu'elle dénonce, portent une atteinte à l'économie du secteur de l'exportation des médicaments, ainsi qu'à l'existence de la concurrence et des échanges intracommunautaires puisque, par leurs décisions, les laboratoires GlaxoSmithKline et Pfizer excluent des activités à l'exportation une catégorie entière d'opérateurs, sans que les grossistes-répartiteurs soumis à un contingentement puissent constituer une source alternative directe ou indirecte d'approvisionnement ; qu'elle ajoute que si elles ne sont pas suspendues en urgence par une décision du Conseil de la concurrence, les pratiques en cause auront très certainement un effet d'entraînement sur le reste du secteur ;

Considérant en premier lieu que, dans de nombreux pays de l'Union européenne, des réglementations nationales imposent aux laboratoires ou aux grossistes d'approvisionner le marché local de telle sorte que cet approvisionnement est assuré même en l'absence d'importations parallèles ; qu'en deuxième lieu, dans de nombreux pays de l'Union européenne, des réglementations nationales limitent la liberté de fixation des prix des médicaments par les laboratoires, les grossistes ou les distributeurs ; qu'en troisième lieu, dans un certain nombre de pays de l'Union européenne, les médicaments faisant l'objet d'une prescription médicale sont, en partie ou

en totalité, remboursés aux patients de telle sorte que l'élasticité prix de la demande pour les médicaments délivrés par les pharmacies est faible ou nulle et, qu'à supposer que les pharmaciens disposent d'une certaine liberté de fixation du prix des médicaments, ils ne sont pas incités à faire bénéficier les patients de prix inférieurs à ceux couramment pratiqués ; qu'en quatrième lieu, s'il est possible que, dans certains pays de l'Union européenne, les établissements de santé qui passent des marchés pour acheter des médicaments (tels par exemple que les cliniques ou les hôpitaux) peuvent se procurer auprès des importateurs parallèles certains des médicaments concernés à des prix inférieurs à ceux proposés par les grossistes qui ne s'approvisionnent qu'auprès des fournisseurs locaux, il est également possible que ces demandeurs aient intérêt, compte tenu de leur volume d'achat, à s'adresser directement aux fabricants plutôt qu'à des intermédiaires, fussent-ils des grossistes importateurs de médicament en provenance de France ;

Considérant, qu'il résulte de ce qui précède, que l'appréciation de la gravité et de l'immédiateté de l'atteinte éventuellement portée à l'économie générale, au secteur ou à l'intérêt des consommateurs par les pratiques dénoncées ne peut résulter que d'une appréciation concrète des conditions effectives de fonctionnement des marchés concernés ;

Considérant, à cet égard, que la partie saisissante n'apporte aucun élément permettant de déterminer les pays de l'Union vers lesquels elle exporte les médicaments dont elle veut faire le commerce parallèle et le type de clientèle (grossistes importateurs ou établissements de santé) auquel elle s'adresse ou susceptible d'établir le régime de prix en vigueur dans ces pays, les obligations des laboratoires en matière d'approvisionnement du marché dans ces pays, les éventuels autres offreurs des médicaments concernés et notamment les importateurs parallèles d'autre pays que la France opérant dans les territoires des pays importateurs, la différence entre les prix qu'elle facture aux grossistes importateurs pour les médicaments en cause et les prix auxquels ces mêmes médicaments sont facturés localement par les laboratoires aux grossistes de ces pays ; qu'elle n'apporte pas non plus d'élément précis permettant d'apprécier la mesure dans laquelle les pharmaciens des pays importateurs rétrocèdent aux patients les éventuelles baisses de prix d'achat des médicaments dont ils ont bénéficié grâce aux circuits parallèles ;

Considérant que si la société Pharma-Lab a soutenu en séance que les services d'assurance maladie du Royaume Uni et de l'Allemagne bénéficient des importations parallèles, elle n'a donné aucune précision quant à l'importance du bénéfice que retireraient ces services d'assurance maladie de ses exportations de médicaments visés par la présente demande de mesures conservatoires ; qu'elle a d'ailleurs soutenu, lors de la séance, que cet avantage ne serait pas quantifiable ; que de même elle ne fournit aucune information quant aux baisses de prix pratiquées en réponse à d'éventuels appels d'offres passés par des établissements de santé des pays importateurs par rapport aux conditions qui peuvent être obtenues localement par ces acheteurs, soit auprès des grossistes locaux qui ne recourent pas aux importations parallèles, soit auprès des laboratoires ;

Considérant ainsi, que si la société saisissante a soutenu, lors de la séance, que l'activité d'arbitrage développée par les grossistes importateurs dont elle fait partie a pour effet de faire baisser les prix des médicaments, elle

s'est contentée d'affirmations générales et n'a apporté aucun élément concret permettant de caractériser l'existence d'une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur ou à l'intérêt des consommateurs du fait des pratiques qu'elle dénonce ;

Considérant que s'agissant de l'atteinte portée à ses intérêts, la société saisissante soutient que l'impact des décisions adoptées par les laboratoires Pfizer et GlaxoSmithKline dépasse de beaucoup la perte de ses volumes d'achats dans la période récente ; que les décisions des laboratoires affectent «des produits phares» dont la détention permet d'obtenir d'autres commandes ; qu'au surplus, elle ne dispose pas de solutions de remplacement, les grossistes-répartiteurs qu'elle a contactés n'ayant pas réservé de suite favorable à ses demandes des produits dont la livraison lui est refusée par les laboratoires ; qu'il ne lui est, enfin, pas possible de substituer, dans son offre, des produits non contingentés à des produits contingentés ou faisant l'objet d'une interruption complète de livraison, les importateurs disposant de licences d'importation spécifiques par spécialités pharmaceutiques ;

Mais considérant en premier lieu, que l'existence d'un manque à gagner est, à lui seul, insuffisant pour constituer une atteinte grave et immédiate justifiant l'adoption de mesures d'urgences ; que si, pour la période 2000/2001, les achats effectués par la société Pharma-Lab auprès des laboratoires Pfizer et GlaxoSmithKline ont diminué de 96 MF à 86 MF, son chiffre d'affaires réalisé avec les produits distribués par le groupe Glaxo a baissé de 22,36 MF (soit - 30 %), et si sa marge brute a chuté de 2,38 MF (soit - 45 %), il résulte, toutefois, des données fournies par elle que l'ensemble de ses ventes de marchandises a baissé dans une proportion peu importante, soit 3,43 % ; qu'en outre, son chiffre d'affaires net total est passé de 515,7 MF (exercice 1999/2000) à 498,5 MF dont 1,8 MF pour la France sur la période 2000/2001, soit une diminution de 3,35 % ; qu'à supposer qu'il soit établi que ces baisses soient dues aux comportements des laboratoires mis en cause, elles sont insuffisantes pour caractériser une atteinte grave portée à l'entreprise plaignante ; qu'en séance, la société Pharma-Lab n'a pas fourni d'éléments précis sur la valeur réelle de sa perte de marge et de chiffre d'affaires ;

Considérant en second lieu, que si la société Pharma-Lab se heurte à des refus d'approvisionnement de la part des grossistes répartiteurs et si elle ne peut pas substituer un médicament commandé à un autre, dans la mesure où ses clients disposent d'une licence d'importation pour chaque produit qu'ils achètent, elle ne fournit, toutefois, et alors même qu'elle n'a aucune obligation de détenir des gammes complètes de produits, aucune indication ou aucun élément établissant qu'elle ne pourrait compenser la perte de chiffre d'affaires qu'elle subit avec Pfizer son troisième fournisseur, et celle inévitable, qu'elle va subir avec GlaxoSmithKline son deuxième fournisseur, par le développement de relations commerciales avec d'autres produits et d'autres laboratoires ; qu'elle n'apporte pas non plus d'éléments sur les difficultés que rencontreraient ses clients pour obtenir de nouvelles licences d'importation que, dès lors, elle ne saurait se prévaloir de son volume d'activité potentiel pour établir la gravité et l'immédiateté d'un éventuel préjudice ;

Considérant que l'ensemble des éléments qui précèdent ne sont pas suffisants pour établir que les pratiques dénoncées par la partie saisissante causent une atteinte grave et immédiate à l'économie en général, au secteur concerné, à l'intérêt des consommateurs ou à la société Pharma-Lab elle-même nécessitant l'adoption de mesures d'urgence ; que, par suite, la demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0008/M doit être rejetée ;

Décide

Article 1 : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0008/M est rejetée.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} de Mallmann, par M. Jenny, vice-président, en remplacement de M^{me} Hagelsteen, présidente, empêchée, M^{me} Perrot, MM. Bargue, Charrière-Bournazel, Lasserre, Piot et Robin, membres.

La secrétaire de séance,
Françoise Hazaël-Massieux

Le vice-président, présidant la séance
Frédéric Jenny

Mesures conservatoires / 02-MC-07

1013

02-MC-08

Décision n°02-MC-08 du 6 juin 2002 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société autocars Mariani

Le Conseil de la concurrence (section I),

Vu la lettre enregistrée le 08 février 2001, sous les numéros 02/0022/M et 02/0021/F par laquelle la société autocars Mariani a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre par les sociétés Calvi Corse touristique, Corsicar et Gestion service qu'elle estime anticoncurrentielles et demande que des mesures conservatoires soient prononcées ;

Vu le livre IV du code du commerce relatif à la liberté des prix et à la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par la société autocars Mariani, ainsi que les sociétés Calvi Corse touristique, Corsicar et Gestion service et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, et les représentants des sociétés, Calvi Corse touristique, Corsicar et Gestion service entendus au cours de la séance du 7 mai 2002, la société autocars Mariani régulièrement convoquée ;

Considérant que la société autocars Mariani, dont le siège est situé à Calvi, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en oeuvre par les sociétés Calvi Corse touristique, Corsicar et Gestion service, à l'occasion d'une procédure de mise en concurrence initiée par le département de la Haute Corse, qu'elle qualifie d'entente anticoncurrentielle sur le fondement de l'article L. 420-1 du code de commerce ; qu'à l'appui de sa saisine, la société autocars Mariani expose que, lors du dernier appel d'offres lancé par le département de la Haute Corse, relatif au transport public de voyageurs et notamment la desserte d'établissements scolaires, elle s'est portée candidate à l'attribution de trois lots portant les numéros 208, 210 et 211 et s'est trouvée en concurrence, sur chacun de ces lots, avec deux, voire trois sociétés appartenant toutes à une même personne, Monsieur Guglielmacci, à savoir, les sociétés Calvi Corse touristique, Corsicar et Gestion service ; que ces sociétés, par leur comportement, *« créent un milieu artificiellement concurrentiel »* et *« trompent le département de la Haute Corse sur la réalité de la concurrence »* ; que ces pratiques sont constitutives d'une entente prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce ; qu'accessoirement à sa saisine, elle demande que le Conseil prononce des mesures conservatoires ;

Considérant qu'il résulte des dispositions de l'article 12 du décret du 29 décembre 1986 précité, reprises par l'article 42 du décret du 30 avril 2002,

qu'une demande de mesures conservatoires ne peut être examinée que pour autant que la saisine au fond est recevable et ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'article L. 462-8 du code de commerce ;

I. - Sur la saisine au fond

Considérant qu'il résulte des pièces non contestées du dossier que, lors de l'appel d'offres lancé au cours de l'année 2000, par le département de la Haute Corse pour l'attribution d'un certain nombre de marchés de transport scolaire, les sociétés Corsicar, Calvi Corse touristique et Gestion service ont déposé des offres concurrentes portant sur plusieurs lots ; que, sur le lot n° 208, les sociétés Corsicar et Calvi Corse touristique ont déposé respectivement des offres de 1 750 F et de 1 850 F ; que, sur le lot 210, les sociétés Calvi Corse touristique, Corsicar et Gestion service ont déposé respectivement des offres de 3 700 F, 3 400 F et 3 500 F ; que, sur le lot n° 211, les sociétés Corsicar et Gestion service ont respectivement déposé une offre de 4 100 F et de 4 400 F ; que les sociétés Calvi Corse touristique et Corsicar ont toutes deux pour gérant Monsieur Guglielmacci et que la société Gestion service, dont Monsieur Guglielmacci est actionnaire majoritaire, est, pour sa part, gérée par le gendre de ce dernier et salarié de la société Corsicar ; qu'il résulte, en outre, des pièces du dossier que ces trois sociétés envisageaient d'assurer les prestations avec les mêmes véhicules et les mêmes personnels ;

Considérant qu'en l'état du dossier, il ne peut être exclu que les sociétés Calvi Corse touristique, Corsicar et Gestion service, qui, pour les deux premières, ont le même dirigeant et pour la troisième, est détenue majoritairement par ce dirigeant tout en étant dirigée par un membre de la famille de celui-ci, et qui ont déposé des offres présentées comme concurrentes pour assurer les prestations de transport scolaire des lots n° 208, 210 et 211, aient mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce ;

II. - Sur la demande de mesures conservatoires

Considérant que la société autocars Mariani demande au Conseil de la concurrence de prononcer les mesures conservatoires suivantes :

- faire injonction à la société Calvi Corse touristique de cesser l'exécution de son marché de transport scolaire sur la ligne n° 211 Calenzana - Calvi ;

- interdire aux sociétés Calvi Corse touristique, Corsicar et Gestion service de participer aux futures procédures de mise en concurrence portant sur l'attribution de marchés scolaires sur une zone géographique qu'il appartiendra au Conseil de déterminer ;
- publier la décision du Conseil de la concurrence statuant sur les mesures conservatoires ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce, dans sa rédaction applicable après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 : *«Le Conseil de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. 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, en premier lieu, que le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour enjoindre à une société de suspendre l'exécution d'un marché public, l'appréciation de la légalité d'un acte administratif relevant de la compétence exclusive de la juridiction administrative ;

Considérant, en deuxième lieu, que la saisissante invoque, à l'appui de sa demande, *«l'imminence de nouvelles procédures de mise en concurrence»* en expliquant qu'elle a saisi le tribunal administratif de Bastia d'une demande d'annulation de la décision administrative attribuant le lot n° 211 et que cette affaire est actuellement pendante devant la juridiction administrative ;

Considérant toutefois, qu'aucun élément ne permet de savoir à quelle date il sera statué sur cette affaire ; que de surcroît, quand bien même l'attribution du marché serait annulée, cette situation ne saurait être qualifiée d'urgente dans la mesure où aucun élément ne permet de considérer comme certain que les sociétés en cause réitéreraient la pratique qui leur est reprochée ; que les faits dénoncés en l'espèce concernent des marchés qui ont déjà été attribués et que l'urgence n'est, dès lors, par constituée ;

Considérant, en troisième lieu, que la société autocars Mariani, qui a présenté des offres pour trois lots de transport scolaire, a été attributaire de deux d'entre eux ; qu'elle n'apporte aucun élément de nature à établir qu'elle se trouverait dans une situation de péril à laquelle la suspension de l'exécution du lot n° 211 pourrait remédier ni que les pratiques dénoncées porteraient une atteinte grave et immédiate à ses intérêts économiques et seraient susceptibles, notamment, d'altérer ou de compromettre son fonctionnement ; qu'elle n'apporte pas non plus d'élément de nature à établir que les pratiques dénoncées porteraient une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, ou à l'intérêt des consommateurs justifiant des mesures d'urgence ;

Décide

Article unique : La demande de mesures conservatoires enregistrée sous le numéro 02/0022/M est rejetée.

Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} Nguyen-Nied, par M. Nasse, vice-président, présidant la séance, M^{mes} Mader-Saussaye et Perrot, MM. Charrière-Bournazel, Lasserre et Piot, membres.

Le secrétaire de séance,
Thierry Poncelet

Le vice-président, présidant la séance
Philippe Nasse

Mesures conservatoires / 02-MC-08

1017

02-MC-09

Décision n°02-MC-09 du 12 juin 2002 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Pharmajet

Le Conseil de la concurrence (section II) ;

Vu les lettres enregistrées les 11 janvier et 7 février 2001 sous le numéro F 1286, le 8 février 2002 sous les numéros 01/1286/F et 02/0020/M et le 19 février 2002 sous les numéros 02/0031/F et 02/0032/M par lesquelles la société Pharmajet a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par les laboratoires GlaxoSmithKline (anciennement Glaxo-Wellcome), Merck Sharp et Dohme Chibret (MSD), Pfizer et Lilly qu'elle estime anticoncurrentielles et a sollicité le prononcé de mesures conservatoires ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

Vu les observations présentées par le commissaire du Gouvernement ainsi que les sociétés Pharmajet, GlaxoSmithKline, Merck Sharp et Dohme Chibret (MSD), Pfizer et Lilly France ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés Pharmajet, GlaxoSmithKline, Merck Sharp et Dohme Chibret (MSD), Pfizer et Lilly France entendus lors de la séance du 21 mai 2002.

1018

I. - Les pratiques dénoncées

Considérant que la société Pharmajet, titulaire d'une licence de grossiste exportateur en pharmacie, soutient qu'elle se heurte à des difficultés pour se fournir en médicaments auprès des sociétés GlaxoSmithKline, Merck Sharp et Dohme Chibret, Pfizer et Lilly ;

Considérant que la société Pharmajet a fait valoir dans un premier temps que, depuis sa création en 1997, le laboratoire Glaxo-Wellcome la contingente en lui livrant un dixième au maximum de ses commandes, malgré les plannings précis de commandes qui lui sont adressés ; que, dans le même temps, ce laboratoire livre ses confrères nationaux qui exportent jusqu'à dix fois plus de quantités que celles qu'elle obtient, alors que leur part de marché est inférieure ; que le laboratoire MSD a mis en place en 1996 un «système euro-

péen de gestion des stocks» destiné à «améliorer ses livraisons», ayant pour but de limiter les exportations dans les pays de la CEE par l'introduction de quotas fixes par clients ; que ce système a pour effet de geler les parts de marché, avec pour référence l'année 1995 ; que de plus, rien, ou presque, n'est prévu pour les nouveaux clients ; que le laboratoire Pfizer lui a livré sans restriction de fin 1998 à fin octobre 2000 le produit Tahor ; que, début novembre 2000, il lui a été précisé qu'il y aurait des problèmes de livraison sur ce produit ; que le 21 décembre 2000, elle a reçu une lettre de Pfizer en date du 21 décembre 2000 lui indiquant : «Vous avez, sporadiquement en 1999, plus régulièrement pendant l'année 2000, acheté du Tahor 10 mg et 40 mg auprès de la société Parke Davis, une filiale du groupe Warner Lambert. Ce dernier a, comme vous le savez, été racheté sur le plan mondial par le groupe Pfizer. Nous souhaitons par la présente vous informer de notre décision de ne pas poursuivre les relations commerciales que vous entreteniez avec la société Parke Davis SCA en ce qui concerne le produit Tahor, et ce quel que soit le dosage. Cette décision prendra effet au 1^{er} mai 2001.

«... Compte tenu du fait que vos commandes pour ce produit sur les douze derniers mois ont varié considérablement d'un mois sur l'autre, nous vous indiquons que pendant la période de préavis expirant le 30 avril 2001, et si vous continuez à nous adresser des commandes pour ce produit, nous pourrons vous livrer des quantités qui ne pourront excéder, chaque mois, 26 190 unités pour le Tahor 10 mg et 6 370 unités pour le Tahor 40 mg...» ; que, par courriers en date des 3 avril, 11 mai et 27 novembre 2001, la partie saisissante a indiqué qu'elle confirmait l'augmentation des refus de vente dont elle est victime et leur extension à d'autres laboratoires ou à d'autres produits des laboratoires qu'elle a déjà mis en cause ; que, notamment, les laboratoires MSD en Hollande, maison mère de MSD France, lui refusent, depuis le 14 septembre 2001, toute livraison de Singulair 10 mg comprimés boîtes de 28 ; que ce produit est livré en France par MSD Hollande et non MSD France pour une raison qui lui est inconnue ; que, par ailleurs, MSD n'inscrit plus le produit Singulair dans son «système européen de gestion des stocks» comme il le faisait précédemment pour ses autres produits ; que, de plus, la société Pharmajet fait à nouveau valoir que ses confrères répartiteurs sont livrés sans exception ; qu'en outre, elle a communiqué, le 5 décembre 2001, une lettre du laboratoire GlaxoSmithKline en date du 30 novembre 2001, lui fixant un délai de préavis de six mois pour stopper toute relation commerciale ; que, dans son courrier enregistré le 8 février 2002, elle a indiqué que Pfizer refusait également de lui livrer le produit Neurontin et que MSD ne lui livre plus les nouveaux produits comme Singulair, déjà cité, et Cosopt ; qu'enfin, elle a précisé, le 12 avril 2002, que MSD refusait aussi de lui livrer le produit Vioxx ;

Considérant que, dans un second temps, la société Pharmajet a communiqué, par courrier en date du 12 février 2002, une lettre du laboratoire Lilly, en date du 7 février 2002, l'informant de changements intervenus dans son «système de gestion de la chaîne d'approvisionnement» (SCMS) mis en place par son groupe en Europe, et concernant les produits Alfatil, Celance, Evista, Gemzar, Umatrope, Prozac et Zyprexa ; que cette lettre précise : «Nous sommes convaincus que ces changements permettront au SCMS

d'être un outil encore plus performant pour la gestion des territoires de vente de notre groupe en lui permettant de mieux ajuster ses activités de production et de distribution aux besoins de chaque pays. Pour la bonne règle, ces changements ont été notifiés à la Commission européenne. Selon les nouvelles modalités du SCMS, applicables pour les allocations du 2^e trimestre, donc à compter du 1^{er} avril 2002, les allocations de chaque produit pour chaque pays seront définies de manière à mieux refléter la demande dans le pays en question. Ainsi, les quantités fournies seront déterminées à partir des ventes aux officines telles que connues grâce aux données les plus récentes portées à notre connaissance par un organisme extérieur, mais ajustées pour tenir compte de l'évolution de la demande telle qu'anticipée par des apports tant internes qu'externes de «market intelligence». Les quantités fournies à chaque grossiste seront déterminées selon le poids que celui-ci représente dans les quantités totales ci-avant définies, ce poids étant déterminé à partir de données internes et/ou externes de «market intelligence». Ces nouvelles modalités nous conduisent à ne pas vous attribuer d'allocation pour le 2^e trimestre 2002, pour les produits inclus dans le SCMS que vous nous commandiez ;

Considérant que la société Pharmajet soutient que les pratiques ainsi dénoncées sont contraires aux dispositions du livre IV du code de commerce ; qu'elle fait valoir que les refus de vente dont elle est l'objet et leur extension à d'autres laboratoires démontrent l'entente sur fond d'abus de position dominante qui se met en place d'une manière systématique et qui fonctionne entre les laboratoires, d'une part, et entre les laboratoires et les répartiteurs français, d'autre part ; qu'à la suite de l'envoi de la lettre du laboratoire Lilly, en date du 7 février 2002, précitée, elle prétend être «*de nouveau dans le sillage*» des laboratoires pour «*entente entre Lilly, GlaxoSmithKline et Pfizer pour éliminer les exportations parallèles, entente entre ces trois laboratoires et les répartiteurs nationaux qui sont les seuls à être livrés au-delà des préavis*» (article 81 du traité de Rome), et «*abus de position dominante car chaque molécule est une molécule originale brevetée par Lilly et constitue un marché en tant que tel dont Lilly détient 100 %*». (article 82 du traité de Rome) ;

1020

II. - La défense au fond des laboratoires

Considérant que la société GlaxoSmithKline oppose que son comportement est unilatéral et n'a pas fait l'objet d'une acceptation de la part des grossistes répartiteurs ; que, de plus, il n'existe pas, en la cause, d'éléments suffisamment probants pouvant établir une entente horizontale ; que, par ailleurs, aucun élément à l'appui d'un abus de position dominante ne peut être relevé ; que le marché pertinent de référence est constitué par le marché des spécialités pharmaceutiques sur le territoire de l'Espace économique européen, sur lequel elle ne détient pas de position dominante ; qu'au niveau de la demande, toutes les spécialités pharmaceutiques auto-

risées sur le marché de l'Espace économique européen sont potentiellement appelées à entrer dans le circuit du négoce de médicaments ; qu'elles sont, du point de vue des importateurs parallèles, interchangeables et substituables ; qu'elle détient, sur le territoire de l'Espace économique européen, 7,5 % de parts de marchés ;

Considérant que la société MSD indique, pour sa part, qu'elle est détenue indirectement par la société américaine Merck and Co Inc qui développe, fabrique et vend des médicaments dans le monde entier ; qu'en Europe, chaque filiale reçoit des médicaments par l'intermédiaire de la société de droit hollandais MSD International Services BV (MSDIS), également détenue par Merck ; que MSDIS est le centre européen d'organisation de la production de Merck et se charge d'obtenir les matières premières chimiques nécessaires, de faire fabriquer les médicaments par les usines Merck et d'approvisionner les filiales ; qu'au début de l'année 1996, un système de gestion intégrée des stocks a été instauré à travers l'Europe par l'intermédiaire de MSDIS ; que, par courrier en date du 19 juin 1997, elle a informé Pharmajet qu'elle participait à un tel système qui est applicable à tous ses clients ; qu'elle soutient, en ce qui concerne l'application de l'article 81 du traité de Rome, que Pharmajet ne produit aucun élément permettant de suggérer l'existence d'un accord de volontés entre MSD et les autres laboratoires ou entre MSD et les grossistes ; qu'elle se demande comment le système Merck aurait pu faire l'objet d'un accord avec un autre laboratoire puisqu'il a été mis en œuvre en France le 1^{er} mars 1996, soit plus d'un an avant la création de Pharmajet et plusieurs années avant les comportements dénoncés des autres laboratoires ; qu'au surplus, elle prétend n'être en position dominante pour aucun des produits concernés par le système de gestion des stocks, à savoir le Zocor utilisé contre le cholestérol et le Chibro-Procar utilisé dans le traitement de l'hypertrophie bénigne de la prostate ; que sa part de marché serait en France en 2001 pour le Zocor de 16,8 % et pour le Chibro-Proscar de 14,5 % ;

Considérant que la société Pfizer soutient que la demande de Pharmajet est irrecevable en l'absence de toute pratique *prima facie* anticoncurrentielle ; que le refus de vente qu'elle oppose à Pharmajet ne concerne que le Tahor et depuis peu le Neurontin et est le résultat d'une politique interne de gestion des approvisionnements mise en œuvre de façon unilatérale ; que sur le marché français, concerné en l'espèce, le Tahor ne représente guère plus de 26 % ; que, dès lors, elle ne détient pas de position dominante ;

Considérant que la société Lilly France fait valoir que son système de gestion de la chaîne d'approvisionnement et la modification de ce système ont été mis en place de manière unilatérale par le groupe Lilly ; qu'en ce qui concerne l'allégation par Pharmajet d'un abus de position dominante, elle soutient que sa part de marché en France d'avril 2001 à mars 2002 s'élève pour le Prozac à 22,5 % en valeur et à 16,1 % en jours de traitement ; qu'en outre, depuis janvier 2002, le Prozac n'est plus protégé par un brevet et doit faire face à la concurrence croissante de nombreux produits génériques et qu'il n'est donc pas en position dominante sur le marché ; que, s'agissant du marché des antipsychotiques atypiques ayant pour indication la schizophrénie et vendus hors milieu hospitalier, ses parts de marché sont

en jours de traitement pour la période d'avril 2001 à mars 2002 de 28 % pour le Zyprexa, 37,5 % pour le Risperdal et 34,5 % pour le Solian et en chiffres d'affaires, sur la même période, de 39 % pour le Zyprexa, de 30,9 % pour le Risperdal et de 30,1 % pour le Solian ; que, dès lors, elle n'est pas en position dominante sur le marché ;

III. - Sur la saisine au fond

■ A. - Sur l'existence d'une saisine au fond accompagnant la demande de mesures conservatoires

Considérant que l'article 42 du décret précité du 30 avril 2002 énonce que *«La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article L. 464-1 du code de commerce 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»* ; qu'une demande de mesures conservatoires ne peut donc être examinée que pour autant que la saisine au fond est recevable et ne soit pas rejetée faute d'éléments suffisamment probants, en application de l'article L. 462-8 du code de commerce ; qu'en outre, la demande de mesures conservatoires doit être, en elle-même, recevable au regard des conditions posées par l'article L. 464-1 du code de commerce ;

Considérant que la société Lilly France fait valoir que la partie saisissante a saisi le Conseil de la concurrence, par courrier du 12 février 2002, d'une demande de mesures conservatoires qui n'était accompagnée d'aucune saisine au fond ; que, par courrier du 15 février 2002, elle a saisi le Conseil de la concurrence sur le fond et réitéré sa demande de mesures conservatoires en renvoyant à son courrier précité du 12 février 2002 ; qu'elle soutient que la société Pharmajet ne pouvait pas procéder ainsi, dès lors que sa demande de mesures conservatoires initiale était irrecevable et qu'elle aurait dû reprendre, dans son courrier du 15 février 2002 l'intégralité de cette demande ;

Mais considérant que la saisine du Conseil de la concurrence résulte du courrier de la société Pharmajet en date du 15 février 2002 ; qu'il n'est pas contestable que la partie saisissante a présenté, à nouveau dans ce courrier, une demande de mesures conservatoires, en renvoyant pour la formulation de cette demande à son courrier du 12 février 2002 ; que la lettre du 15 février 2002 précise en effet : *«... Nous voulons donc saisir le Conseil de la concurrence sur le fond et parallèlement vous demander des mesures conservatoires comme précisé dans notre courrier du 12 février 2002»* ; que cette manière de procéder n'est prohibée par aucune disposition légale ou réglementaire, que dès lors le moyen doit être écarté ;

■ B. - Sur la compétence du Conseil de la concurrence

Considérant que les sociétés MSD et Lilly France soutiennent que les articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce sont inapplicables en l'occurrence, la société Pharmajet ayant une activité à l'exportation ;

Considérant que les pratiques alléguées en l'espèce concernent la livraison de produits pharmaceutiques destinés à être exportés ; qu'en effet, il n'est pas contesté que la société Pharmajet n'est pas autorisée à distribuer les produits en cause sur le territoire national ; que dès lors, ces pratiques, même si elles s'avéraient établies, ne sont pas susceptibles d'affecter le marché français et ne tombent pas sous le coup des dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce ; que la saisine doit, en conséquence, être déclarée irrecevable en tant qu'elle vise les articles L. 420-1 et L. 420-2 de ce code ;

Considérant qu'en séance, les représentants des laboratoires ont opposé qu'en l'absence d'effet des pratiques dénoncées sur le marché national, le Conseil de la concurrence est incompétent pour appliquer les articles 81 et 82 du traité de Rome ;

Mais considérant que dans sa décision n° 00-MC-14 du 23 octobre 2000, le Conseil de la concurrence a déjà reconnu sa compétence pour connaître des pratiques similaires à celles dénoncées en l'espèce ; qu'il a indiqué, à cet égard, qu'ayant reçu compétence en vertu de l'article L. 470-6 du code de commerce pour appliquer les articles 81 et 82 du traité de Rome, il « (...) doit donc assurer le plein effet de ces dispositions ; que celles-ci sont applicables si les pratiques anticoncurrentielles en cause sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres ; qu'il en résulte que le Conseil de la concurrence est compétent pour appliquer ces normes à des pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres et qui ont pour objet ou pour effet, d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun, même si ces pratiques n'ont pas d'effet sur le territoire français ; (...) » ; que le Conseil a ajouté que cette position était conforme à sa décision n° 97-D-68 relative à des pratiques relevées dans le secteur des films radiographiques et des films destinés aux arts graphiques industriels ; que, dans cette décision, il avait estimé que les pratiques dénoncées, si elles n'avaient pas eu d'effet ou d'objet anticoncurrentiel sur le territoire national, étaient contraires aux dispositions de l'article 85-1 du traité de Rome et susceptibles, comme telles, d'être sanctionnées par lui ;

Considérant, au surplus, que s'agissant de pratiques émanant de laboratoires installés pour la plupart en France, sauf pour MSD Hollande, dont il est allégué qu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter les exportations parallèles vers les territoires d'autres États membres de l'Union, les autorités de la concurrence de ces autres États, à supposer qu'elles soient saisies, ne disposent pas de pouvoir d'enquête en dehors de leur territoire et, en particulier en France, leur permettant de mener à bien les investigations nécessaires à la mise en évidence de l'existence de ces

pratiques et, par ailleurs, ne peuvent, en l'état des droits nationaux et du droit européen, obtenir l'aide de la Commission européenne ou celle des autorités de la concurrence du pays dans lequel les pratiques ont été initiées ; qu'ainsi, sauf à ce que la Commission européenne ouvre une procédure, il incombe au Conseil, seule autorité nationale de l'Union disposant en l'espèce des pouvoirs d'enquêtes nécessaires, d'examiner la licéité des pratiques en cause au regard des articles 81 et 82 du traité de Rome ; que, dès lors, le moyen doit être écarté ;

■ C. - Sur l'éventuelle contrariété entre la décision du Conseil de la concurrence et la position des autorités communautaires

Considérant que la société MSD fait valoir qu'elle a notifié son système européen de gestion des stocks à la Commission des communautés européennes, le 1^{er} mars 1996 et que, postérieurement à cette notification, la Commission lui a adressé une demande formelle de renseignements en application des dispositions de l'article 11 du règlement 17/62 du Conseil du 6 février 1962 ; qu'ainsi, la Commission a engagé une procédure au sens de l'article 9, paragraphe 3, de ce règlement qui dispose : *«Aussi longtemps que la Commission n'a engagé aucune procédure en application des articles 2, 3, ou 6, les autorités des États membres restent compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85, paragraphe 1, et de l'article 86 conformément à l'article 88 du traité, même si les délais prévus à l'article 5, paragraphe 1, et à l'article 7, paragraphe 2, pour procéder à la notification ne sont pas expirés»* ; qu'en conséquence, le Conseil de la concurrence doit se déclarer incompétent ;

Mais considérant que la demande de renseignements formelle adressée par la Commission des communautés européennes, le 3 juillet 1996, à la société Merck & Co Inc, jointe en copie par la société MSD à ses observations, mentionne : *«Le but de cette requête est de permettre à la Commission d'évaluer la compatibilité de l'accord»* qui lui a été notifié le 1^{er} mars 1996 *«avec les règles de la CEE en matière de concurrence, en particulier l'article 85 du traité de la CEE en étant pleinement informée des faits et de leur contexte économique exact»* ; que cette demande de renseignements s'insère dans une phase d'enquête préalable permettant à la Commission d'obtenir les renseignements qui lui sont nécessaires afin de décider si elle doit entamer une procédure contradictoire ; qu'elle ne constitue donc pas un engagement de procédure devant la Commission ; que dès lors le moyen doit être écarté ;

Considérant que le laboratoire GlaxoSmithKline soutient que la Commission des communautés européennes a déjà été saisie de la présente affaire en particulier, ainsi que de l'ensemble de la restructuration du secteur de la distribution de produits pharmaceutiques ; que, de plus, elle a été saisie au contentieux de la modification du système de distribution de GlaxoSmithKline ; qu'en conséquence, le Conseil de la concurrence doit surseoir à statuer dans l'attente de la solution qui sera adoptée par les institutions communautaires ;

Mais considérant que, si la société Pharmajet a effectivement déposé une plainte auprès de la Commission des communautés européennes contre le laboratoire MSD, aucun élément du dossier n'établit qu'à ce jour celle-ci aurait engagé une procédure ; que si la société GlaxoSmithKline a pu notifier ses nouvelles conditions de distribution, aucun élément du dossier ne démontre non plus que la Commission aurait pris une quelconque position de nature à empêcher le Conseil de la concurrence d'examiner la demande de mesures d'urgence présentée en l'espèce ; que, dès lors, il n'y a pas lieu de surseoir à statuer ;

■ D. - En ce qui concerne l'application des articles 81 et 82 du traité de Rome

Considérant que les produits pharmaceutiques achetés par la société Pharmajet sont destinés à être exportés ; que les pratiques anticoncurrentielles qui viendraient perturber cette activité affecteraient le commerce entre États membres et seraient donc, si elles étaient établies, susceptibles de tomber sous le coup des prohibitions énoncées par les articles 81 et 82 du traité de Rome ;

Considérant que la société Pharmajet allègue que le laboratoire Glaxo-Wellcome, devenu GlaxoSmithKline, après avoir contingenté ses livraisons de produits, lui a, par lettre du 30 novembre 2001, fixé un délai de préavis de six mois pour cesser toute relation commerciale ; que la société GlaxoSmithKline répond que son comportement est unilatéral et n'a fait l'objet d'aucun accord ; que la société Pharmajet soutient aussi que le laboratoire MSD a mis en place un système européen de gestion des stocks limitant les exportations de produits pharmaceutiques dans les pays de la Communauté économique européenne par la fixation de quotas fixes par client, et que les laboratoires MSD en Hollande lui refusent la livraison du produit Singulair 10 mg comprimés boîtes de 28 ; que la société MSD réplique que son système de gestion intégrée des stocks a été mis en place à travers l'Europe par l'intermédiaire de la société de droit hollandais International Services BV (MSDIS) et qu'il est applicable à tous ses clients ; que la société Pharmajet dénonce également le fait que le laboratoire Pfizer a cessé de lui livrer le produit Tahor à compter du 1^{er} mai 2001 et dorénavant le Neurontin ; que la société Pfizer fait valoir que le refus de vente qu'elle oppose à la partie saisissante ne concerne que le Tahor et, plus récemment, le Neurontin et qu'il s'agit d'une politique interne de gestion des approvisionnements mise en place de façon unilatérale par le groupe Pfizer ; qu'enfin, la société Pharmajet allègue que le laboratoire Lilly lui a fait part de changements intervenus dans son «*système de gestion de la chaîne d'approvisionnement*» (SCMS) concernant plusieurs produits ; que les nouvelles modalités du système ainsi mis en place ont conduit ce laboratoire à ne pas lui attribuer d'allocation desdits produits ; que la société Lilly France oppose que la mise en œuvre de ce système et sa modification résultent d'une décision unilatérale de sa part ;

Considérant que le Tribunal de première instance des Communautés européennes a précisé, dans son arrêt du 26 octobre 2000 Bayer

AG/Commission des Communautés européennes, que : «*La preuve d'un accord entre entreprises au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de l'élément subjectif qui caractérise la notion même d'accord, c'est-à-dire d'une concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en pratique d'une politique, de la recherche d'un objectif ou de l'adoption d'un comportement déterminé sur le marché, abstraction faite de la manière dont s'est exprimée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord*» ; que le tribunal ajoutait : «*la Commission méconnaît ladite notion de concordance de volontés en estimant que la poursuite des relations commerciales avec le fabricant, lorsque celui-ci adopte une nouvelle politique qu'il met en pratique unilatéralement, équivaut à un acquiescement des grossistes à celle-ci, alors que leur comportement est clairement contraire à ladite politique*» ; qu'il énonçait encore que, dans le cadre de l'article 85, paragraphe 1, du traité de Rome, devenu l'article 81 : «*les effets du comportement d'une entreprise sur la concurrence à l'intérieur du marché commun ne peuvent être examinés que lorsque l'existence d'un accord... est déjà établie... L'objectif de cette disposition n'est pas d'éliminer de manière tout à fait générale les obstacles au commerce intra-communautaire ; il est plus limité, car seuls les obstacles à la concurrence mis en place par une volonté conjointe entre au moins deux parties sont interdits par cette disposition*» ;

1026

Considérant, en premier lieu, que la partie saisissante n'apporte en l'espèce aucun élément suggérant l'existence d'un accord de volontés entre le laboratoire GlaxoSmithKline et un ou plusieurs de ses grossistes, le laboratoire MSD et un ou plusieurs de ses grossistes, le laboratoire Pfizer et un ou plusieurs de ses grossistes ou entre le laboratoire Lilly et un ou plusieurs de ses grossistes en vue de livrer la société Pharmajet ; qu'au contraire, il résulte des éléments du dossier que chacun de ces laboratoires avait intérêt, quelle qu'ait été à cet égard l'opinion de ses grossistes, à mettre en œuvre de façon unilatérale des mesures destinées à limiter les exportations parallèles de ses produits vers d'autres pays de la Communauté ; que, par ailleurs, aucun des éléments fournis par la partie saisissante n'est de nature à laisser supposer l'existence d'une entente mise en œuvre par les laboratoires entre eux ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que la saisine de la société Pharmajet doit être rejetée en ce qu'elle vise une éventuelle violation de l'article 81 du traité de Rome ;

Considérant, en revanche, qu'il ne peut être exclu ni que les laboratoires en cause détiennent une position dominante sur le marché du ou des médicaments qu'ils refusent de livrer ou dont ils contingentent les livraisons pour lequel, ou pour lesquels, il n'existerait pas de produit substituable, ni que la société Pharmajet soit victime d'un abus de position dominante de l'un ou l'autre de ces laboratoires ayant pour objet ou pour effet de limiter la concurrence sur le marché commun et d'entraver le commerce entre États-membres en violation de l'article 82 du traité de Rome ;

IV. - Sur la demande de mesures conservatoires

Considérant qu'accessoirement à sa saisine, la société Pharmajet demande au Conseil de la concurrence de prononcer, par application de l'article L. 464-1 du code de commerce, les mesures conservatoires suivantes :

- condamner les laboratoires GlaxoSmithKline «à livrer au-delà du mois de mai 2002 les quantités définies par eux-mêmes» dans l'annexe jointe à leur lettre du 30 novembre 2001, «et ce jusqu'à la décision du Conseil sur le fond du dossier», sous astreinte de 200 000 euros par mois ;
- condamner les laboratoires Pfizer «à livrer mensuellement les quantités de Tahor mentionnées dans leur courrier en rubrique» (leur lettre du 21 décembre 2000), «et ce jusqu'à décision du Conseil sur le fond du dossier», sous astreinte de 200 000 euros par mois ;
- condamner les laboratoires Merck Sharp et Dohme Chibret à lui livrer «mensuellement 20 000 Zocor 20 mg cp Bt 28, 10 000 Chibro-Proscar cp Bt 28» sous astreinte de 200 000 euros par mois ;
- condamner les laboratoires Lilly «à livrer au minimum les quotas trimestriels tels que mis en place depuis mars 2000 vis-à-vis de Pharmajet et ce jusqu'à décision du Conseil sur le fond» sous astreinte de 100 000 euros par mois ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 464-1 du code de commerce, dans sa rédaction issue de la loi du 15 mai 2001 : *«Le Conseil de la concurrence peut, à la demande du ministre chargé de l'économie, des personnes mentionnées au dernier alinéa de l'article L. 462-1 ou des entreprises et après avoir entendu les parties en cause et le commissaire du Gouvernement, prendre les mesures conservatoires qui lui sont demandées ou celles qui lui apparaissent nécessaires. 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»* ;

■ A. - Sur l'atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur intéressé ou à l'intérêt des consommateurs

Considérant que la société Pharmajet soutient qu'elle ne peut bénéficier d'aucun report de commande d'une molécule sur une autre ; que ce report bénéficie à la filiale du laboratoire qui lui refuse la vente en France ; qu'en outre, elle produit une étude émanant de l'Association européenne des sociétés euro-pharmaceutiques (EAEPC), intitulée *«Utilisation des médicaments d'importation parallèles : les avantages pour le payeur et le consommateur»*, selon laquelle *«Avec l'introduction du marché parallèle, les systè-*

mes de sécurité sociale et d'assurance maladie, dans chacun des pays membres, voient s'accumuler leurs économies directes. Ceci s'explique par le fait que les gouvernements nationaux, ou les organisations responsables de la santé de ces États, ont introduit des mesures visant à garantir les économies réalisées au moyen du marché parallèle.

«Le mode d'application de ces mesures varie selon les pays :

«Au Royaume-Uni, le Service du National Health récupère, au travers du mécanisme du «claw-back», les économies moyennes qu'il estime réalisées par les pharmacies sur l'ensemble de leurs achats du marché parallèle.

«En Irlande et en Suède, un produit d'importation parallèle doit permettre à l'État de réaliser des économies avant d'être inscrit sur la liste des produits remboursés.

«La différence du coût entre un produit intérieur et son équivalent d'importation parallèle est répartie entre la pharmacie qui le délivre et l'organisme payeur, aux Pays-Bas et en Norvège, et entre l'assurance maladie et le patient, en Finlande.

«Les caisses de maladie allemandes et le gouvernement danois obligent les officines à délivrer des produits synonymes moins chers, y compris les produits d'importation parallèle, lorsqu'il est possible de réaliser certains pourcentages d'économie» ;

Considérant, en premier lieu que, dans de nombreux pays de l'Union européenne, des réglementations nationales imposent aux laboratoires ou aux grossistes d'approvisionner le marché local de telle sorte que cet approvisionnement soit assuré même en l'absence d'importations parallèles ; qu'en deuxième lieu, dans de nombreux pays de l'Union européenne, des réglementations nationales limitent la liberté de fixation des prix des médicaments par les laboratoires, les grossistes ou les distributeurs ; qu'en troisième lieu, dans un certain nombre de pays de l'Union européenne, les médicaments faisant l'objet d'une prescription médicale sont, en partie ou en totalité, remboursés aux patients, de telle sorte que l'élasticité prix de la demande pour les médicaments délivrés par les pharmacies est faible ou nulle et, qu'à supposer que les pharmaciens disposent d'une certaine liberté de fixation du prix des médicaments, ils ne sont pas incités à faire bénéficier les patients de prix inférieurs à ceux couramment pratiqués ; qu'en quatrième lieu, s'il est possible que, dans certains pays de l'Union européenne, les établissements de santé qui passent des marchés pour acheter des médicaments (tels par exemple que les cliniques ou les hôpitaux) puissent se procurer auprès des importateurs parallèles certains des médicaments concernés à des prix inférieurs à ceux proposés par les grossistes qui ne s'approvisionnent qu'auprès des fournisseurs locaux, il est également possible que ces demandeurs aient intérêt, compte tenu de leur volume d'achat, à s'adresser directement aux fabricants plutôt qu'à des intermédiaires, fussent-ils des grossistes importateurs de médicaments en provenance de France ;

Considérant qu'il résulte de ce qui précède que l'appréciation de la gravité et de l'immédiateté de l'atteinte éventuellement portée à l'économie générale, au secteur ou à l'intérêt des consommateurs par les pratiques dénoncées ne peut résulter que d'une appréciation concrète des conditions effectives de fonctionnement des marchés concernés ;

Considérant, à cet égard, que la partie saisissante n'apporte aucun élément permettant de déterminer les pays de l'Union vers lesquels elle exporte les médicaments dont elle veut faire le commerce parallèle et le type de clientèle (grossistes importateurs ou établissements de santé) auquel elle s'adresse ou susceptible d'établir le régime de prix en vigueur dans ces pays ; qu'elle n'apporte pas non plus d'élément en ce qui concerne les obligations des laboratoires en matière d'approvisionnement du marché dans ces pays, les éventuels autres offreurs des médicaments concernés et notamment les importateurs parallèles d'autres pays que la France opérant dans les territoires des pays importateurs, la différence entre les prix qu'elle facture aux grossistes importateurs pour les médicaments en cause et les prix auxquels ces mêmes médicaments sont facturés localement par les laboratoires aux grossistes de ces pays ; que, de même, elle ne fournit pas d'indication précise permettant d'apprécier la mesure dans laquelle les pharmaciens des pays importateurs rétrocèdent aux patients les éventuelles baisses de prix d'achat des médicaments dont ils ont bénéficié grâce aux circuits parallèles ;

Considérant que si la société Pharmajet a produit l'étude, citée plus haut, selon laquelle les services d'assurance maladie du Royaume-Uni, d'Irlande, de Suède, des Pays-Bas, de Norvège et d'Allemagne bénéficient des importations parallèles, elle n'a donné aucune précision sur l'importance du bénéfice que retireraient lesdits services de ses exportations de médicaments visés par la présente demande de mesures conservatoires ; que de même, elle ne fournit aucune information quant aux baisses de prix pratiquées en réponse à d'éventuels appels d'offres passés par des établissements de santé des pays importateurs par rapport aux conditions qui peuvent être obtenues localement par ces acheteurs, soit auprès des grossistes locaux qui ne recourent pas aux importations parallèles, soit auprès des laboratoires ; que, par ailleurs, lorsque Pharmajet fait valoir que Pfizer a procédé en novembre 2001 au Royaume-Uni à une baisse de 35 % du prix de la spécialité Tahor 40 mg, ce qui prouverait l'effet positif de l'influence des exportations parallèles sur les dépenses de santé publique, elle ne démontre pas que cette baisse ait été due aux importations parallèles de la société Pharmajet au Royaume-Uni ;

Considérant, ainsi, que si la société saisissante soutient que l'activité d'arbitrage développée par les grossistes exportateurs dont elle fait partie profite au payeur et au consommateur, elle n'apporte aucun élément concret permettant de caractériser l'existence d'une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, au secteur ou à l'intérêt des consommateurs du fait des pratiques qu'elle dénonce ;

■ B. - Sur l'atteinte grave et immédiate à l'entreprise plaignante

Considérant que, s'agissant de l'atteinte portée à ses intérêts, la société saisissante fait valoir qu'elle va perdre beaucoup plus que les chiffres d'affaires et marges qu'elle a réalisés en 2001 avec les laboratoires Lilly, Pfizer et GlaxoSmithKline, ses marges avec ces trois laboratoires étant en augmentation constante depuis fin 2001 ; qu'elle prétend que les produits

faisant l'objet des refus de vente qui lui sont opposés ne sont pas substituables ; que, par ailleurs, les produits se renouvellent régulièrement ; que dès lors, si les laboratoires «*majeurs de cette industrie*» refusent de travailler avec elle, c'est une grande partie des nouvelles molécules qui lui sont refusées ; que tel est le cas du laboratoire MSD qui lui livre des quantités discriminatoires sur les anciens produits et refuse de lui livrer les nouveaux ; qu'elle soutient, enfin, que si aucune mesure conservatoire ne lui est accordée, sa société subira une perte de plus d'un million d'euros dès la fin du présent semestre, ce qui la conduira rapidement au dépôt de bilan ;

Mais, considérant, en premier lieu, qu'un manque à gagner est insuffisant pour constituer une atteinte grave et immédiate ; que, si la société Pharmajet fait valoir que les comportements qu'elle dénonce entraîne une perte de chiffre d'affaires de 64,9 MF avec Lilly, de 25,1 MF avec Pfizer (pour quatre mois) et de 111,5 MF avec GlaxoSmithKline, une perte de marge brute de 4,2 MF avec Lilly, de 4,8 MF avec Pfizer et de 4,2 MF avec GlaxoSmithKline, et que le montant de ses achats a varié de 104,5 MF en 1999, 66,8 MF en 2000 et 58 MF en 2001 avec Lilly, de 69,2 MF en 2000 et 20,5 MF en 2001 avec Pfizer et de 9,3 MF en 1999, 22,3 MF en 2000 et 16,8 MF en 2001 avec Glaxo-Wellcome alors qu'il a peu varié (16,8 MF en 1999, 16,8 MF en 2000 et 15,5 MF en 2001) avec MSD, son chiffre d'affaires total est en expansion ; qu'en effet, les comptes de résultat qu'elle a produit font apparaître un chiffre d'affaires total de 301 MF pour l'exercice 1999 et de 427 MF pour l'exercice 2000 ; qu'en ce qui concerne l'exercice 2001, elle indique que son chiffre d'affaires total s'élève à 431 MF ; qu'en outre, elle ne peut pas se prévaloir des pertes qu'elle va subir du fait des médicaments qui deviennent des génériques ;

Considérant, en second lieu, que si la société Pharmajet ne peut pas substituer un médicament commandé à un autre dans la mesure où ses clients disposent d'une licence d'importation pour chaque produit qu'ils achètent, elle ne fournit, toutefois, aucune indication ou aucun élément établissant qu'elle ne pourrait compenser la perte de chiffre d'affaires qu'elle subit avec les laboratoires Lilly, Pfizer, GlaxoSmithKline ; que s'agissant des laboratoires MSD, elle ne donne aucune indication permettant d'apprécier le préjudice qu'elle pourrait subir, si ce n'est les montants de ses achats pour les années 1999, 2000 et 2001 ; que ces achats se sont montés à 16,84 MF en 1999, 16,86 MF en 2000 et 15,50 MF en 2001 ;

Considérant que l'ensemble des éléments qui précèdent ne sont pas suffisants pour établir que les pratiques dénoncées par la partie saisissante causent une atteinte grave et immédiate à l'économie en général, au secteur concerné, à l'intérêt des consommateurs ou à la société Pharmajet elle-même, nécessitant l'adoption de mesures d'urgence ; que par suite, les demandes de mesures conservatoires enregistrées sous les numéros 02/0020 M et 02/0032 M, doivent être rejetées.

Décide

Article 1 : Les demandes de mesures conservatoires enregistrées sous les numéros 02/0020/M et 02/0032/M sont rejetées.

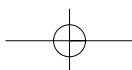
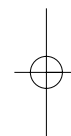
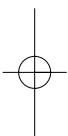
Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} de Mallmann, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, MM. Gauron, Lasserre et Robin, membres.

La secrétaire de séance,
Anne Frédéric-Moreau

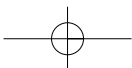
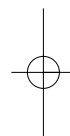
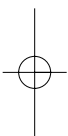
Le vice-président, présidant la séance
Frédéric Jenny

Mesures conservatoires / 02-MC-09

1031







Avis

Avis 1033

Avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001 relatif à 1037
des pratiques de l'Insee concernant les conditions
de commercialisation des informations issues
du répertoire Sirene

Avis n° 02-A-01 du 15 février 2002 relatif à 1070
l'acquisition de la société European Graphic Group
ou E2G, filiale de Hachette Filipacchi Presse par la société
Imprimerie Quebecor France

Avis n° 02-A-02 du 13 mars 2002 relatif à 1087
un projet de décret portant application des dispositions
de l'article 27 du code de l'industrie cinématographique

Avis n° 02-A-03 du 25 mars 2002 portant sur 1095
le projet de décret relatif à la gestion du potentiel viticole

Avis n° 02-A-04 du 11 avril 2002 relatif à 1111
l'acquisition par la société Télédiffusion de France
d'un ensemble de sites pylônes de
la société Bouygues Télécom

Avis n° 02-A-05 du 18 avril 2002 relatif 1133
aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport
et de distribution d'électricité

Avis n° 02-A-06 du 4 mai 2002 relatif à 1156
la séparation comptable entre les activités de production,
transport et distribution d'électricité

Avis n° 02-A-07 du 15 mai 2002 relatif à 1158
l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex
par le groupe Seb

Avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à 1181
la saisine de l'Association pour la promotion
de la distribution de la presse

Avis n° 02-A-10 du 10 juillet 2002 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	.1194
Avis n° 02-A-11 du 2 septembre 2002 relatif à des questions posées par le syndicat l'Union nationale des professionnels de la formation des automobilistes (UNPFA) concernant les pratiques de la société Engineering printel systems (EPS)	.1197
Avis n° 02-A-12 du 1er octobre 2002 relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie sur un contrat cadre relatif à la situation du marché de la pêche et nectarine	.1211
Avis n° 02-A-14 du 13 décembre 2002 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	.1218
Avis n° 02-A-15 du 23 décembre 2002 relatif à la reprise de la société Ouest répartition pharmaceutique par la société Alliance santé distribution	.1226

Le Conseil ne présente dans son rapport d'activité que les avis qu'il est en mesure de rendre publics. En particulier, les avis que le Conseil rend au Gouvernement sont soumis à des conditions de publication particulières. De même, les avis rendus aux juridictions ne sont publiés par le Conseil qu'après le non-lieu ou le jugement. En revanche, il peut être conduit à commenter des avis rendus au cours des années précédentes.

01-A-18

Avis n° 01-A-18 du 28 décembre 2001 relatif à des pratiques de l'INSEE concernant les conditions de commercialisation des informations issues du répertoire SIRENE

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 30 mars 2000 sous le numéro A 301, par laquelle le Conseil d'État, en application de l'article L. 462-3 du code de commerce, a demandé l'avis du Conseil de la concurrence sur un litige opposant la société Cegedim à l'Institut national de la statistique et des études économiques (INSEE) et portant sur les conditions de commercialisation par l'INSEE des informations contenues dans le répertoire SIRENE ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement, les représentants des sociétés Cegedim et Direct Mail Promotion et de l'INSEE entendus lors de la séance du 19 septembre 2001 ;

Avis / 01-A-18

1037

Première partie : description du secteur d'activité

■ A. - Les produits et les opérateurs

1. - Les fichiers d'informations sur les entreprises

A partir des années 1980, les activités utilisant des fichiers d'informations sur les entreprises ont connu une forte croissance en raison, notamment :

- du développement de techniques informatiques qui ont rendu possibles des traitements de base de données de plus en plus complexes ;
- du développement des techniques d'accès en ligne à l'information ;
- d'une demande en forte expansion de la part des entreprises pour leurs besoins en marketing direct mais aussi en matière de renseignement commercial et financier et de recouvrement de créance.

Le marketing direct peut se définir comme toute forme de communication et de vente s'adressant directement au client et recouvrant des prestations diverses comme le mailing, les éditions publicitaires, les prospectus, le marketing téléphonique. Il représente, selon une étude France Pub, réalisée par Havas et la Comareg, le premier moyen de communication des entreprises françaises. Selon cette étude les dépenses des entreprises pour le marketing direct en 1999 sont estimées à 55 milliards de francs, avec une progression de 6,2 % des investissements entre 1999 et 2000.

Les activités de diffusion de fichiers d'informations sur les entreprises regroupent notamment :

La location d'adresses

Il s'agit de listes de prospects extraits de bases de données informatisées établies à partir de critères de segmentation permettant de cibler un type de clientèle. Ces fichiers sont loués au client pour servir aux opérations de marketing direct par voie postale pour un usage unique (le fichier est le plus souvent remis directement au premier prestataire de la chaîne de routage).

La fourniture de produits de renseignements commerciaux

Il s'agit de fichiers d'informations économiques ou financières à haute valeur ajoutée destinés à satisfaire des besoins de renseignements commerciaux venant des entreprises. Ils sont le plus souvent consultables en ligne, sur cédérom (en lecture seulement) ou sur annuaire. Des entreprises comme Dun & Bradstreet et Coface-SCRL, notamment, sont actives dans ce secteur.

La mise à disposition de fichiers d'informations sur les entreprises

Les entreprises peuvent chercher à acquérir des bases de données sur les entreprises pour des besoins plus larges que celui de la réalisation immédiate d'une action commerciale (par exemple, pour servir de base à la constitution d'un fichier commercial ou de promotions). A la différence de la location, le fichier est alors mis à la disposition du client pour un usage multiple. Bien souvent, le client n'est alors pas seulement intéressé par une liste d'adresses mais également par un ensemble de rubriques (ainsi, distingue-t-on dans le cas du répertoire SIRENE, adresses et notices). La mise à disposition de fichiers s'accompagne en général de commandes de mises à jour. Il peut s'agir également d'enrichissement de fichiers détenus par un tiers. On peut distinguer dans ce secteur très hétérogène plusieurs catégories de fichiers, notamment :

- les fichiers généralistes : ces fichiers contiennent des informations moins riches que les fichiers spécialisés mais ils sont plus volumineux et plus exhaustifs. L'exhaustivité de ces fichiers en fait leur spécificité et leur

confère un caractère non substituable avec des fichiers plus spécialisés. C'est le cas des fichiers publics tels que le répertoire SIRENE et le RNCS (registre national du commerce et des sociétés). Ces derniers ne couvrent pas strictement le même spectre d'entreprises et ne sont donc que partiellement substituables entre eux ;

- divers types de fichiers répondant à des critères thématiques divers : certaines sociétés sont spécialisées dans la constitution de fichiers dans un domaine particulier, sur un secteur d'activité notamment (la société Cegedim, par exemple, est spécialisée dans le secteur de la santé).

Pour alimenter leurs fichiers et effectuer les mises à jour nécessaires, les professionnels du secteur de l'information sur les entreprises doivent disposer d'un certain nombre de sources de renseignement. En effet, la multiplication des sources permet d'enrichir les fichiers, d'optimiser la mise à jour des données, et de confronter les données les unes aux autres. Outre les sources institutionnelles, les professionnels ont recours à des partenariats, notamment avec des assureurs, banques et autres organismes financiers et, à des enquêtes systématiques sur les dirigeants et les changements d'adresses.

Parmi les bases de données publiques évoquées ci-dessus, on peut citer :

- le fichier SIRENE de l'Institut national de la statistique et des études économiques (ci-après l'INSEE) ;
- l'annuaire pages jaunes de France Telecom ;
- le registre national du commerce et des sociétés (RNCS) de l'Institut national de la propriété industrielle (INPI) ;
- les données recueillies par les Centres de formalités des entreprises, accessibles auprès des chambres de commerce et des chambres de métier ;
- les informations détenues par les greffes de tribunaux de commerce, notamment les bilans des entreprises.

Le fichier SIRENE est une base de référence et constitue, selon les professionnels du secteur, la source de renseignements la plus sollicitée par les annonceurs intéressés par la clientèle des entreprises. L'INSEE a en charge dans ses missions légales les activités de production et de gestion du répertoire SIRENE. Il exerce également une activité de diffusion commerciale du répertoire. D'autre part, certaines entreprises, comme la société Cegedim, ont une activité de rediffusion du répertoire SIRENE.

2. - Les activités de l'INSEE concernant le répertoire SIRENE

L'INSEE est une direction du ministère de l'économie des finances et de l'industrie, dont une des activités consiste en la production du «*Répertoire national d'identification des entreprises et de leurs établissements*», appelé SIRENE, issu d'un fichier des établissements datant de 1942 et créé sous sa forme actuelle par un décret du 14 mars 1973. Ce répertoire a pour mission d'enregistrer «*l'état civil*» des entreprises et leurs principales caractéristiques économiques, sociales et juridiques. A chaque unité gérée, est attribué un numéro unique, appelé SIREN (pour les entreprises) ou SIRET (pour les établissements).

a) La gestion du fichier SIRENE

Le fichier de production brut obtenu à partir d'informations issues d'enquêtes ou provenant de fichiers d'origine administrative, doit faire l'objet d'opérations de contrôles, corrections et codification, visant à rendre les données utilisables. A ce stade, le fichier obtenu, dit «*fichier de production contrôlée*», permet de répondre aux besoins internes de l'INSEE relatifs à sa double mission : administrative et statistique. Créé à l'origine pour des besoins inter-administratifs, le répertoire SIRENE permet une normalisation des objets gérés et des variables de l'information transmise. De plus, l'attribution à chaque entreprise et à chaque établissement d'un identifiant unique, dont l'usage s'impose à l'ensemble de l'administration et à l'entreprise elle-même, autorise un appariement simplifié des sources administratives, permettant d'obtenir de nombreuses informations sociales, économiques juridiques, sans recourir à des enquêtes. Il constitue de ce fait un outil et une source statistiques essentiels. Pour plus de détails, on peut se reporter aux articles suivants publiés dans la revue *Le courrier des statistiques* n° 75-76 de décembre 1995 : *Le répertoire SIRENE* et *Le système inter-administratif et SIRENE*.

b) La diffusion du répertoire SIRENE

Le décret n° 73-314 du 14 mars 1973 prévoit en son article 14 la communication des données contenues dans le répertoire SIRENE. L'application des alinéas 1 et 2 qui disposent que l'INSEE communique un certain nombre de données aux personnes inscrites et aux «*associés*» de SIRENE relève de la gestion administrative du répertoire SIRENE. Les dispositions de l'alinéa 3 qui prévoit que l'INSEE est autorisé à diffuser les données issues du fichier SIRENE à la demande d'organismes autres que les «*associés*» de SIRENE, recouvrent la diffusion dite commerciale de SIRENE.

Les produits SIRENE mis à la disposition du public

Les produits SIRENE mis à la disposition du public sont issus d'une base de données spécifique, constituée à partir du répertoire principal et dénommée «*SIRENE diffusion*». En effet, les données brutes du répertoire ne peuvent pas être mises directement à la disposition du public car elles comportent des informations confidentielles (notamment les dates de naissance), ou des données relatives à des entreprises qui ont demandé expressément, comme la loi les y autorise, à ne pas figurer dans le fichier de diffusion ; par ailleurs, certaines données ne sont pas directement utilisables. Le fichier brut ou «*fichier de production contrôlée*» doit faire l'objet d'opérations complémentaires (mise aux normes, suppression des codes de gestion, application des règles de secret, d'opposition à la diffusion pour certaines unités, enrichissement, codifications supplémentaires, documentation) permettant d'aboutir au fichier «*SIRENE diffusion*». L'INSEE est ainsi amené à réaliser un important travail d'amélioration et d'enrichissement des informations.

Les conditions de commercialisation du répertoire SIRENE

Tous les utilisateurs des produits SIRENE sont soumis aux conditions générales de commercialisation desdits produits. Ils n'acquièrent pas la propriété des données contenues dans ces produits mais seulement un droit d'usage. Des licences de deux types peuvent être souscrites : les unes pour usage final, les autres pour rediffusion.

L'organisme qui souscrit une licence d'usage final s'engage à n'utiliser les données que pour ses besoins internes propres (enrichissement ou constitution de fichiers de clients, de fournisseurs ou de prospects, opérations de marketing direct) et, donc, à ne pas communiquer ces données à des tiers. Les licences d'usage final peuvent être souscrites soit directement auprès de l'INSEE soit auprès des rediffuseurs. Les entreprises peuvent acquérir le droit d'usage de l'ensemble du répertoire ou seulement d'extraits, selon différents formats (variant selon la richesse des informations contenues). Ces licenciés peuvent s'abonner aux mises à jour, selon une périodicité hebdomadaire, mensuelle, trimestrielle ou semestrielle. Ils peuvent acquérir soit un droit d'usage unique sur les données du répertoire (dans ce cas, les données ne peuvent être utilisées qu'une seule fois, par exemple pour une opération de marketing direct), soit un droit d'usage multiple (dans ce cas, le fichier est mis à disposition de l'utilisateur final).

La licence de rediffusion autorise au contraire son détenteur à céder les données du répertoire SIRENE à d'autres utilisateurs. La rediffusion suppose l'acquisition du répertoire France entière et la souscription d'un abonnement aux mises à jour. Les licences de rediffusion en vigueur sous le régime de l'arrêté du 16 avril 1996 autorisaient leur bénéficiaire à ne céder les données contenues dans le répertoire SIRENE que pour un usage unique. Les licences de rediffusion en vigueur sous le régime de l'arrêté du 11 août 1998 autorisent désormais aussi la communication à des tiers pour usage multiple.

Outre la mise à disposition des données issues du répertoire SIRENE, il existe une opération dite « *sirenage* » qui consiste à rapprocher du répertoire SIRENE un fichier d'entreprises ou d'établissements communiqué par le client afin de valider les informations contenues dans ce fichier, de les rectifier ou de les compléter. Cette opération, qui n'était pas autorisée par les licences en vigueur sous le régime de l'arrêté du 16 avril 1996, est désormais possible pour les rediffuseurs.

c) Le répertoire SIRENE au regard de la propriété intellectuelle

Selon les termes des conditions générales de commercialisation des produits SIRENE, les utilisateurs de ces produits n'acquièrent pas la propriété des données qui y sont contenues mais seulement un droit d'usage.

Dans un arrêt du 10 juillet 1996, le Conseil d'État, saisi par les sociétés Cegedim et Direct Mail Promotion d'un recours en annulation des dispositions réglementaires portant sur la tarification de diffusion du répertoire SIRENE (notamment le décret n° 95-171 du 17 février 1995), a reconnu au profit de l'INSEE en ce qui concerne le répertoire SIRENE des droits relevant de la propriété intellectuelle : « *Considérant (...) que le répertoire SIRENE,*

(...), constitue non une simple collection de données mais un ensemble organisé et structuré d'informations relatives à l'identité et à l'activité des entreprises ; qu'en outre, l'INSEE ajoute aux données brutes qui lui sont fournies par les entreprises, des informations qu'il élabore, relatives notamment au chiffre d'affaires, au taux d'exportation et à l'implantation géographique des entreprises ; que l'ensemble ainsi susceptible d'être cédé par l'INSEE aux sociétés requérantes en vue de sa rediffusion par celles-ci, constitue une base de données qui doit être regardée comme une œuvre collective pouvant légalement inclure des droits relevant de la propriété intellectuelle au profit de l'INSEE, donc de l'État». Le Conseil d'État en déduit : «Que l'article 8 de l'arrêté [NDRL : arrêté du 21 mars 1995 du ministre de l'économie relatif aux conditions de tarification s'appliquant à la diffusion des données du répertoire SIRENE] qui reconnaît au bénéfice de l'INSEE des «droits privatifs» «sur les produits informationnels tirés du répertoire SIRENE ainsi que sur les supports d'enregistrement qu'il utilise», et qui soumet, au titre de ces droits privatifs, les bénéficiaires d'une licence de rediffusion à l'obligation d'acquitter à l'INSEE une redevance de rediffusion, (...), ne méconnaît aucune disposition du code de la propriété intellectuelle».

La notion de base de données fait aujourd'hui l'objet d'une définition légale posée par la loi n° 98-536 du 1^{er} juillet 1998 : «On entend par base de données un recueil d'œuvres, de données ou d'autres éléments indépendants, disposés de manière systématique ou méthodique, et individuellement accessibles par des moyens électroniques ou par tout autre moyen». Cette loi apporte une extension de la protection des bases de données par rapport à celle prévue par le droit d'auteur. En effet, selon la jurisprudence communément admise, le droit d'auteur s'attache à la forme des créations, et requiert, s'agissant des bases de données, une structure originale, l'originalité devant résider dans la présentation ou la sélection des données. Le droit reconnu au producteur d'une base de données par la loi du 1^{er} juillet 1998 vise à protéger l'investissement, l'originalité n'étant pas être un critère requis. Dès lors que la présentation des données est structurée («systématique et méthodique»), une base de données est éligible à la protection juridique du producteur. Le tribunal de commerce de Paris, dans un jugement rendu le 18 juin 1999, a ainsi considéré que les annuaires de France Télécom satisfont à ce critère et bénéficient de ce fait de la protection légale accordée par la loi du 1^{er} juillet 1998. Ce droit de propriété intellectuelle spécifique ne fait pas obstacle à l'existence éventuelle d'un droit d'auteur.

Il n'est pas douteux, dans ces conditions, que l'État détient un droit de propriété intellectuelle sur le fichier SIRENE. L'étendue de la protection ainsi reconnue est définie par les articles L. 342-1 à L. 342-5 du code de la propriété intellectuelle. En particulier, le détenteur de droits a la possibilité d'interdire l'extraction et la réutilisation d'une partie substantielle de la base. Les droits peuvent être cédés ou faire l'objet d'une licence. En vertu des règles de droit commun de la propriété intellectuelle, le détenteur des droits fixe en principe librement le prix de la cession et le niveau de la redevance.

3. - Les rediffuseurs du répertoire SIRENE et leurs activités

Les rediffuseurs, au nombre desquels on compte la société Cegedim, doivent souscrire auprès de l'INSEE une licence de rediffusion qui les autorise, sous

certaines conditions, à céder les données du répertoire SIRENE à d'autres utilisateurs. Ils préparent le fichier SIRENE de façon à le rendre plus opérationnel, notamment pour des opérations de marketing direct. Ils mettent en avant leur souplesse et leur rapidité de réaction, qualités qui sont appréciées par les annonceurs. A titre indicatif, les travaux effectués par Cegedim sur la base du répertoire SIRENE concernent les opérations suivantes :

- normalisation postale pour assurer aux clients les tarifs postaux les plus bas ;
- meilleure présentation des adresses, travaux de restructuration (adresses, raison sociale, abréviation type) afin de permettre une édition normalisée sur 6 lignes ;
- rachat et traitement des NPAI («*n'habite pas à l'adresse indiquée*») afin d'améliorer la distribution postale ;
- collecte et traitement de radiations (constitue un point faible de l'INSEE selon la société Cegedim) ;
- enrichissement du fichier (notamment avec ajout des numéros de téléphone et de télécopie) ;
- mise en place des systèmes de gestion permettant de multiples segmentations croisées afin de mieux définir les cibles de prospection des clients finals.

Il est possible de classer les rediffuseurs en deux catégories suivant l'usage qu'ils font du répertoire SIRENE :

- les professionnels du marketing direct, parmi lesquels se trouvent la société saisissante et dont un certain nombre sont affiliés au SNCD (syndicat national du marketing direct) ;
- les rediffuseurs d'informations commerciales, parmi lesquels on trouve Dun & Bradstreet, et Coface-SCRL.

Toutefois, la frontière entre ces deux catégories s'estompe de plus en plus. A la mi 2001, on compte 19 rediffuseurs du répertoire SIRENE.

La société Cegedim, qui a saisi le Conseil d'État de la requête ayant donné lieu à la présente demande d'avis, est une société anonyme au capital de 1 008 000 F qui intervient, notamment, dans trois secteurs d'activité : les services en informatique (la collecte, le traitement, et l'analyse des données, l'audit, la fourniture des matériels et des consommables informatiques, développement de logiciels), la santé (gestion des forces de vente des laboratoires, études de marketing, traitement des statistiques de vente du secteur) et la communication. Son département «*Communication directe*» commercialise depuis 1981 le fichier SIRENE. Elle indique que sur cette activité SIRENE, elle a réalisé un chiffre d'affaire de 2,74 MF pour l'année 1996, en régression par rapport au chiffre d'affaire des années précédentes (3,04 MF en 1993, 2,85 MF en 1994, 2,78 MF en 1995). La société Cegedim offre également à ses clients des prestations de marketing direct à service complet (incluant les opérations de colissage, distribution, routage).

■ B. - La vente par l'INSEE de produits dérivés issus du répertoire SIRENE

La vente au public des produits issus du répertoire SIRENE est prévue par le décret en Conseil d'État n° 95-171 du 17 février 1995 relatif à la rémunération de certains services rendus par l'INSEE, selon lequel la communication par l'INSEE à des particuliers ou à des organismes privés ou publics autres que l'État de données extraites des fichiers qu'il détient, ainsi que la cession de droits de reproduction ou de diffusion desdites données, peut donner lieu à rémunération. L'article 2 du décret renvoie à un arrêté du ministre chargé de l'économie la fixation des tarifs correspondants. A ce jour, trois arrêtés, datés du 21 mars 1995, du 19 avril 1996 et du 11 août 1998, ont été pris en application du décret précité. Le dernier d'entre eux définit les conditions tarifaires objet du présent avis.

1. - Les principes de tarification de l'INSEE

Dans un article intitulé «*la politique de cession et de tarification de l'INSEE*», paru dans la revue *Courrier des statistiques* (décembre 1993 numéro 67-68), l'INSEE expose le principe de base selon lequel les tarifs ont pour objet de concourir à la couverture des coûts de diffusion engagés, précisant que le coût de production des données a déjà été pris en charge par la collectivité nationale. Ce principe semble être en accord avec les recommandations adressées par le Premier ministre à toutes les administrations dans une circulaire en date du 14 février 1994 relative à la diffusion des données publiques : «*Le principe général est que les coûts de collecte et de production des données ne sont pas à prendre en compte lorsqu'ils ont déjà été pris en charge par la collectivité au titre de ses tâches ordinaires*». La circulaire fixe ensuite certaines règles relatives aux composantes de coût pouvant être pris en compte.

Le système de tarification de l'INSEE comprend deux composantes : le droit d'accès et les coûts de mise à disposition.

Le droit d'accès

La composante «*droit d'accès*» de la tarification correspond aux coûts engagés pour passer du «*fichier de production contrôlé*» au fichier «*SIRENE diffusion*», comprenant les coûts de fonctionnement, et l'investissement initial amorti sur une certaine période (10 ans). Le droit d'accès s'applique à l'ensemble des utilisateurs finals des données, qu'ils se soient adressés à l'INSEE ou aux rediffuseurs pour se les procurer.

Le rediffuseur doit, à son tour, acquitter à l'INSEE, outre une rémunération initiale pour la communication du fichier SIRENE France entière et une rémunération annuelle pour l'abonnement aux mises à jour, une redevance de rediffusion. Le montant de cette redevance est calculé en fonction de la masse de données effectivement rediffusées. Afin de contrôler que les redevances perçues sont proportionnelles au volume des données SIRENE rediffusées, l'INSEE a mis en place, par l'intermédiaire d'une société d'audit, un système lui permettant de vérifier les déclarations faites par les rediffuseurs.

Les frais de mise à disposition

Ils couvrent les opérations réalisées pour délivrer le produit au client à partir de la base de diffusion, et comprennent :

- les éléments concernant l'outillage développé autour de la base pour faciliter les opérations de sélection, extraction, tabulation ;
- les coûts humains et informatiques liés au traitement de la demande dans le cas d'une demande spécifique ;
- les coûts du support ;
- les coûts de promotion et de commercialisation.

2. - Historique des droits d'accès versés par les rediffuseurs à l'INSEE

On constate l'existence de trois phases dans l'application du système tarifaire de l'INSEE :

Avant l'entrée en application de l'arrêté du ministre de l'économie en date du 23 décembre 1992

Durant cette période, l'INSEE appliquait aux rediffuseurs une redevance forfaitaire correspondant au montant de l'abonnement aux mises à jour. On peut noter une forte augmentation de cette redevance entre 1981 et 1992.

Date	1981	1983	Arrêté du 14/08/87	Arrêté du 13/01/89
Conditions de la licence de commercialisation	- Mise à jour (base semestrielle) 2 x 25 000 soit 50 000 F / an	- Mise à jour (base semestrielle) 2 x 90 000 soit 180 000 F / an	- Mise à jour (base semestrielle) 2 x 136 000 soit 272 000 F / an	- Mise à jour (base semestrielle) 2 x 150 000 soit 300 000 F / an

De l'entrée en application de l'arrêté du ministre de l'économie en date du 23 décembre 1992 à son annulation par le Conseil d'État par un arrêt du 6 janvier 1995

En 1992, l'INSEE a souhaité modifier les conditions de la tarification de la commercialisation des fichiers SIRENE. C'est ainsi que, par arrêté du 23/12/92, le ministre de l'économie et des finances a décidé de substituer à une tarification forfaitaire un système de redevance proportionnelle à l'importance de la rediffusion réalisée à partir des données SIRENE, renvoyant à une décision du directeur général de l'INSEE le soin de fixer le barème de la redevance applicable.

Date	Décision INSEE 31/12/92	Décision INSEE 08/07/93
Conditions de la licence de commercialisation	- Mise à jour (base mensuelle) 250 000 F / an - Redevance dégressive par adresse louée n < 3 millions : 16 cF 3 < n < 10 millions : 11,7 cF 10 < n < 30 millions : 10 cF 30 < n < 60 millions : 7 cF n > 60 millions : 5 cF	- Mise à jour (base mensuelle) 250 000 F / an - Redevance fixe par adresse louée du 31/12/93 au 31/12/95 : 8 cF

A la suite d'une demande d'annulation formée par la société Direct Mail promotion, l'arrêté du 23 décembre 1992 a été annulé par un arrêt du Conseil d'État du 6 janvier 1995 au motif que le principe de la redevance «*devait, en tout état de cause être fixé par décret en Conseil d'État*» et cette annulation a donné lieu au remboursement par l'INSEE des dites redevances.

A partir de l'entrée en application du décret n° 95-171 du 17 février 1995

A la suite de l'annulation de l'arrêté du 23 décembre 1992, le Premier ministre a pris, le 17 février 1995, un décret en Conseil d'État relatif à la rémunération de certains services rendus par l'INSEE, lequel reconnaît à l'INSEE, dans son article 1^{er}, le droit de se faire rémunérer au moyen d'une redevance pour la cession de droits de reproduction ou de diffusion de données extraites du répertoire SIRENE. Ce système tarifaire, fixé dans les formes voulues par la loi (à savoir un décret en Conseil d'État), n'introduit pas de changement notable sur le plan économique par rapport à la situation précédente. Une évolution importante interviendra cependant avec l'instauration, par l'arrêté du 11 août 1998, d'une redevance de 20 centimes pour les produits à usage multiple autorisés à la rediffusion.

Date	Arrêté du 21/03/95	Arrêté du 16/04/96	Arrêté du 11/08/98
Conditions de la licence de commercialisation	- Mise à jour (périodicité mensuelle) 250 000 F / an	- Mise à jour (périodicité mensuelle) 250 000 F / an	- Mise à jour (périodicité mensuelle) 225 000 F / an
	- Redevance par unité location : 8 cF	- Redevance par unité location : 8 cF	- Redevance par unité location : 8 cF cession : 20 cF

La société Cegedim et la société Direct Mail Promotion, qui est également rediffuseur du répertoire SIRENE, ont saisi en avril 1995 le Conseil d'État d'un recours en annulation du décret du 17 février 1995 fondé sur le motif que la redevance de rediffusion ne satisfaisait pas aux conditions légales des redevances pour services rendus. Le Conseil d'État dans son arrêt du 10 juillet 1996 a estimé qu'il convenait d'apprécier la rémunération de l'INSEE «*au regard des règles législatives régissant tant les services rendus que l'exercice de droits privatifs venant s'ajouter au coût des services*» et n'a pas remis en cause dans son principe la légalité d'une telle redevance. Estimant par ailleurs qu'il ne ressortait pas des pièces du dossier que «*le ministre de l'économie ait fixé des tarifs dont le montant serait manifestement disproportionné par rapport au coût des services rendus*», il a rejeté les requêtes des deux sociétés.

3. - Les conditions tarifaires définies par l'arrêté du 11 août 1998

Vente directe des produits SIRENE

- Fourniture du répertoire France entière (usage unique ou usage multiple) : 400 000 F ;
- Fournitures d'extraits du répertoire :

n = Nombre d'unités	Usage unique (prix en F)	Usage multiple (prix en F)
de 1 à 10000	400 + 0,36 n	400 + 0,59 n
de 10001 à 100000	900 + 0,31 n	1600 + 0,47 n
de 100001 à 500000	5900 + 0,26 n	9600 + 0,39 n
de 500001 à 1000000	45900 + 0,18 n	84600 + 0,24 n
plus de 1000000	175900 + 0,05 n	274600 + 0,05 n

- Abonnements annuels aux mises à jour :

Mises à jour du répertoire SIRENE France entière

Type d'abonnement	Prix (en F) selon la périodicité des livraisons			
	semestrielle	trimestrielle	mensuelle	hebdomadaire
Mises à jour	145 000	180 000	225 000	sans objet
Événements	sans objet	sans objet	225 000	325 000

Mises à jour d'une sélection de notices

Montant de l'abonnement	Périodicité des livraisons		
	semestrielle	trimestrielle	mensuelle
% du prix de la sélection de notices	40 %	50 %	62,5 %
minimum de perception (en F)	400	800	2 400

- «Sirenage» : 3000 + 0,8 n F où n est le nombre d'enregistrements fournis par le client ;
- Modulation des tarifs en fonction du nombre de postes ayant accès aux données du SIRENE :

Nombre de postes	Multiplicateur du tarif de base	
	Jusqu'au 30/06/99	A partir du 01/07/99
1 à 5 postes	1	1
6 à 50 postes	1,3	1,3
51 postes et plus	1,3	1,6

Tarifs pour la rediffusion

- Communication du répertoire SIRENE France entière : 400 000 F ;
- Abonnement annuel aux mises à jour du répertoire France entière : 325 000 F (périodicité hebdomadaire) ou 225 000 F (périodicité mensuelle)
- Redevance par unité documentaire rediffusée : 8 cF (usage unique) ; 20 cF. (usage multiple).

Il y a lieu de noter qu'en pratique, l'INSEE opère un plafonnement des redevances pour usage multiple versées par les rediffuseurs. Bien que non prévu par l'arrêté du 11 août 1998, ce plafonnement est prévu par les licences de rediffusion accordées par l'INSEE. En effet, l'article 10 («conditions financières») § 4 indique que pour les produits à usage multiple «le montant de la redevance sera plafonné à celui obtenu en multipliant le prix du fichier France entière par le coefficient de la seconde tranche du barème multiposte prévu par

le tarif». Ce coefficient étant égal à 1,3, cette disposition induit un plafonnement de la redevance à 400 000 F x 1,3, soit 520 000 F, ce qui fait que le montant de la redevance pour les produits à usage multiple n'augmente plus au delà de 2,6 millions d'adresses cédées.

Deuxième partie : l'analyse concurrentielle

■ A. - La contestation des tarifs

a) La saisine directe du Conseil de la concurrence

Les sociétés Cegedim et Direct Mail Promotion ont saisi le Conseil de la concurrence des conditions de commercialisation du répertoire SIRENE fixées par l'INSEE. Dans sa lettre de saisine déposée le 4 juillet 1997, la société Cegedim dénonce les conditions définies dans l'arrêté du 19 avril 1996. Dans son mémoire complémentaire enregistré le 20 mai 1998, elle anticipe sur les conditions de tarification définies dans l'arrêté du 11 août 1998, qui selon elle, ne sont pas de nature à faire évoluer les pratiques reprochées à l'INSEE. La société Direct Mail Promotion, dans sa lettre de saisine en date du 19 février 1999, dénonce également les conditions définies dans l'arrêté du 11 août 1998. Les pratiques dénoncées par les deux sociétés sont les suivantes :

Le caractère discriminatoire de la tarification pratiquée par l'INSEE

La société Cegedim dénonce les conditions de tarification discriminatoires pratiquées par l'INSEE entre l'utilisateur final et le rediffuseur. Elle estime que l'INSEE profite de son monopole sur l'activité de constitution du répertoire SIRENE pour vendre directement à des utilisateurs finals, par le biais de licences d'usage final, des informations du fichier SIRENE à un prix inférieur à celui pratiqué par les rediffuseurs compte tenu de la redevance que doivent verser ces derniers. Elle dénonce :

- le coût de 8 centimes par unité documentaire diffusée pour usage unique et le coût de 20 centimes par unité documentaire diffusée pour usage multiple. Ces niveaux de coût révèlent, selon elle, l'absence de péréquation entre la redevance demandée aux rediffuseurs et celle perçue par l'INSEE lors de la vente aux utilisateurs finals ;
- l'absence de caractère dégressif de la redevance versée par le rediffuseur en fonction du nombre d'adresses rediffusées.

Le caractère prédateur des prix pratiqués par l'INSEE à l'égard des utilisateurs finals

Selon la société Cegedim, le prix pratiqué par l'INSEE à l'égard des utilisateurs finals ne répond à aucune notion de prix de revient et présente un caractère abusivement bas, visant à écarter les rediffuseurs du secteur de la commercialisation des produits SIRENE.

Par décision en date de ce même jour (Cf. annexe I), le Conseil de la concurrence a déclaré ces saisines irrecevables, les pratiques en cause

résultant d'arrêtés ministériels ayant pris la forme d'actes administratifs mettant en œuvre des prérogatives de puissance publique.

b) La demande d'avis du Conseil d'État

La société Cegedim a formé devant le Conseil d'État, le 23 octobre 1998, un recours en annulation de l'arrêté du ministre de l'économie et des finances du 11 août 1998. Le 15 mars 2000, la Haute Assemblée a sursis à statuer et demandé au Conseil de la concurrence de lui rendre un avis sur la qualification des pratiques tarifaires définies dans l'arrêté du 11 août 1998, en application de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986 (devenu L. 420-2 du code de commerce) : *«Avant-dire-droit sur les conclusions de la requête de la société Cegedim contre l'arrêté du 11 août 1998 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, le Conseil de la concurrence sera invité par le Conseil d'État à lui fournir tous éléments d'appréciation susceptibles de lui permettre de déterminer si les tarifs que l'INSEE est autorisé à pratiquer pour la cession d'éléments du fichier SIRENE constituent des pratiques anticoncurrentielles au sens de l'article 8 de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986»*.

■ B. - Les arguments de la société Cegedim et la méthode qui sera suivie par le Conseil de la concurrence

Selon la société Cegedim, les conditions financières que lui impose l'INSEE pour l'accès au répertoire SIRENE ne lui permettent pas de vendre des fichiers à ses clients à des conditions aussi avantageuses que celles pratiquées par l'INSEE lorsqu'il vend ou loue des fichiers à des clients finaux : il s'agirait de ce que l'on appelle un *«effet de ciseau»*.

Il est exact que le droit de la concurrence s'intéresse aux effets de ciseau dans la situation suivante :

- Une entreprise en position dominante dispose seule d'un bien ou d'un service indispensable pour pratiquer une autre activité sur un marché concurrentiel ; ce bien ou ce service n'est ni substituable par un autre ni reproductible à un coût économique raisonnable ; on parle en général à son sujet de *«facilité essentielle»* ;
- L'entreprise en position dominante est également présente sur le marché concurrentiel, dit marché aval ;
- Elle accepte de céder le bien ou le service d'amont, aux entreprises qui en ont besoin pour être actives sur le marché d'aval ;
- Cependant, le niveau relatif des tarifs pratiqués par l'entreprise dominante sur le marché amont, d'une part, vis-à-vis de ses concurrents et sur le marché aval, d'autre part, vis-à-vis des clients finaux, est tel que les concurrents, une fois qu'ils ont acquis le bien ou service indispensable et supporté leurs charges propres, ne sont pas en mesure de vendre leur produit sur le marché aval à un prix compétitif par rapport à celui pratiqué par l'entreprise dominante sur ce même marché.

L'existence d'un tel effet de ciseau ne suffit pas à démontrer l'existence d'une pratique anticoncurrentielle mais elle peut en être le symptôme. L'effet de ciseau peut en effet résulter :

- Soit du niveau excessif des charges propres du concurrent, qui est moins efficace que l'entreprise dominante pour produire le bien d'aval à partir du bien d'amont ; cette situation est indifférente aux autorités de concurrence ; c'est pourquoi il est généralement admis qu'un effet de ciseau au sens strict n'existe que si les tarifs d'aval de l'opérateur dominant ont un effet d'éviction sur tout opérateur concurrent au moins aussi efficace que l'opérateur dominant ;
- Soit du niveau artificiellement bas du prix pratiqué par l'entreprise dominante sur le marché d'aval, ce qui peut constituer une pratique anticoncurrentielle si ce prix est qualifiable de «*prix prédateur*» ;
- Soit du fait que l'entreprise dominante se cède à elle-même le produit essentiel qu'elle est seule à fournir sur le marché amont à des conditions plus favorables que celle qu'elle consent à ses concurrents, ce qui n'est interdit par le droit de la concurrence que lorsque la théorie de la «*facilité essentielle*» est applicable.

Dès lors que, dans la présente affaire, un effet de ciseau est invoqué, la démarche du Conseil sera la suivante :

- Vérification de la réalité de l'effet de ciseau apparent ; dans le cas où l'effet de ciseau apparent n'existe pas, il sera inutile de procéder à un examen approfondi des questions de concurrence ;
- Si un effet de ciseau est détecté, il sera vérifié si une pratique de prix prédateur peut être constatée ;
- Il sera également vérifié si la théorie des facilités essentielles est applicable et, en cas de réponse positive, si l'INSEE autorise l'accès à une telle facilité dans des conditions discriminatoires.

■ C. - Il n'apparaît pas que la tarification pratiquée par l'INSEE, prise dans son ensemble, provoque un effet de ciseau tarifaire de nature à gêner l'activité des opérateurs qui lui font concurrence

On supposera, pour le moment, que l'INSEE et les autres opérateurs qui cèdent à des clients finaux des fichiers de prospection sont en concurrence sur un ou plusieurs marchés et que tous ces fichiers ne peuvent être produits qu'en recourant aux informations contenues dans le fichier SIRENE. Par ailleurs, le niveau précis des coûts de l'INSEE n'ayant pas été mis en évidence par l'instruction, on se bornera à rechercher un éventuel effet de ciseau apparent : en son absence, l'impossibilité d'accéder au marché n'est pas établie et il est inutile de s'intéresser à l'efficacité relative de l'opérateur dominant et de ses concurrents.

Dans une telle configuration hypothétique, les opérateurs privés ne peuvent être durablement actifs sur le marché des fichiers de prospection que si le

prix de vente de leurs produits est attractif par rapport à celui pratiqué par l'INSEE sur ce même marché aval. En outre, le chiffre d'affaires ainsi réalisé doit leur permettre de s'acquitter des diverses sommes demandées par l'INSEE en contrepartie de l'acquisition et de la rediffusion du fichier SIRENE. La combinaison des tarifs amont et aval pratiqués par l'INSEE peut produire un effet de ciseau si les opérateurs, en alignant leurs tarifs d'aval sur ceux de l'INSEE et en rémunérant ce dernier, ne sont pas en mesure de dégager une marge brute suffisante pour couvrir leurs coûts propres et dégager une marge nette. Certes, lorsque les rediffuseurs procèdent à des opérations d'amélioration et d'enrichissement des unités figurant dans le répertoire SIRENE, il n'y a pas, par définition, de caractère strictement équivalent entre le produit fourni par l'INSEE et celui commercialisé par les rediffuseurs. Mais, dans une première étape, il est plus facile de rechercher l'existence d'un effet de ciseau en ne considérant que la seule activité d'extraction et de rediffusion du fichier extrait, sans enrichissement ni retraitement. Si, dans cette hypothèse, il n'y a pas d'effet de ciseau, il n'y aura pas *a fortiori* de difficulté pour les opérateurs qui pratiquent, en outre, de telles activités complémentaires.

Les coûts encourus par l'activité du rediffuseur peuvent être classés en trois catégories : le montant des redevances versées à l'INSEE, les coûts liés à l'acquisition et à la mise à jour du répertoire SIRENE et les autres charges propres à l'activité de rediffusion (coût du personnel, coût des moyens et coût de commercialisation), auxquelles il convient d'ajouter une marge raisonnable. Pour apprécier si les rediffuseurs peuvent fixer leur prix à un niveau compétitif avec celui de l'INSEE, il convient de déterminer le montant restant au rediffuseur supposé couvrir le coût de son activité, compte tenu de la déduction du montant des redevances et du coût d'acquisition et de mise à jour du répertoire SIRENE sur les tarifs pratiqués par l'INSEE.

Du fait de la structure des coûts répartis en coûts fixes et coûts variables, il est évident que de très petits opérateurs ont de fortes chances de ne pas pouvoir amortir par leurs ventes le coût d'acquisition du fichier. Il est donc nécessaire, pour rechercher s'il existe un effet de ciseau, de se baser sur un opérateur d'une taille suffisante, eu égard aux caractéristiques du marché.

Soit, par exemple, un opérateur hypothétique, réalisant un chiffre d'affaire inférieur à celui de la société Cegedim, et dont les ventes se répartiraient de la façon suivante (cette répartition est conforme à ce que l'on observe chez les opérateurs réellement actifs sur le marché) :

Nombre d'adresses fournies	Nombre de commandes	Nombre d'unités
5 000	200	1 000 000
10 000	100	1 000 000
100 000	20	2 000 000
500 000	5	2 500 000
1 million	2	2 000 000
2 millions	1	2 000 000
Total :		10 500 000

Si cet opérateur hypothétique aligne ses prix sur ceux pratiqués par l'INSEE pour ses produits avals, il réalisera un chiffre d'affaires de 3,1 millions de francs. Cet opérateur doit payer à l'INSEE un certain nombre de charges :

- Des charges fixes, soit 400 000 F pour l'acquisition de répertoire et 325 000 F annuels pour sa mise à jour ; avec une hypothèse d'amortissement sur 10 ans de l'acquisition initiale, ces charges représentent un coût annuel de 365 000 F, soit, en arrondissant, 400 000 F ;
- Des charges variables correspondant aux redevances ; la structure des commandes envisagée pour l'opérateur hypothétique le conduiront à verser à l'INSEE 900 000 F de redevances annuelles.

La marge brute de l'opérateur serait donc de 1,8 MF. Dans l'hypothèse précédente, où les prix de vente des produits finis ont été alignés sur ceux pratiqués par l'INSEE sur le marché aval parce que ces produits seraient exactement de même nature que ceux vendus par l'INSEE (fichiers non enrichis), les charges propres que doit supporter l'opérateur pour être actif sur le marché sont les suivantes :

- coût du personnel nécessaire pour réaliser les opérations de lecture, extraction (opération consistant à sélectionner dans un fichier un sous-ensemble de données préexistantes), tri, et tabulation des fichiers ;
- coût des moyens machine, du développement des outils logiciels en prenant en compte une durée d'amortissement ;
- coût de commercialisation (marketing).

Dans ses observations, la société Cegedim évalue ses propres charges à 1,7 millions de francs de charges de rediffusion, déduction faite des charges d'enrichissement des produits SIRENE. Ces charges correspondent à un volume réel d'adresses louées égal à 12 millions d'unités, supérieur au volume de l'opérateur hypothétique ici considéré.

Ce niveau constitue donc un plafond pour l'opérateur hypothétique qui dégagerait tout de même, sur cette base, une marge annuelle nette de 0,1 MF.

Il résulte de ce qui précède que les opérateurs de taille raisonnable peuvent vendre des fichiers fabriqués par extraction de données à partir de répertoire SIRENE à des prix comparables à ceux pratiqués par l'INSEE pour des fichiers comparables tout en dégageant une marge nette significative. L'affirmation de base de la société Cegedim n'étant pas établie, il n'est donc pas nécessaire de se livrer à une analyse concurrentielle des pratiques invoquées dans la saisine.

■ D. - Toutefois, il existe des difficultés propres à certains types de produits

Sans qu'il soit nécessaire ici de reproduire tous les tests qui ont été effectués par le rapporteur du Conseil, et qui ont été soumis au contradictoire à l'occasion de la notification du rapport, le présent avis s'attachera à tirer les conséquences de la difficulté détectée par le rapporteur en ce qui

concerne les fichiers d'entreprises de grande taille et qui justifie que soit menée une analyse concurrentielle complète.

1. - La définition des marchés

Les fichiers d'informations sur les entreprises se trouvent au cœur d'activités variées comme le marketing direct et les services de renseignement commerciaux. Il existe, d'ailleurs, deux types de rediffuseurs : les rediffuseurs de fichiers pour le marketing direct et les rediffuseurs d'informations commerciales. Le secteur concerné est ici celui des fichiers d'informations sur les entreprises à usage de marketing direct.

a) L'existence de marchés des fichiers de prospection sur les entreprises

La réalisation d'opérations de marketing direct suppose au préalable la constitution de listes de prospects extraits de bases de données informatisées par la mise en oeuvre de techniques plus ou moins élaborées, consistant, par exemple, en des extractions à partir de critères de segmentation ou en des opérations de déduplication (traitement permettant de rapprocher des adresses présumées identiques lors de la confrontation de fichiers différents). Pour alimenter leurs fichiers et effectuer les mises à jour nécessaires, les professionnels vont devoir disposer d'un certain nombre de sources de renseignement. En effet, la multiplication des sources permet d'enrichir les fichiers, d'optimiser la mise à jour des données, de confronter les données les une aux autres. Outre les sources institutionnelles, les professionnels ont recours, notamment, à des partenariats avec des assureurs, banques et autres organismes financiers, à des enquêtes systématiques sur les dirigeants et les changements d'adresses et cherchent à avoir accès à des fichiers clients d'entreprises, riches en information.

L'INSEE commercialise ainsi lui-même un certain nombre de produits ou services à partir du répertoire SIRENE, parmi lesquels se trouvent les produits de location (adresses extraites du répertoire SIRENE pour opération de marketing direct à usage unique), les produits de cession et mise à jour (mise à disposition d'extraits du répertoire pour usage multiple et livraison des mises à jour) et les prestations de « *sirenage* » (mise en concordance d'un fichier client avec le répertoire SIRENE). Les manipulations réalisées par l'INSEE sur le répertoire SIRENE pour élaborer les différents produits SIRENE consistent en des extractions à partir de critères de segmentation (standard ou personnalisés). Il convient de noter que l'INSEE ne commercialise pas le répertoire SIRENE brut. En effet, il a réalisé au préalable un certain nombre d'opérations préalable à la commercialisation : mise aux normes, suppression des codes de gestion, application des règles de secret, d'opposition à la diffusion pour certaines unités, enrichissement, codifications supplémentaires, documentation.

Les fabricants de fichiers de prospection qui souhaitent intégrer les informations issues du fichier SIRENE dans leurs fichiers doivent conclure avec l'INSEE une licence de rediffusion. Ils sont alors autorisés à proposer des produits de même type que ceux vendus par l'INSEE. En outre, ils procèdent à des améliorations (normalisation postale, radiations, notamment) et

Avis / 01-A-18

1053

à des enrichissements (ajout de numéros de téléphone, fax, informations financières, notamment). Pour élaborer de tels produits, leurs activités ne se limitent donc pas à la seule rediffusion d'un produit existant, mais nécessitent, notamment, des opérations de traitement de données.

Les fichiers de prospection sur les entreprises résultent de l'application de critères de sélection destinés à cibler une catégorie d'entreprise pour la réalisation immédiate d'opérations de marketing direct ou bien pour servir de base de départ à l'élaboration d'un fichier de prospects. Ils sont équivalents à des listes d'adresses, éventuellement accompagnées d'informations supplémentaires permettant à l'utilisateur final de mieux cibler sa clientèle. Il existe différentes sources d'information sur les entreprises, plus ou moins exhaustives et plus ou moins riches en informations. L'utilisation croisée de ces différentes sources d'information et le recours à d'autres moyens de recueil d'informations (enquêtes, centres d'appels) permettent aux professionnels de proposer des fichiers de prospection de plus en plus ciblés pour répondre aux demandes des utilisateurs finals pour le marketing direct. L'INSEE lui-même recourt à des enquêtes et à des croisements avec des fichiers d'origine administrative (notamment le Bodacc). Le fait que d'autres professionnels du secteur (notamment les rediffuseurs qui apportent des améliorations et des enrichissements au fichier SIRENE), proposent des fichiers plus ciblés que l'INSEE, plus enrichis et faisant appel à des outils de traitements de données plus sophistiqués, permet d'apporter une certaine diversité de l'offre, de mieux l'adapter aux besoins opérationnels des entreprises en marketing direct, mais n'empêche pas de reconnaître que l'INSEE, les rediffuseurs et les autres professionnels des fichiers de prospection sur les entreprises agissent sur le même marché.

Tous les fichiers de prospection ne sont pas substituables entre eux : ils diffèrent par leur taille et par certains éléments importants de leur contenu. Le marché fonctionne soit par l'élaboration de fichiers correspondant aux besoins spécifiques des utilisateurs finaux, soit, si leur besoin correspond à un fichier ne présentant pas d'originalité marquée, par la cession ou location de produits standards. Les fichiers de grande taille pour lesquels des problèmes ont été détectés, peuvent être considérés comme constituant un marché spécifique pour les raisons suivantes :

- Ces fichiers ont peu de chances d'être spécifiques dans la mesure où ils sont généralement fabriqués par extraction, sur la base d'un petit nombre de critères, à partir d'un répertoire exhaustif ;
- Du point de vue de l'offreur, l'élaboration de tels fichiers est, précisément, réalisée par extraction à partir d'un répertoire plutôt que par accréation d'informations recueillies à partir de sources limitées, opération qui serait coûteuse et difficile.
- L'usage de ces gros fichiers est également particulière : ils ne sont pas destinés à cibler une clientèle particulière mais au contraire à atteindre un très grand nombre d'entreprises ; en d'autres termes, les qualités recherchées seront d'abord l'exhaustivité et l'exactitude des informations, qui ne doivent pas avoir à être revérifiées ou recoupées ; dans le cas de petits fichiers, c'est l'adéquation des critères de sélection aux besoins commerciaux de l'utilisateur final qui constitue le point essentiel.

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de définir un marché de la cession de fichiers de prospection de grande taille, sur lequel l'INSEE et des opérateurs privés sont en concurrence entre eux.

b) L'existence d'un marché de la cession du répertoire SIRENE

Exhaustivité, mises à jour et richesse des informations sont des critères majeurs de qualité des sources d'informations sur les entreprises qui sont utilisés pour élaborer les fichiers. Le fichier SIRENE, représente une source d'information unique pour les professionnels agissant sur le marché des fichiers de prospection sur les entreprises.

En effet, le répertoire SIRENE présente trois traits caractéristiques importantes qui tiennent à l'image de marque de l'INSEE, à l'exhaustivité du fichier, et à ses mises à jour régulières.

En premier lieu, lors de l'élaboration du répertoire SIRENE, l'INSEE attribue aux entreprises ou aux établissements un identifiant numérique obligatoire appelé n° SIREN (entreprise) ou SIRET (établissement) et un code APE (Activité principale exercée). Ces codes s'imposent à l'ensemble de l'administration et aux entreprises et sont utilisés par les professionnels de fichiers pour effectuer des recoupements de fichiers ou des segmentations. Le fait que seul l'INSEE puisse attribuer ces codes contribue à conférer au fichier SIRENE une sorte de labellisation reconnue et exigée par de nombreux opérateurs économiques.

En deuxième lieu, il existe, ainsi que l'indique l'INSEE, plusieurs sources d'informations légales plus ou moins exhaustives sur les entreprises, notamment le registre national du commerce et des sociétés (RNCS) géré par l'INPI et l'annuaire pages jaunes de France Télécom. Mais le RNCS, qui recense les entreprises inscrites au registre national du commerce et des sociétés, ne comporte pas les catégories suivantes : professions libérales, administrations, associations, artisans non commerçants et syndicats et la substituabilité avec le fichier SIRENE n'est donc que partielle et limitée au champ des entreprises ayant la qualité de commerçants. L'annuaire pages jaunes, du fait de sa structuration à partir des numéros de téléphone, présente l'inconvénient d'être moins complet (notamment les sociétés d'un groupe disposant d'un standard groupé ne seront pas référencées dans l'annuaire) et de ne pas comporter l'identifiant numérique SIREN ou SIRET. Le fichier SIRENE constitue donc le seul répertoire officiel exhaustif de toutes les entreprises immatriculées en France et de leurs établissements;

En troisième lieu, les données d'état-civil sont exclusivement mises à jour par les déclarations administratives obligatoires, traitées quotidiennement. En ce qui concerne les données de classification économique ou statistique (notamment l'effectif salariés, l'activité principale exercée, le chiffre d'affaires), l'INSEE a recours à des opérations particulières, notamment des enquêtes. Ces modes de constitution du fichier sont propres au répertoire SIRENE et lui confèrent une certaine garantie de qualité et de mise à jour des informations par rapport à d'autres produits informationnels.

Compte tenu de ce qui précède, il y a donc lieu de définir un marché du répertoire SIRENE.

c) L'existence de marchés connexes au marché de la cession du répertoire SIRENE

Les entreprises qui font l'acquisition du fichier SIRENE, que ce soit pour leur usage propre ou pour exercer une activité sur le marché des fichiers de prospection, ont généralement besoin de s'abonner à des mises à jour ; un marché de la mise à jour du fichier SIRENE peut donc être défini. Par ailleurs, les entreprises disposant de leur propre fichier et qui souhaitent le mettre en conformité avec les données contenues dans le fichier SIRENE, peuvent s'adresser soit à l'INSEE, soit, depuis 1998 à des licenciés de l'INSEE, pour faire réaliser une opération dite de «*sirénage*» de leur propre fichier. Un marché spécifique du sirénage peut donc être défini.

d) Sur la position de l'INSEE sur le marché de la cession du répertoire SIRENE et sur les marchés connexes

L'INSEE est, de fait, le seul producteur de ce répertoire. Il dispose de plus, du fait de ses missions légales, de moyens uniques pour assurer la collecte des données grâce à un réseau dense chargé de recueillir les informations (en l'occurrence les CFE ou centres de formalités d'entreprises). Aucun autre producteur n'est en mesure de proposer un produit qui serait substituable au fichier SIRENE. Il détient, de ce fait, une position dominante sur le marché du répertoire SIRENE.

e) Le fichier SIRENE peut être considéré, vis à vis des producteurs de fichiers de grande taille, comme une «*facilité essentielle*»

Dans beaucoup de cas, les offreurs de fichiers, même s'ils ont une préférence marquée pour la ressource SIRENE, peuvent recourir à d'autres sources d'information, comme le registre du commerce ou le répertoire téléphonique (annuaire «*feuilles jaunes*»).

Cependant, cette affirmation n'est pas exacte lorsque les offreurs doivent répondre à une demande de très gros fichiers (de plusieurs centaines de milliers à plusieurs millions de notices).

En effet, l'élaboration de fichiers de prospection exhaustifs d'une telle taille à partir d'autres ressources demanderait des efforts considérables et le produit fini serait vraisemblablement trop coûteux pour être acheté par les demandeurs. Au contraire, l'extraction de gros fichiers à partir du fichier SIRENE est une opération relativement facile et peu coûteuse, dans la mesure où l'extraction est d'autant plus aisée que le fichier obtenu contient une plus grosse part des informations du fichier d'origine.

Ainsi, les opérateurs qui désirent vendre des fichiers de prospection de très grande taille ne peuvent le faire à un coût acceptable qu'en partant d'une «*matière première*» qui ne peut être que le fichier SIRENE. Non duplicable à un coût raisonnable, le fichier peut être considéré comme une «*facilité essentielle*» au sens de droit de la concurrence. Par ailleurs, l'INSEE est non seulement le producteur de cette facilité essentielle mais également un vendeur de fichiers fabriqués à partir de cette ressource, par extraction et, éventuellement, enrichissement.

Il résulte de la jurisprudence, tant française que communautaire, que l'entreprise en position dominante qui détient une «*facilité essentielle*», et qui est active sur le marché concurrentiel d'aval pour lequel le recours à la facilité essentielle est nécessaire, doit :

- Ouvrir l'accès à la facilité essentielle à ses concurrents ;
- Pratiquer, vis-à-vis des concurrents, des tarifs d'accès à la facilité essentielle qui ne soient pas discriminatoire par rapport à ce que l'entreprise dominante se facture à elle-même, fictivement le cas échéant, pour son propre accès à cette facilité.

Ainsi le Conseil est d'avis qu'il existe un marché de la cession du répertoire SIRENE sur lequel l'INSEE est en position dominante. Il existe également un marché de la cession des fichiers de prospection de grande taille ; ces fichiers sont fabriqués exclusivement à partir du répertoire SIRENE, lequel constitue pour les opérateurs du second marché une «*facilité essentielle*». La fabrication des fichiers de grande taille comporte au minimum des activités d'extraction qui sont réalisées aussi bien par l'INSEE que par les opérateurs privés. L'INSEE et les opérateurs privés sont donc en concurrence sur ce marché aval, même si les fichiers peuvent aussi résulter d'activités d'enrichissement qui semblent davantage être le fait des opérateurs privés. En conséquence, l'INSEE est tenu d'offrir à ses concurrents un accès au répertoire SIRENE à des conditions non discriminatoires par rapport à celles qu'il s'impute à lui-même pour l'alimentation de ses activités d'aval. L'existence d'un effet de ciseau au sens strict, c'est-à-dire provoquant l'exclusion de tout opérateur au moins aussi efficace que l'opérateur dominant, peut constituer un indice déterminant de ce que cette condition n'est pas respectée.

2. - Recherche d'effets de ciseau pesant sur la vente de fichiers de grande taille

L'INSEE pratique dans ses tarifs un plafonnement de la redevance à 520 000 F, ce qui fait que la redevance n'augmente plus au delà de 2 600 000 unités cédées. Ce plafonnement n'est pas prévu dans l'arrêté du 11 août 1998, mais il est stipulé au § 4, article 10 des licences de rediffusion (voir § B3 sur les conditions tarifaires de l'INSEE). Il convient donc de distinguer selon les conditions tarifaires définies dans les contrats et celles définies dans l'arrêté.

a) Les conditions tarifaires définies dans les contrats de l'INSEE

L'INSEE prend en compte l'intensité de l'usage des données par le client final par un système de facturation modulé en fonction du nombre de postes ayant accès au répertoire (application par l'INSEE, au-delà de 5 postes, d'une majoration des tarifs de cession égale à 30 % et, au-delà de 50 postes, d'une majoration de 60 %).

Sur cette base, le rapporteur s'est intéressé à la situation d'un opérateur actif sur les marchés des fichiers de prospection et dont l'activité consisterait à acquérir des droits d'accès au répertoire SIRENE pour céder ensuite des

fichiers en limitant ses opérations propres à une simple extraction de même nature que celle à laquelle se livre l'INSEE pour répondre à la même demande. Les tableaux suivants reposent sur l'hypothèse d'un strict alignement des prix de revente des opérateurs privés sur ceux pratiqués par l'INSEE en direction de ses propres clients finaux.

Nombre d'unités cédées	Prix unité en cF			Recette hors redevance en cF		
	monoposte	multiposte 1,3	multiposte 1,6	monoposte	multiposte 1,3	multiposte 1,6
5 000	67	87	107	47	67	87
10 000	63	82	101	43	62	81
100 000	49	63	78	29	43	58
500 000	41	53	65	21	33	45
1 million	32	42	52	12	22	32
2 millions	19	24	30	-1	4	10
France entière (4,7 millions)	9	11	14	-3	0	3

Nombre d'unités cédées	Coût d'amortissement du répertoire SIRENE en cF	Montant restant en cF		
		monoposte	multiposte 1,3	multiposte 1,6
5 000	7	40	60	80
10 000	6	37	56	75
100 000	5	24	38	53
500 000	4	17	29	41
1 million	3	9	19	29
2 millions	1	- 2	3	9
France entière	0,4	- 3	- 0,4	2

Il y a lieu de constater que le montant brut restant au rediffuseur va jusqu'à s'annuler et devenir négatif dans les cas suivants :

- lorsque la demande porte sur des cessions de fichiers comportant plus de 1 million d'unités en utilisation monoposte ;
- lorsque la demande porte sur des cessions de fichiers comportant plus de 2 millions d'unités en utilisation multiposte 1,3.

Dans ces zones de taille de fichier et d'intensité de l'usage (indiquées dans le tableau ci-dessus en caractère italique), un rediffuseur ne peut en aucune manière être présent de façon rentable sur le marché, même s'il est aussi efficace que l'INSEE dans ses activités d'extraction.

Dans les autres cas, concernant des fichiers de grande taille, l'existence d'une marge brute positive ne signifie évidemment pas une absence de problème : encore faut-il, pour qu'il n'y ait pas d'effet de ciseau, que les coûts propres d'un opérateur au moins aussi efficace que l'INSEE pour réaliser les activités d'extraction (et de commercialisation subséquentes) ne dépassent pas le montant de la marge brute. Dans l'ignorance des coûts réellement supportés par l'INSEE, il est difficile de mesurer avec précision l'étendue de la zone qui fait problème.

En revanche, dans les autres zones, les résultats semblent indiquer la possibilité d'une activité rentable pour les rediffuseurs, y compris pour certains fichiers de grande taille. En effet comme le montre le tableau ci-après, le rediffuseur dispose d'un montant de l'ordre de 50 % en moyenne supérieur au cas de la location pour couvrir les coûts engendrés par la cession d'extraits du répertoire. Cela semble suffisant dans la mesure où la cession d'unités n'engendre pas significativement plus de frais techniques que la location d'unités.

Nombre d'adresses fournies	Montant restant cF cas de la location	Montant restant cF cas de la cession	Variation pourcentage
5 000	29	40	38 %
10 000	26	37	43 %
100 000	19	24	25 %
500 000	15	17	11 %
1 million	12	19 (1)	50 %
2 millions	5	9 (2)	80 %
France entière	1,6	2,1 (2)	30 %

(1) tarif multiposte 1,3 - (2) tarif multiposte 1,6

L'INSEE indique : «La vente de gros extraits du répertoire, pour une utilisation monoposte est extrêmement rare voire purement théorique ; la plupart du temps ces achats sont le fait de grosses sociétés à succursales multiples qui rendent le répertoire accessible à l'ensemble de leur réseau». Il y a lieu, en effet, de tenir compte du fait que les fichiers de grande taille sont la plupart du temps cédés à des clients (souvent des entreprises de grande taille notamment banques, assurances) qui souscrivent des licences d'usage final en multiposte, alors que les fichiers de petite taille sont plutôt cédés à des clients qui souscrivent une licence d'usage final en monoposte. Ainsi, les zones de taille de fichier et d'intensité de l'usage pour lesquelles les conditions d'existence d'une activité concurrentielle entre l'INSEE et le rediffuseur semblent réalisées, concernent la grande majorité des cas.

Cependant, on ne peut exclure le cas d'une commande portant sur la mise à disposition d'une grande quantité d'unités du répertoire SIRENE par une entreprise désirant en faire une utilisation centralisée sur un nombre limité de postes inférieur à 5 (utilisation monoposte). Les entreprises saisissantes avancent que certaines entreprises peuvent être amenées à réaliser des opérations de marketing direct sur un très grand nombre de prospects (maisons d'édition, vendeurs par correspondance) et que même si l'entreprise possède de nombreux établissements, l'accomplissement de ces opérations est centralisé au sein d'une entité commune chargée du marketing, dans le cadre d'une utilisation dite monoposte.

b) Les conditions tarifaires définies dans l'arrêté du 11 août 1998

Si l'on se fonde exclusivement sur les dispositions de l'arrêté, il faut tenir compte d'une redevance de 20 centimes par unité cédée, non plafonnée, ce qui fait que la redevance continue d'augmenter au delà de 2 600 000 unités cédées. Cela a pour conséquence d'accentuer l'effet de ciseau tarifaire pour la fourniture du fichier France entière (4,7 millions d'unités). En effet, dans ce cas, le prix de cession par l'INSEE à un utilisateur final est de 400 000 F

(utilisation monoposte), 520 000 F (utilisation multiposte 1,3) et 640 000 (utilisation multiposte 1,6), alors que le montant de la redevance reversé par un rediffuseur pour la fourniture d'un tel fichier s'élèverait à 940 000 F. Ainsi, quelle que soit l'intensité de l'usage par le client, il serait impossible pour le rediffuseur de réaliser une marge pour cette opération.

Ainsi, même en supposant que ses coûts propres soient nuls, hypothèse évidemment extrême, un opérateur privé n'est pas en mesure de pratiquer l'activité suivante : vendre des fichiers de plus de 1 million d'unités pour une utilisation monoposte ou un fichier de plus de 2 millions d'unités pour une utilisation multiposte 1,3. En réalité, l'étendue des activités économiques impossible est sensiblement plus grande puisque, même s'ils sont aussi efficaces que l'INSEE, les opérateurs doivent supporter un minimum de coûts d'extraction et de commercialisation.

c) Sur l'existence de difficultés propres à certains types de produits

Les raisonnements qui précèdent ont été effectués au niveau global de l'activité. Mais il convient, en fait, de distinguer quatre types de produits SIRENE : les produits de location, les produits de cession pour usage multiple, les produits de mise à jour et les produits de «sirénage». Par ailleurs, il se peut que l'ampleur d'un éventuel effet de ciseau soit différenciée suivant la taille des fichiers. Il convient donc de distinguer plusieurs tranches représentées chacune par une taille moyenne de fichier, à savoir 5 000, 10 000, 100 000, 500 000, 1 million, 2 millions d'unités et la totalité du fichier (4,7 millions d'unités) pour les produits de cession à usage multiple, le cas de la location du répertoire entier ne présentant aucune réalité pratique.

Si le montant de la redevance est proportionnel au nombre d'adresses rediffusées, le coût d'acquisition et de mise à jour du répertoire SIRENE est en revanche une charge fixe (indépendante du volume des données mises à disposition par le rediffuseur). Il convient donc d'en estimer l'allocation dans le prix de l'adresse cédée, autrement dit, le coût fixe unitarisé (exprimé par unité cédée) de l'acquisition du répertoire. Contrairement à ce qu'indique la société Cegedim dans ses observations, il n'y a pas de raison objective d'imputer un coût par adresse de l'acquisition du répertoire identique pour chaque commande. En effet, il semble plus approprié de répartir ces coûts proportionnellement au chiffre d'affaires suivant les différentes catégories de taille de fichiers rediffusés.

Les raisonnements qui suivent sont effectués sur la base de l'opérateur théorique précédemment défini.

Compte tenu d'un montant de chiffre d'affaires de 2,2 millions de francs, déduction faite des redevances proportionnelles, le coût d'acquisition et de mise à jour du répertoire SIRENE par adresse s'élève à moins de 20 % du prix de l'adresse hors redevance. Le montant restant au rediffuseur suivant les différents produits pour couvrir le coût de ses activités propres se détermine alors comme il suit :

En ce qui concerne les produits de location

Nombre d'adresses louées	Prix adresse en cF	Prix hors redevance en cF	Montant restant en cF
5 000	44	36	29
10 000	40	32	26
100 000	32	24	19
500 000	27	19	15
1 million	23	15	12
2 millions	14	6	5

En ce qui concerne les produits de mise à jour

Les redevances de cession (redevance perçue par l'INSEE en cas de cession d'unité par un rediffuseur soit 20 centimes par unité) et les redevances de mise à jour (redevance perçue par l'INSEE en cas de prestation de mise à jour effectuée par un rediffuseur) sont dans des proportions similaires avec les tarifs de cession des unités et les tarifs de mise à jour pratiqués par l'INSEE auprès des utilisateurs finals, ainsi que le montre le tableau ci-après.

Périodicité des mises à jour	Tarif de mise à jour en pourcentage du prix de cession	Redevance de mise à jour en pourcentage de la redevance de cession
Semestrielle	40 %	45 %
Trimestrielle	50 %	45 %
Mensuelle	62,5 %	75 %

Dans ces conditions, les conclusions développées dans le paragraphe précédent au sujet des tarifs de cession valent également pour les prestations de mise à jour.

La société Cegedim dénonce, en premier lieu, des effets de ciseau tarifaires qui se manifesteraient pour des quantités d'adresses plus faibles que celles mises en évidence ci-dessus. Ainsi, le rediffuseur ne pourrait maintenir son activité dans des conditions concurrentielles avec l'INSEE, pour des commandes portant sur la location de fichier au delà de 750 000 unités, et la cession de fichiers au delà de 300 000 unités en utilisation monoposte, 750 000 unités en utilisation multiposte 1,3 et 1 million d'unités en utilisation multiposte 1,6. Toutefois, ces données reposent sur l'hypothèse que les coûts de rediffusion propres supportés par le rediffuseur sont répartis uniformément par adresse cédée, pour un montant s'élevant à 16 centimes par adresse. Or cette hypothèse reviendrait à considérer que les coûts de rediffusion engagés à chaque commande sont proportionnels au nombre d'adresses demandées, ce qui ne tient pas compte du fait qu'il existe des coûts fixes par commande non proportionnels à la taille du fichier (notamment les coûts de commercialisation) et que l'extraction de fichiers de petite taille est souvent plus complexe car elle nécessite l'application de plusieurs critères de segmentation. L'imputation d'un montant fixe par adresse ne semble donc pas reposer sur des considérations objectives. Elle aboutit, d'ailleurs, à des marges du rediffuseur importantes pour la fourniture de fichiers de

petite taille, dépassant 40 % pour les fichiers de 5 000 unités. La société Cegedim reconnaît elle-même que cette répartition des coûts ne tient pas compte des coûts fixes supportés à chaque commande quelle que soit la taille du fichier. L'effet de ciseau tarifaire constaté pour la commercialisation des produits SIRENE ne saurait donc avoir l'ampleur exposée par Cegedim.

La société Cegedim, note d'autre part, que les utilisateurs finals qui s'adressent directement à l'INSEE afin de se procurer des produits SIRENE bénéficient d'un tarif dégressif en fonction de la quantité d'adresses achetées, alors que ceux-ci, lorsqu'ils s'adressent à un rediffuseur, supportent indirectement le coût de la redevance, qui n'a aucun caractère dégressif. Cette situation, selon la société Cegedim, aboutirait à un effet discriminatoire dans la mesure où elle créerait une charge financière supplémentaire pour les rediffuseurs.

Toutefois la dégressivité forte des tarifs de l'INSEE à l'égard des utilisateurs finals s'explique par la dégressivité des frais de mise à disposition. Cette dernière, calculée entre le prix de 5000 unités et le prix de 2 millions d'unités, s'élève à 85 % pour la location et à 95 % pour la cession. Une forte dégressivité des frais de mise à disposition n'est pas surprenante dans la mesure où il y a pas de proportionnalité entre le coût des opérations informatiques réalisées à chaque commande et la taille du fichier traité. Dès lors, il est justifié que les frais de mise à disposition calculés par adresse diminuent fortement en fonction du nombre d'unités traitées. En revanche, aucun critère objectif ne semble imposer par principe une dégressivité de la redevance, sauf à considérer qu'elle est rendue nécessaire pour ne pas générer un effet de ciseau tarifaire. L'absence de dégressivité de la redevance ne saurait donc, à elle seule, être de nature à révéler l'existence d'une pratique anticoncurrentielle. Ce sont seulement ses conséquences éventuelles en terme d'effet de ciseau tarifaire, lesquelles sont, de fait, prises en compte dans l'analyse ici conduite, qui sont susceptibles de constituer une pratique prohibée au regard de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Compte tenu de ce qui précède, il y a lieu de retenir l'existence d'un effet de ciseau tarifaire significatif localisé sur des prestations de cession de fichier de plus de 1 million d'unités pour une utilisation monoposte ou bien de cession de fichier de plus de 2 millions d'unités pour une utilisation multiposte 1,3, tout en considérant comme non exclue l'existence d'un effet de ciseau plus large dans les cas où la marge brute restant aux opérateurs ne serait pas suffisante pour couvrir leurs coûts propres d'extraction et de commercialisation, même s'ils sont aussi efficaces que l'INSEE.

3. - La qualification juridique des dysfonctionnements détectés

a) Effet de ciseau et droit des facilités essentielles

L'affaire France Télécom c/Filetech, qui a donné lieu à la décision n° 98-D-60 dont les analyses ont été confirmées, après évocation, par la cour d'appel de Paris (CA Paris 29 juin 1999), offre un exemple classique des exigences pesant sur l'opérateur dominant dont le produit offert en amont est indispensable et non duplicable pour opérer en aval. Comme l'illustre cette dernière décision, il n'est pas toujours indispensable d'apporter la démonstration

comptable de ce que l'entreprise en position dominante pratique une discrimination en sa propre faveur ou encore que les tarifs qu'elle pratique ne sont pas orientés vers les coûts. La simple existence de pratiques commerciales interdisant aux concurrents du marché aval l'accès au marché peut suffire, à condition que l'impossibilité de l'accès ne résulte pas de faiblesses propres à ces concurrents, par exemple le fait qu'ils seraient moins efficaces, dans l'activité d'aval, que l'entreprise dominante.

En d'autres termes, l'existence de l'effet de ciseau peut dispenser de vérifier comptablement si l'entreprise dominante pratique des conditions d'accès discriminatoires dans le cas où il serait impossible même à un concurrent aussi efficace que le dominant d'être actif sur le marché : cette condition est bien satisfaite lorsqu'il est établi que même si les coûts afférents à l'activité d'aval sont considérés comme nuls -alors que cette activité a une existence propre indéniable-, la structure des tarifs de l'opérateur dominant aboutit à une marge négative.

b) En l'espèce, l'effet de ciseau tarifaire peut être qualifié d'anticoncurrentiel

Certes, rien ne permet de penser que l'effet de ciseau tarifaire détecté sur la cession des fichiers de grande taille constituerait un indice d'une stratégie prédatrice. En effet, d'une part, aucun autre indice d'une telle stratégie n'a été détecté ; d'autre part, dès lors qu'un problème n'existe, comme en l'espèce, que sur un segment de marché relativement marginal, toute tentative pour remonter les prix après élimination des concurrents sur ce segment serait vouée à l'échec puisque ces concurrents demeureraient actifs sur la majeure partie du marché et seraient donc prêts à intervenir sur le segment des gros fichiers si les prix pratiqués par l'INSEE venaient à augmenter.

En revanche, il est notable que les effets de ciseau tarifaire détectés concernent des produits d'aval dont il apparaît qu'ils ne peuvent être élaborés qu'en ayant recours aux informations contenues dans le fichier SIRENE, ce dernier n'étant pas duplicable à un coût économiquement raisonnable.

Or, les chiffres précédemment analysés montrent que, dans certaines situations, il est impossible à ces concurrents de dégager une marge brute sur une activité de vente après d'un extrait de grande taille du fichier SIRENE. Les hypothèses retenues pour pratiquer le test de ciseau tarifaire sont telles qu'il n'est pas possible d'en imputer l'existence à une inefficacité particulière des concurrents privés ; les prix de vente pratiqués par l'INSEE sur le marché aval ne semblent pas davantage présenter de caractère anormal.

L'effet de ciseau semble donc bien n'avoir pour origine qu'une fixation des tarifs d'amont discriminatoire. Cependant, pour affirmer que cette situation est de nature à écarter les concurrents d'aval du marché, il convient d'être certain que l'acquisition du fichier SIRENE et d'une licence de rediffusion est indispensable pour être actif sur le marché des fichiers de prospection. Certes, l'accès aux informations contenues dans le fichier SIRENE est, comme cela a été exposé plus haut, indispensable à tout opérateur qui entend commercialiser des fichiers de prospection de gros volume. Mais, comme le fait valoir l'INSEE, les opérateurs peuvent agir sur le marché sans

acquérir eux-mêmes le fichier SIRENE. Ils peuvent, par exemple, agir comme commissionnaires de l'INSEE.

L'entreprise commissionnaire est un commerçant agissant en son propre nom et pour le compte du commettant, en l'espèce de l'INSEE. Dans ce cas, le prix facturé au client est celui pratiqué par l'INSEE et le commissionnaire est assuré d'une rémunération de 20 % sur le montant global de la transaction. Il y a lieu d'examiner si le statut de commissionnaire, auquel sont incités à se positionner les rediffuseurs pour la diffusion des fichiers de grande taille, constitue une solution pouvant se substituer, d'une manière satisfaisante sur le plan de la concurrence, au statut de rediffuseur, du moins pour des cas de cession de fichier de grande taille en utilisation monoposte ou faiblement multiposte.

Il y a lieu de noter à cet égard, en premier lieu, que c'est la concurrence exercée sur les prestations de segmentation et d'extraction de fichiers qui permet aux clients directs de disposer de produits mieux ciblés à des prix compétitifs. Or, le statut de commissionnaire ne permet pas d'instaurer une telle concurrence puisque, d'une part, l'entreprise commissionnaire ne peut plus effectuer elle-même les opérations de segmentation et d'extraction du fichier SIRENE qu'elle pouvait proposer en tant que rediffuseur, et que, d'autre part, ce statut ne lui permet pas de fixer librement ses prix.

En second lieu et surtout, la société Cegedim indique que le statut de commissionnaire ne permet pas d'acquérir des droits d'exploitation des fichiers afin de réaliser une plus value après les avoir modifiés et enrichis. L'INSEE précise cependant que le statut de commissionnaire n'empêche pas l'entreprise de proposer au client, une fois le produit livré, des prestations de service permettant d'apporter sa propre valeur ajoutée au produit et de le faire ainsi bénéficier des traitements qu'il opère lui-même sur son propre fichier mais cette affirmation est contestée par la société Cegedim qui indique qu'elle n'est pas en mesure de proposer des prestations additionnelles sans avoir à verser à nouveau des redevances à l'INSEE. L'article 6.1 du contrat de commissionnaire stipule : *«Le commissionnaire s'interdit expressément... de procéder lui-même, sur tout ou partie des produits, à des prestations additionnelles, sauf celles susceptibles d'être convenues entre le commissionnaire et l'utilisateur final pour les besoins propres de ce dernier dans le respect des conditions générales de commercialisation»*. Il n'apparaît pas, au vu de cette disposition et des déclarations de l'INSEE en séance, que l'opérateur pourra, dans tous les cas, réaliser des prestations additionnelles dans des conditions équivalentes à celles permises par le statut de rediffuseur, sans versement de redevances (l'utilisateur final ayant déjà contribué au paiement des droits d'accès), et ce, tout particulièrement, pour les opérations de validation et améliorations sur les adresses issues du fichier SIRENE.

Ainsi, il n'est pas établi que le statut de commissionnaire constitue une solution alternative pouvant se substituer, d'une manière satisfaisante sur le plan de la concurrence, au statut de rediffuseur, notamment pour des cas de cession de fichier de grande taille en utilisation monoposte ou faiblement multiposte.

En conséquence, l'acquisition du fichier SIRENE et d'une licence de rediffusion constitue bien une condition indispensable à l'exercice de l'activité de vendeur de fichiers de prospection de grande taille. Dès lors qu'un effet de ciseau se manifeste chaque fois que l'opérateur entend vendre un fichier de prospection de grande taille en utilisation peu intensive, les tarifs de cession du fichier SIRENE combinés avec les tarifs de la licence de rediffusion présentent un caractère discriminatoire au regard de ce que l'INSEE se facture à lui-même et peuvent avoir un effet anticoncurrentiel sur le marché des fichiers de prospection.

Avant de déduire de ces analyses une qualification au regard des dispositions qui répriment les abus de position dominante, il convient encore d'examiner les trois points suivants :

c) Il est nécessaire, en premier lieu, de s'interroger sur les conséquences à tirer de la détention, par l'INSEE, de droits de propriété intellectuelle

Le droit de la concurrence ne porte pas atteinte, en principe, aux droits reconnus au titre de la propriété intellectuelle, parmi lesquels figure, au premier chef, la liberté reconnue au détenteur du droit d'accorder ou de refuser d'accorder, discrétionnairement, des licences ainsi que de fixer, également de manière discrétionnaire, le montant des redevances. Cependant, le «*droit des facilités essentielles*», dont s'inspirent largement les développements ci-dessus, repose sur une logique qui semble incompatible avec les choix discrétionnaires reconnus aux détenteurs de droit de propriété intellectuelle, dans le cas où la mise à disposition de la facilité suppose également la cession d'un droit de propriété intellectuelle.

Cette contradiction a conduit à l'édification d'une jurisprudence communautaire dans les cas où l'opérateur dominant détient un droit de propriété intellectuelle sur le produit amont indispensable à l'exercice de l'activité concurrentielle d'aval et non duplicable. Dans l'affaire dite «*Magill*», la Commission, dont la décision a été confirmée par le TPI et la CJCE (C-241 et 242/91 RTE et ITPc/Commission [1995] ERR I – 743), a considéré qu'un refus de licence était interdit par le droit de la concurrence s'il était dépourvu de justification et conduisait à empêcher l'apparition d'un nouveau produit pour lequel il existait une demande. Il est généralement considéré que la jurisprudence ultérieure a précisé la portée de l'arrêt Magill en indiquant que le refus de licencier ou de vendre, fondé sur la détention d'un droit de propriété intellectuelle ne relève pas de la qualification prévue par l'article 82 du Traité sauf s'il concerne un produit ou un service qui doit être essentiel à l'activité d'aval, en ce qu'il n'y aurait pas de substitut réel ou potentiel, ou s'il empêche la naissance d'un nouveau produit malgré l'existence d'une demande potentielle spécifique, constante et régulière de la part des consommateurs (TPI T-904/93 Tiercé Landbroke c/Commission).

Il est clair que l'octroi d'une licence à des conditions ne permettant pas d'en faire une exploitation économique, comme c'est le cas en l'espèce, peut être assimilé à un refus de licencier.

En appliquant les principes dégagés par la jurisprudence ci-dessus à la présente affaire, il apparaît, en premier lieu, que des conditions de licence qui empêcheraient seulement les opérateurs d'aval d'exercer une simple activité de revente du répertoire SIRENE ne seraient pas constitutives d'un abus de position dominante. En effet, les utilisateurs finaux ont la faculté d'obtenir ce même produit auprès de l'INSEE, seul détenteur des droits de propriété intellectuelle. Aucune activité distincte de celle de l'INSEE, aucun produit nouveau ne se trouverait privé d'accès au marché du seul fait que l'activité de pure rediffusion n'est pas possible sur de gros fichiers.

En revanche, l'instruction de l'affaire et les débats en séance ont fait apparaître que les fichiers, même volumineux, demandés par les utilisateurs finaux différaient toujours sur un point, et pouvaient différer sur deux, du répertoire SIRENE :

- en premier lieu, dans tous les cas, une opération d'extraction des données, à partir d'un certain nombre de critères, a été opérée, soit par l'INSEE, soit par ses concurrents ; cette activité économique, quoique restreinte, est bien distincte de l'activité par laquelle l'INSEE a élaboré le répertoire ; toutefois, il est indéniable que l'INSEE continue à détenir des droits de propriété intellectuelle sur l'extrait ; de plus, dès lors que des extraits peuvent être achetés ou loués directement auprès de l'INSEE, il résulte des jurisprudences susrappelées que l'INSEE n'est pas tenue d'accorder des licences de rediffusion ; dans ces conditions, il ne saurait lui être fait obligation de les consentir dans des conditions garantissant la concurrence en aval ;
- cependant, et en second lieu, les fichiers proposés par les opérateurs privés ne sont pas seulement des extraits purs de fichiers SIRENE ; ils font généralement l'objet d'enrichissements et de traitements spécifiques de la part des opérateurs ; si ces enrichissements et traitements diffèrent de ceux proposés par l'INSEE et correspondent à une demande spécifique des utilisateurs de fichiers, la jurisprudence conduit bien à obliger l'INSEE à licencier l'accès au répertoire SIRENE de façon à permettre la naissance de ces activités spécifiques ; cette licence doit évidemment être accordée dans des conditions qui permettent aux activités en cause de se développer.

A deux reprises, selon des affirmations de la société Cegedim non démenties par l'INSEE, des demandeurs de gros fichiers ont expressément souhaité les obtenir auprès de Cegedim à cause des retraitements particuliers opérés par cette dernière. Cependant, les tarifs que Cegedim était obligé de pratiquer à cause des tarifs amont, ont dissuadé ces clients de procéder à ces acquisitions.

Il semble donc bien que la structure tarifaire de l'INSEE empêche les opérateurs privés de proposer des produits spécifiques et demandés sur le marché à un prix économiquement raisonnable. Dans ces conditions, l'existence d'un droit de propriété intellectuelle sur le répertoire SIRENE ne fait pas obstacle à ce que l'INSEE soit tenu d'en prévoir l'accès à des conditions non discriminatoires par rapport à celles qu'il se consent à lui-même.

L'effet de ciseau n'a été mesuré que sur la production et la vente de simples extraits du fichier SIRENE, dont on a vu qu'ils ne diffèrent pas suffisamment

du répertoire pour que la jurisprudence permette de surmonter l'obstacle constitué par le droit de la propriété intellectuelle. C'est, en revanche, dans les cas où les opérateurs offrent des fichiers enrichis ou retraités de manière spécifique, que, nonobstant son droit de propriété intellectuelle, l'INSEE est dans l'obligation de licencier le répertoire SIRENE dans des conditions permettant l'accès au marché. Mais, pour que cette dernière condition soit satisfaite, l'INSEE doit garantir un accès non discriminatoire : c'est précisément le non respect de cette condition que l'effet de ciseau a permis de détecter.

Il résulte de ce qui précède que l'existence d'un droit de propriété intellectuelle détenu par l'INSEE tant sur le répertoire SIRENE que sur ses extraits n'est pas un obstacle à l'application, en l'espèce, de la théorie des facilités essentielles.

d) Il convient, en deuxième lieu, de s'interroger sur les conséquences à tirer du fait que les problèmes détectés ne se posent que pour un segment relativement marginal du marché

Les deux cas invoqués en séance suffisent-ils à établir l'existence d'une demande potentielle spécifique, constante et régulière au sens de la jurisprudence Tiercé Landbroke ? En outre, ce petit nombre de cas permet-il de penser que la pratique a un effet anticoncurrentiel sensible ?

Le marché des fichiers de prospection existe ; une pluralité d'offres y est active et le nombre de détenteurs de licences de rediffusion, aptes à exercer sur ce marché, est en augmentation. Dans son ensemble, ce marché n'est donc pas affecté par la pratique.

Mais, certains types de demandes adressées à ce marché, bien qu'apparemment peu nombreuses, débouchent sur un échec, les clients n'ayant le choix qu'entre acheter à l'INSEE de gros fichiers non enrichis ou bien payer, pour les fichiers enrichis élaborés par les opérateurs privés, un prix qu'ils semblent considérer comme hors de proportion avec les avantages liés à l'enrichissement. Ainsi, c'est bien un segment entier de marché, celui des gros fichiers, qui se trouve affecté puisque des produits demandés par les consommateurs (des gros fichiers plus riches en information que ceux vendus par l'INSEE) ne peuvent pas y être offerts à des conditions économiquement raisonnables.

Le fait que les pratiques en cause affectent un marché, et non des situations isolées ou disparates, conduit à considérer qu'elles ont un effet sensible.

Par ailleurs, ainsi qu'il a été dit précédemment, la technique de détection des conditions d'accès discriminatoires au répertoire SIRENE sous-évalue les difficultés : les cas où les opérateurs privés dégagent une marge brute comportent vraisemblablement des situations où, une fois les coûts propres d'extraction et de commercialisation pris en compte, la marge nette serait négative. Comme le niveau des coûts à prendre en compte est celui de l'INSEE et que l'information est inconnue, ces situations ne peuvent être déterminées avec précision ; mais leur existence conduit à ne pas minimiser les conséquences résultant des pratiques constatées en raison de la petite taille du segment de marché où des perturbations ont été découvertes.

e) Enfin, les conséquences à tirer des différences entre les prévisions de l'arrêté ministériel et les tarifs réellement pratiqués

Le droit de la concurrence interdit des pratiques ayant un objet ou un effet anticoncurrentiel. En l'espèce, les pratiques effectives de l'INSEE sont celles qui résultent des contrats de licence réellement signés, qui ne produisent d'effets de ciseau anticoncurrentiel que dans les cas suivants :

- lorsque la demande porte sur des cessions de fichiers comportant plus de 1 million d'unités en utilisation monoposte ;
- lorsque la demande porte sur des cessions de fichiers comportant plus de 2 millions d'unités en utilisation multiposte 1,3.

Les conditions tarifaires prévues par l'arrêté ministériel attaqué devant le Conseil d'État produisent, en outre, un effet de ciseau pour les reventes du fichier France entière (4,7 millions d'unités), quelle que soit l'intensité de son utilisation.

Comme aucun objet anticoncurrentiel n'a été mis en évidence par l'instruction, les seules pratiques susceptibles d'être appréhendées par le droit de la concurrence sont celles qui ont des effets, au moins potentiels : le Conseil de la concurrence considère que les seules dispositions de l'arrêté constituant une violation du droit de la concurrence sont celles qui ont donné lieu ultérieurement à une mise en œuvre réelle ; l'effet de ciseau relatif à la cession du fichier France entière pour toute intensité d'utilisation qui ne pourrait résulter que d'une application de l'arrêté, ne paraît donc pas pouvoir être déclaré contraire au droit de la concurrence, sauf à ce que le juge administratif, dès lors qu'il examine *in abstracto* et à la date à laquelle il a été pris, la légalité d'un acte, développe une approche spécifique de l'application du droit de la concurrence à des pratiques prenant la forme d'un acte administratif.

Conclusion

L'analyse du secteur des fichiers informationnels sur les entreprises fait apparaître l'existence d'un marché du répertoire SIRENE, sur lequel l'INSEE détient un monopole qui lui confère une position dominante et révèle l'existence de plusieurs marchés en aval dont un marché de la location d'adresses sur les entreprises et un marché de l'élaboration de fichiers de prospection sur lesquels l'INSEE est en concurrence avec un certain nombre d'opérateurs privés. L'un de ces marchés d'aval est celui de la cession de fichiers de grande taille comportant au minimum plusieurs centaines de milliers d'adresses. Pour les opérateurs actifs sur ce marché, le répertoire SIRENE constitue une facilité essentielle à laquelle, nonobstant les droits de propriété intellectuelle qu'il détient, l'INSEE doit prévoir des conditions d'accès non discriminatoires. L'existence d'un effet de ciseau tarifaire privant de toute marge même des opérateurs dont le coût de l'activité propre serait nul, montre que cette condition n'est pas satisfaite pour les prestations de cession de fichier de plus de 1 million d'unités pour une utilisation monoposte ou bien de cession de fichier de plus de 2 millions d'unités pour une utilisation multiposte 1,3. Il n'est pas exclu que même dans d'autres cas, un effet de ciseau existe, mais

sa détection supposerait une connaissance analytique des coûts de l'INSEE que celle-ci n'a pas été en mesure de produire. Enfin, les analyses précédentes ne portent que sur les pratiques réelles de l'INSEE. Si ce dernier avait vraiment appliqué l'arrêté ministériel au sujet duquel le Conseil d'État est saisi, l'effet de ciseau démontré aurait été plus large.

L'analyse des conditions tarifaires de commercialisation des données SIRENE fixées par l'arrêté du 11 août 1998 du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, a permis de mettre en évidence les points suivants :

L'INSEE a abusé de la position dominante qu'il occupe sur le marché du répertoire SIRENE et enfreint les dispositions de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Il est à noter que l'INSEE, dans ses observations adressées au Conseil de la concurrence, ne conteste pas en bloc la réalité de cet effet de ciseau tarifaire. En effet, même s'il estime que *«le point litigieux au regard du droit de la concurrence, ..., a été, selon toute vraisemblance, sans impact sérieux sur le marché de l'information relative aux entreprises»*, il ajoute qu'il *«il est souhaitable, néanmoins, de mettre l'arrêté du 11 août 1998 en harmonie avec la réalité du marché en complétant ledit arrêté d'une disposition écartant clairement l'occurrence litigieuse»*.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Henry, par Mme Hagelsteen, présidente, Mme Pasturel, vice-présidente, M. Cortesse, vice-président.

La secrétaire de séance,
Françoise Hazaël-Massieux

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Avis / 01-A-18

1069

02-A-01

Avis n° 02-A-01 du 15 février 2002 relatif à l'acquisition de la société European Graphic Group ou E2G, filiale de Hachette Filipacchi Presse par la société Imprimerie Quebecor France

Le Conseil de la concurrence,

Vu la lettre du 29 octobre 2002, enregistrée sous le numéro A 345, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, en application des dispositions de l'article L. 430-1 du code de commerce, d'une demande d'avis relative à l'acquisition, par la société Imprimerie Quebecor France de la société European Graphic Group, filiale de Hachette Filipacchi Médias ;

Vu le livre IV du code de commerce et notamment ses articles L. 430-1 à L. 430-4, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par la société Imprimerie Quebecor France, la société European Graphic Group et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés Imprimerie Quebecor France, European Graphic Group et Hachette Filipacchi Médias entendus,

M. Bovero, délégué général de la Fédération de l'imprimerie et de la communication graphique entendu conformément aux dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Adopte l'avis fondé sur les constatations et les motifs ci-après exposés :

1. - Présentation de l'opération de concentration et des entreprises concernées

La société, objet de la transaction est European Graphic Group ou E2G, holding détenue à 100 % par Hachette Filipacchi Médias regroupant les activités d'Hachette dans le domaine de l'imprimerie et des métiers connexes. Elle a réalisé en 2000, un chiffre d'affaires consolidé de 810 MF et comporte les actifs suivants :

- la totalité du capital de la société HélioCorbeil, imprimerie de labeur utilisant le procédé de l'héliogravure installée dans la ville éponyme ;

- la totalité du capital de la société GraphicBrochage, installée à Pontault-Combault (77) ;
- 50 % des actions de la société Bayard Hachette Routage (ou BHR), installée à Morangis (91), le reste du capital restant détenu par Hachette Filipacchi Médias ;
- 50 % de société HélioCharleroi, imprimerie de labeur utilisant le procédé de l'héliogravure installée dans la ville éponyme, le reste du capital appartenant au groupe belge Albert Frères.

Sociétés reprises	Activité & effectif au 31/12/2000	Chiffres clés au 31/12/2000	Outil industriel
HelioCorbeil	imprimerie 344 salariés	Chiffre d'affaires = 320,5 MF Résultat net = (- 24,9) MF	Tonnage imprimé = [...] T 2 rotatives 2,032 m datant de 1983 et 1986, 2 rotatives 3,08 m de 1990 et 1991
Graphic Brochage	brochage : piquage ou collage, encartage, mise sous film 268 salariés	CA = 163,4 MF Résultat net = (- 2,1) MF	
HelioCharleroi	imprimerie 227 salariés	CA = 270 MF Résultat net = 6,8 MF	Tonnage imprimé = [...] T 3 rotatives 2,45 m datant de 1990/ 94/ 99
BHR	routage 113 salariés	CA = 90,6 MF Résultat net = 3,6 MF	2 sites : Morangis et Pontault-Combault 13 lignes de production

La cession a fait l'objet d'un contrat en date du 30 juillet 2001 portant sur le rachat par Imprimerie Quebecor France de la totalité des actions de E2G. Il s'agit donc bien d'une opération de concentration au sens de l'article L. 430-2 du code : *«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 un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante».*

Cette transaction vient clore le retrait du groupe Hachette de l'imprimerie de labeur, à la suite des ventes antérieures : en France, de Brodard, cédé à Maury en 1999, et, à l'étranger, de Heliocolor (Espagne), cédé en 2000 au britannique Polestar, et de Rotocalco (Italie), cédé en juin 2001 à Pozzoni.

L'acquéreur est la société Imprimeries Quebecor France, filiale à 100 % du groupe Quebecor Inc (Canada) présent dans deux secteurs, la presse/médias et l'imprimerie, pour un chiffre d'affaires total de 54 Mds F en 2000. Quebecor est le premier imprimeur mondial avec un chiffre d'affaires de 50 Mds F en 2000, réalisé à travers 160 sites industriels, répartis entre l'Amérique du Nord (84 % du CA / 125 imprimeries), l'Europe (14 % du CA / 27 imprimeries) et l'Amérique latine (2 % du CA / 7 imprimeries).

En France, Quebecor a réalisé un chiffre d'affaires de 3 370 MF en 2000 pour un volume de produits imprimés de [...] tonnes, employant 3 265 salariés dans 12 implantations industrielles. La filiale française intervient sur 3 métiers, l'imprimerie, le brochage et le routage, et s'est constituée en une dizaine d'années par rachat d'entreprises.

Avis / 02-A-01

1071

Activité / sites	CA en 2000	Outil industriel en 2000
<u>Imprimerie</u> = 6 sociétés		37 rotatives offset et 12 rotatives hélios
<i>Didier Quebecor :</i>		
Mary sur Marne (77)	CA = 1347 MF	- 3 hélios / laize = 3,08 m - 8 offset : 2 x 16 pages, 4 x 32p, 2 x 48 p
Hellemmes (59)	CA = 440 MF	4 hélios / 2,10 m
Strasbourg	CA = 294 MF	2 hélios / 2,10 m + 1 offset 16 p
<i>Blois-Quebecor</i>	CA = 249 MF	3 hélios / 3,08 m + 2 x 1,94 m
<i>Torcy Quebecor (77)</i>	CA = 437 MF	7 offset : 2 x 16 p + 5 x 32 p + 3 offset à plat
<i>La Loupe (28)</i>	CA = 160 MF	7 offset : 2 x 8p + 3 x 16p + 1 x 32 p + 1 x 48p
<i>Fécomme-Quebecor :</i>		
Claye-Souilly (77)	CA = 202 MF	5 offset : 4 x 8p + 1 x 16 p
Nantes		3 offset 8p
<i>Printor Direct</i>		
Beaugency (45)	CA = 400 MF	5 offset : 3 x 8p + 2 x 16p
Brochage & Routage = 4 sociétés	CA = 240 MF4	sites : Aubervilliers, Fontenay-ss- Bois, Lizy-s-Ourcq, Torcy
Photogravure		
Quebecor Numeric	CA = 24 MF	

1072

Quebecor et E2G n'interviennent que sur une partie des productions de l'imprimerie de labeur, les magazines, les imprimés publicitaires et les catalogues, correspondant à 65 % de la production totale du secteur imprimerie de labeur. Les deux entreprises sont absentes des autres activités de l'imprimerie de labeur (affiche, livre, impression en continu et emballage). La fabrication de livres, d'affiches, d'emballages ou de continu, constituent des métiers différents, avec une spécialisation des entreprises pour des raisons d'équipements techniques spécifiques.

L'imprimerie de labeur met en œuvre deux procédés techniques d'impression : l'héliogravure et l'offset. Quebecor utilise les deux technologies alors que E2G est uniquement héliographeur.

Au cours des cinq dernières années, les évolutions marquantes du secteur ont été l'augmentation globale des volumes produits, la baisse constante des prix de vente (égale à 12 % sur la totalité de la période) et la diminution relative de la part de la production réalisée en héliogravure.

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	p 2000 / 1995
Production (milliers tonnes)	1 596	1 633	1 777	1 895	2 034	2 159	+ 35 %
	+ 4 %	+ 2,3 %	+ 8,8 %	+ 6,6 %	+ 7,3 %	+ 6,1 %	
Indice Prix	100	94,6	90,8	88,8	87,5	87	- 12 %
Part de l'héliogravure	18,4 %	17,2 %	17,7 %	17,3 %	17,1 %	16,8 %	+ 13,8 %

(source : FICG)

Quebecor a procédé dans sa notification à une estimation du parc de rotatives installé en France en 2000. L'offset représente un parc de 234 rotatives, dont 39 de technologie la plus récente (machines de 48 et de 64 pages), réparti entre 28 entreprises. L'héliogravure se caractérise par le nombre réduit d'opérateurs (4 entreprises dont 2, Braun et HelioCorbeil, sont uniquement héliographeurs) et de rotatives installées (22 au total sont 12 chez Quebecor, 4 pour HélioCorbeil, 3 pour Braun et 3 pour Decoster).

Concernant les débouchés auxquels s'adressent Quebecor et E2G, ils se répartissaient pour l'année 2000 respectivement entre les éditeurs de presse à hauteur de 51 % pour Quebecor et de 67 % pour E2G, et la distribution pour 49 % et 33 %.

CA 2000 en MF	Quebecor	HelioCorbeil	HelioCharleroi
Éditeurs de magazines	[...] MF	214,8 MF dont : - Hachette = [...] - Emap = [...] - Figaro = [...] - Hachette = [...] - Téléràma = [...]	170 MF dont :
Publicités distributeurs	[...] MF	[...] MF	[...] MF
Catalogues et VPC		[...] MF	[...] MF
Total CA	3 152 MF	301,9 MF	269,8 MF

Les clients sont donc les éditeurs de magazines et les distributeurs, ils partagent en commun le fait d'être le plus souvent des groupes de grande taille, d'envergure internationale.

L'impression de magazines (hebdomadaires ou mensuels) représente en volume 51 % de la production totale de magazines, catalogues et imprimés en 2000 et a cru de 39 % entre 1995 et 2000. L'ensemble représente environ 3 500 titres distribués régulièrement en France pour un tirage de 2 milliards d'exemplaires par an en 2000.

Les principaux éditeurs de presse magazine présents sur le marché français sont :

Hachette Filipacchi Medias (filiale du groupe Lagardère) qui édite 53 titres magazines en France (les plus connus sont *Paris Match*, *Télé 7 jours*, *Elle*) et 157 à l'international, pour un CA de 4,8 Mds F en France et de 16,5 Mds F au total pour 2000.

Prismapresse (filiale du groupe allemand Bertelsmann, 2^e groupe mondial pour cette activité) qui réalise 4-5 Mds F de CA en France pour une dizaine de titres principaux (*VSD*, *Géo*, *Gala*, *Télé Loisirs*, *Femme Actuelle*) et 15,7 Mds F au total au cours de l'exercice 1999/2000.

EMAP France (groupe anglais au 3^e rang mondial) qui a réalisé 245 MF de CA en France avec une quarantaine de titres (*Télépoche*, *Auto-Journal*, *Modes & Travaux*, *Nous Deux*, ...) et 11 Mds F au total en 1999/2000.

Vivendi, à travers sa filiale Havas/CEP devenue Vivendi Universal Publishing, qui a réalisé 21,6 Mds F de CA en 1999 dont 13 Mds F en France avec des titres généralistes (*L'Express*, *L'Expansion*, les magazines de Canal +) et une très forte présence dans la presse professionnelle (groupe *Le Moniteur*, *Usine Nouvelle*, ...).

La Socpresse (groupe *Le Figaro* avec un chiffre d'affaires consolidé de 1,9 Mds F en 1999) qui édite les suppléments magazine hebdomadaire du journal *Le Figaro*.

D'autres groupes, organisés autour d'un titre phare (*Le Nouvel Observateur*, *Le Point*, *Télérama*, *Bayard/Le Pèlerin*, ...), constituent des intervenants de taille plus modeste, le tirage du titre principal pouvant atteindre ou dépasser 500 000 exemplaires.

Les catalogues et les imprimés publicitaires représentent en volume 49 % de la production totale de magazines, catalogues et imprimés pour 2000 avec une croissance de 31 % sur la période 1995-2000. La distribution est cliente de l'imprimerie de labeur dans ses différents métiers : vente par correspondance, distribution généraliste et enseignes spécialisées (tels les voyagistes). Les catalogues pour la vente par correspondance représentent des tirages très élevés et des paginations de plusieurs centaines de pages. Le catalogue La Redoute (groupe PPR) représente 1 200 pages tirés à 7,3 millions d'exemplaires pour la France plus 4 millions pour l'étranger, 5,5 millions d'exemplaires pour les Trois Suisses (Auchan), 3,6 millions pour Quelle, ou 1,6 million pour la CAMIF. Les distributeurs généralistes (Carrefour, Leclerc, Intermarché, Auchan, Casino-Rallye, ...) font éditer des prospectus ou des documents publicitaires à l'occasion de leurs opérations nationales (2 à 5 fois par an) ou régionales (très nombreuses), demandant des tirages qui varient d'une dizaine à plusieurs centaines de milliers d'exemplaires pour des paginations de quelques pages à une centaine.

1074

2. - La définition des marchés pertinents et le caractère contrôlable de l'opération

Aux termes des dispositions de l'article L. 430-1 du code de commerce, une opération de concentration ne peut être soumise pour avis au Conseil au titre du contrôle des concentrations que si une des deux conditions suivantes est satisfaite : *«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 7 milliards de francs, à condition que deux au moins des entreprises parties à la concentration aient réalisé un chiffre d'affaires d'au moins 2 milliards de francs»*.

En l'espèce, la condition tenant au chiffre d'affaires des entreprises concernées par l'opération de concentration n'est pas remplie : au 31 décembre 2000 le chiffre d'affaires de Quebecor France était de 3,3 Mds F, celui de E2G de 810 MF. La part du marché pertinent détenue par l'ensemble constitué de Quebecor et E2G doit donc être examinée.

■ A) - L'activité imprimerie

L'instruction a permis de mettre en lumière plusieurs éléments de différenciation entre l'impression offset et l'impression héliogravure. En particulier, quatre éléments pourraient suggérer que l'héliogravure constitue un marché différent de l'offset. L'investissement initial en héliogravure est environ le double de l'investissement en offset. L'héliogravure valorise au mieux la quantité de papier consommée en autorisant une plus grande liberté quant à l'utilisation d'un format spécifique, alors que l'offset impose un format standard de type A4. Concernant le résultat obtenu, l'héliogravure apporte une garantie de qualité du rendu des couleurs et de sa non-dégradation au fil d'un tirage élevé, conduisant à une plus grande sécurité d'exécution pour l'imprimeur et donc moins de risque de litige avec son client. Enfin, l'héliogravure procure un avantage de coût pour les grands tirages. Comme le font observer les parties, aucun de ces arguments n'est cependant à lui seul convaincant.

S'agissant, en premier lieu, du coût d'achat des machines, il n'est pas contesté qu'une rotative héliogravure de 3,64 m de laize pouvant imprimer jusqu'à 120 pages par tour de cylindre et 60 000 tours par heure représente un investissement d'environ 150 MF, tandis qu'une rotative offset du type Sunday réalisant 48 pages par tour de cylindre avec 70 000 tours par heure coûte environ 80 MF. Néanmoins, la productivité des deux machines étant différente il importe de remarquer, comme le soulignent les parties, que *«ramenée à la page imprimée l'incidence du prix d'achat de l'investissement initial est du même ordre de grandeur»*, même s'il n'est pas strictement identique. En effet, une rotative héliogravure d'un coût de 150 millions de francs peut produire jusqu'à 7,2 millions de pages par heure et une rotative Sunday coûtant 75 millions de francs seulement 3,36 millions de pages à l'heure.

En deuxième lieu les parties font valoir que l'impression de magazines au format non standard, pour laquelle l'héliogravure permettrait d'optimiser la consommation de papier, ne représenterait qu'environ 1,6 % du tonnage des périodiques imprimés en France et ajoutent que l'avantage de coût éventuel en termes de papier consommé pour l'impression de ces magazines en héliogravure est partiellement compensé par la nécessité pour le client de supporter une partie du coût correspondant à la gravure des cylindres héliogravures spécifiques nécessaires pour l'impression dans un format non standard.

En troisième lieu, l'avantage de coût obtenu avec une impression héliogravure par rapport à une impression offset, estimé pour un magazine de 120 pages tiré à trois millions d'exemplaires à 1,9 % du coût d'impression du magazine, est modeste, notamment au regard du fait que le coût d'impression ne représente lui-même que 10 % du prix de revient des magazines selon les affirmations de la société Hachette Filipacchi Médias.

Au total, s'il ne peut être ignoré que, les techniques d'impression en héliogravure et en offset étant différentes, elles ont nécessairement des différences de coût et de qualité, la question pertinente est de savoir si ces différences sont pour les demandeurs, ou pour une part substantielle d'entre eux, d'une importance telle qu'elles les conduisent à considérer que ces techniques ne constituent pas des moyens alternatifs de répondre à un même besoin.

Avis / 02-A-01

1075

L'observation du comportement des acheteurs constitue donc un élément crucial pour confirmer ou infirmer les indices provenant de la description des différences entre les deux techniques et parvenir à la définition du contour du ou des marchés pertinents.

a) Les relations entre l'impression en offset et l'impression en héliogravure

Les parties ne contestent pas que l'héliogravure est difficilement contournable pour les très gros tirages et en particulier l'impression des catalogues de la vente par correspondance.

En revanche, il résulte de l'instruction et des débats qu'un certain nombre de magazines sont imprimés en totalité ou pour partie en offset. La part de la production des magazines assurée par chacun des deux procédés d'impression a, en effet, été affectée par la généralisation, au cours des cinq dernières années, de l'équipement des imprimeurs en rotatives offset de nouvelle génération (offset 48 ou 64 pages). Lors de l'examen en 1996 de la reprise de l'imprimeur offsettiste Cino Del Duca, le Ministre de l'économie avait considéré dans sa décision autorisant l'opération «*que la concurrence entre l'offset et l'héliogravure pour imprimer des publications devrait s'accroître avec l'équipement des opérateurs en machines offset de nouvelle génération capables d'imprimer 48 ou 64 pages à chaque tour de rotative*». En 2000, les imprimeurs français disposaient d'un parc de 31 rotatives de 48 pages et 8 de 64 pages correspondant à une capacité de production globale de 620 000 tonnes par an, devant être rapprochée du tonnage total imprimé en héliogravure en France de 558 000 tonnes la même année.

A titre d'exemples en ce sens, *Ici Paris* (558 000 exemplaires) et *France Dimanche* (600 000 exemplaires), qui font partie de la catégorie des magazines «*people*» sont passés de l'impression en héliogravure à l'impression offset. Pareillement, concernant la catégorie des news magazines, *Paris Match* (750 000 exemplaires) et *Le Figaro Magazine* sont imprimés pour les 2/3 en offset, cependant que *L'Express* (558 000 exemplaires) est imprimé en totalité en offset. *Capital* (400 000 exemplaires), ou *Géo* (353 000 exemplaires) sont également imprimés en offset. *L'Auto-Journal*, qui était imprimé à 100 % en héliogravure en 1996, était passé entièrement à l'offset en 1998, et depuis 2000 est imprimé à 60 % en héliogravure et 40 % en offset. Dans la catégorie des magazines de télévision, on peut entre autres citer *Télé 7 jours* (2 386 000 exemplaires), *Télé Star* (1 850 000 exemplaires), ou *Télérama* (670 000 exemplaires), qui sont pour partie imprimés en offset. De même *Télépoche* (1 054 000 exemplaires), imprimé à 100 % en héliogravure en 1996, puis totalement en offset en 1998, serait depuis imprimé pour partie en héliogravure et pour partie en offset. On constate ainsi que les arbitrages des éditeurs entre les contraintes de prix et délais se font à l'intérieur d'un même magazine et évoluent au cours du temps.

b) La dimension géographique des marchés

Les parties font valoir que nombre des travaux d'imprimerie en héliogravure peuvent être et sont réalisés hors de France et que les producteurs étrangers

situés dans un rayon d'environ 700 km autour de Paris sont aptes à répondre à la demande des VPCistes et des éditeurs de magazines.

Cette internationalisation de la production peut s'expliquer par le fait que les problèmes de délais et surcoûts liés au transport sont peu pénalisants.

Pour la clientèle des distributeurs la question des délais supplémentaires liés à un site d'impression éloigné ne pose pas de difficultés. Leurs imprimés ne sont pas assujettis à une périodicité fixe de parution, ni à un bouclage rédactionnel plus ou moins dépendant de l'actualité. La fabrication peut donc être organisée plusieurs semaines à l'avance et seul un éventuel surcoût résultant du transport pourrait être pris en considération.

La particularité de la distribution de la presse magazine propre à la France pourrait interférer dans la définition de l'aire géographique pertinente pour le marché de l'héliogravure. La diffusion nationale d'un titre rend, en effet, obligatoire la centralisation des livraisons sur Paris aux NMPP, qui le diffusent ensuite dans les régions. Or, on constate que les hebdomadaires destinés au marché français imprimés en héliogravure, sont indifféremment fabriqués en région parisienne, en province ou à l'étranger comme cela a été indiqué par les parties. Les critères déterminants sont les caractéristiques techniques et la disponibilité des rotatives demandées pour les travaux ainsi que les plannings de production, plus que l'éloignement par rapport à Paris.

Le coût du transport apparaît d'autant moins déterminant dans le choix d'un imprimeur, que l'usage dans l'imprimerie est de faire des offres de prix global transport compris.

Selon les données transmises par les parties, le coût du transport peut être évalué à 0,40 F/tonne/km, le chargement se faisant par camion de 25 tonnes de charge utile. Sur ces bases, le coût de transport pour 100 000 exemplaires imprimés en Allemagne ou aux Pays-Bas (700 km de Paris) serait d'environ 16 000 F. En reprenant les postes de dépenses du panel de magazines communiqué par Hachette dans ses deux cas extrêmes (magazine le plus cher et le moins cher) et en se fixant deux hypothèses également extrêmes (un hebdomadaire tirant à plus de 1,5 million et un mensuel tirant à 200 000 exemplaires), le surcoût de transport résultant d'une impression à l'étranger représenterait ainsi 8 % et 3,8 % des coûts de fabrication hors papier.

De plus, comme les parties l'ont fait remarquer en séance, les sites de production de papier se situent au nord de l'Europe. En faisant réaliser leurs travaux d'impression au nord de l'Allemagne, les éditeurs ou les VPCistes économisent donc sur le coût de transport du papier vierge, toujours plus volumineux en raison des chutes.

Dans les faits, La Redoute, qui tire son catalogue à 7,3 millions d'exemplaires pour l'édition française et 4 millions d'exemplaires pour l'étranger, confie l'impression de ce catalogue à des imprimeurs en Allemagne (8 cahiers), en Italie (3 cahiers), aux Pays-Bas (1 cahier) et en France (1 cahier imprimé par Quebecor à Lille) ; les Trois Suisses, qui tire son catalogue à 5,5 millions d'exemplaires, en confie l'impression à des imprimeurs en Allemagne (2 cahiers), en Italie (3 cahiers), en Espagne (1 cahier) et en

France (5 cahiers dont 2 imprimés par HélioCorbeil, 1 par Quebecor, à Lille et 2 par Braun à Vieux Thann) ; Quelle, qui tire son catalogue à 3,6 millions d'exemplaires, travaille avec des imprimeurs en Allemagne (1 cahier), en Italie (3 cahiers) et en France (6 cahiers dont 4 imprimés par Quebecor à Mary et à Lille, et 2 par HélioCorbeil). On peut également relever que la clientèle de HélioCorbeil dans ce domaine d'activité comprend, notamment, des VPCistes comme Neckermann-Allemagne et Quelle-Autriche.

De même, et toujours selon les informations fournies par les parties, un certain nombre d'hebdomadaires ou de mensuels seraient imprimés en totalité ou en partie à l'étranger tels que les hebdomadaires *Télé Star* (2 200 000 exemplaires), *Femme Actuelle* (2 100 000 exemplaires), *Femina Hebdo* (2 290 000 exemplaires), *Côté Femme* (250 000 exemplaires), *Maxi* (860 000 exemplaires), *Télé K7* (380 000 exemplaires), *Oh La !* (200 000 exemplaires), *Elle* (400 000 exemplaires), *Ciné Revue France* (70 000 exemplaires), et *Paris Match* (750 000 exemplaires) ; il en est de même pour les mensuels *Prima* (1 300 000 exemplaires), *Valeurs Mutualistes* (750 000 exemplaires), *Science et Vie* (440 000 exemplaires), *Cuisine Actuelle* (323 000 exemplaires), *Cosmopolitan* (300 000 exemplaires), et *Avantage* (700 000 exemplaires). Les estimations communiquées par les parties évaluent le tonnage des magazines imprimés en héliogravure en France à environ 400 000 tonnes dont 70 000 tonnes exportées à l'étranger, tandis que 80 000 tonnes seraient imprimées à l'étranger et diffusées en France. La part des importations de magazines imprimés en héliogravure dans la diffusion totale en France serait ainsi de l'ordre de 20 % (80 000 tonnes pour 400 000 tonnes). Aucune donnée n'est disponible sur les importations de magazines imprimés en offset.

1078

c) Conclusion

Ces éléments suggèrent, tout d'abord, que pour analyser le fonctionnement de la concurrence il est utile d'examiner séparément l'impression de prospectus et de catalogues de grand tirage pour la VPC et l'impression de magazines. En effet, les contraintes concurrentielles semblent pour partie différentes entre ces deux types de produits. La pression de la concurrence internationale joue un rôle particulièrement important pour l'impression des catalogues et des prospectus, alors que la substituabilité entre les deux techniques d'impression, héliogravure et offset, apparaît moindre, l'héliogravure restant incontournable lorsqu'il s'agit de grands tirages. En revanche, la pression de la concurrence entre technologies joue un rôle particulièrement important pour l'impression des magazines. Ainsi, l'impression des catalogues et prospectus à grand tirage et l'impression des magazines, doivent être considérés comme des marchés pertinents distincts même s'il est exact que certains opérateurs peuvent utiliser leurs capacités de production pour offrir des services d'impression sur l'un ou l'autre de ces marchés. L'impression de catalogues et de prospectus de moyens ou faibles tirages, lesquels sont principalement imprimés en offset, constitue également un marché. Sur ce dernier marché, l'opération ne peut avoir qu'un effet marginal dès lors que E2G n'imprime pas en offset.

Ces éléments de fait suggèrent également que tant pour l'impression de magazines qu'*a fortiori* pour l'impression de prospectus et de catalogues de grand tirage, les demandeurs situés sur le territoire national peuvent s'adres-

ser, et s'adressent dans les faits, soit à des prestataires eux-mêmes situés sur le territoire national, soit à des imprimeurs situés dans une zone relativement proche du territoire national. Il y a donc tout lieu de penser que les prestataires situés dans une zone 700 km de rayon autour de Paris devraient, au minimum, être inclus dans la définition géographique des marchés d'impression, qu'il s'agisse des magazines ou des catalogues et prospectus de grand tirage. Il est d'ailleurs possible que la zone géographique du marché pertinent pour les catalogues et prospectus à grand tirage soit plus étendue.

Ni les statistiques existantes, ni les éléments fournis par les parties ne permettent d'identifier précisément les contours des marchés pertinents ainsi définis. Tout au plus dispose-t-on d'une estimation fournie par les parties concernant leur part dans les capacités de production en héliogravure des imprimeurs situés dans un rayon de 700 kilomètres autour de Paris. Selon les parties cette part s'établirait, après l'opération, à [20-30] %. Par ailleurs, les parties ont fourni une estimation du taux d'utilisation des capacités de production des presses héliogravure en France et en Allemagne, cohérente avec l'estimation du délégué général de la FICG, et selon laquelle le taux d'utilisation des capacités de production serait de 85 % en France et de 80 % en Allemagne. Dans la mesure où une partie substantielle des capacités de production en héliogravure installées dans un rayon de 700 km autour de Paris est implantée en Allemagne, où le taux d'utilisation des capacités est moindre en Allemagne qu'en France et où Québec ne produit pas en Allemagne, la part de marché estimée sur la base des capacités de production installées sous estime vraisemblablement la part effective de Québec dans l'impression en héliogravure. Par ailleurs, cette estimation, puisqu'elle est fondée sur l'observation de capacités de production qui peuvent servir à l'impression de divers types de produits, ne permet pas par nature de distinguer le marché de l'impression de catalogues et de prospectus de grand tirage (pour lesquels le recours à l'impression héliogravure est incontournable) du marché de l'impression de magazine (pour la délimitation duquel il faudrait ajouter les capacités d'impression offset). Elle recouvre donc la totalité du marché pertinent de l'impression de prospectus et catalogues de VPC en héliogravure précédemment défini et une partie seulement du marché pertinent de l'impression de magazines. A l'inverse, elle présente l'avantage d'être fondée sur une analyse des capacités de production des intervenants dans un secteur où les coûts fixes des installations représentent une part très importante des coûts totaux (environ 80 %), et où l'existence de ces capacités constitue dès lors un élément déterminant du jeu concurrentiel et de la puissance relative des acteurs sur les marchés précédemment délimités.

Compte tenu de cette évaluation, le Conseil considère donc que l'opération de concentration est contrôlable sur la base de l'article L. 430-1 du code de commerce.

■ B) - L'activité brochage et routage

Le brochage et le routage sont des activités connexes à l'imprimerie. Elles consistent pour la première dans la finition (assemblage, pliage, encartage

Avis / 02-A-01

1079

et agrafage ou collage) des produits imprimés, et pour la deuxième, dans leur envoi postal en nombre à une liste de destinataires fournie par le donneur d'ordre.

Les activités de brochage et d'impression sont extrêmement liées. En raison des délais très courts de mise en circulation des périodiques ou des catalogues, il est rationnel d'installer les usines de brochage à proximité des imprimeries afin d'éviter les délais et surcoûts qui résulteraient du déplacement d'importants volumes de papier imprimé. Le brochage est une activité de main d'œuvre non qualifiée (l'investissement en machines ne dépassant pas 2 à 5 MF), à faible rentabilité et qui doit gérer des a-coups réguliers dans sa production au cours de la semaine, en fonction des dates de parution des magazines, et au fil de l'année, avec les campagnes promotionnelles des distributeurs ou la parution des catalogues de VPC.

L'apport de Graphic Brochage porte la part de marché de Quebecor de [moins de 10 %] à [moins de 10 %], ce qui lui donne la première place devant Nouvelle Reliure industrielle (avec [moins de 10 %]), Merkhofer ([moins de 10 %]), Brio ([moins de 10 %]) et Nord Brochage ([moins de 10 %]), autres opérateurs significatifs. Toutefois, ce marché est très dispersé.

Concernant le routage, l'acquisition par Quebecor de 50 % de Bayard Hachette routage (BHR) ne lui confère qu'une part de marché supplémentaire de [moins de 10 %] en France, lui donnant une part cumulée avec la sienne de [moins de 10 %] pour un marché français estimé à 9,7 Mds F en 2000 par les parties. Il s'agit là aussi d'une industrie de main d'œuvre consistant dans le tri, le conditionnement sous film plastique et l'affranchissement postal des imprimés. De manière encore plus accentuée que pour le brochage, c'est une activité de main d'œuvre non qualifiée, sans besoin d'investissements initiaux réellement significatifs, et où la compétitivité repose sur la gestion du personnel par rapport à des niveaux de production très fluctuants à court terme. Les clients auxquels s'adresse le routage constituent un périmètre plus large que celui des activités des parties à l'opération et de l'ensemble de l'imprimerie de labeur, puisque y figurent aussi la presse quotidienne nationale, la presse régionale et l'ensemble des entreprises pour leurs demandes de mailings.

1080

3. - L'appréciation de l'opération au regard des règles du droit de la concurrence

■ A) - Le risque d'accroissement des prix

Selon les parties, Quebecor assurera, après l'opération, [...] % des capacités d'impression en héliogravure des magazines, catalogues et imprimés, dans un rayon de 700 km autour de Paris ([10-20] % pour Quebecor et [moins de 10] % pour E2G). L'opération prévoit que les magazines du groupe Hachette continuent à être imprimés par HelioCorbeil, pendant cinq ans.

Compte tenu des parts détenues sur le même périmètre par les grands héliographeurs européens (Rotosmeets [10-20] %, Polestar [10-20] %, TSB [moins de 10] %, Schlott-Sebaldus [moins de 10] %, Burda [moins de 10] % et Bauer [moins de 10] %), l'opération permet à Quebecor de conforter sa position de leader pour l'impression en héliogravure et pourrait faire craindre un risque de hausse des prix, sur le marché de l'impression des catalogues et imprimés, pour lesquels l'héliogravure est difficilement contournable, ainsi que sur le marché de l'impression de magazines.

Ce risque est cependant contrebalancé par plusieurs facteurs. Pour l'impression des catalogues et prospectus, l'entrée d'un nouveau concurrent, l'existence de capacités de production non utilisées chez les concurrents allemands de Quebecor, la concurrence des imprimeurs situés au-delà de la zone de 700 km retenue pour la définition géographique des marchés pertinents, concourent à limiter le pouvoir de marché de Quebecor. Pour l'impression de magazines, la pression concurrentielle de l'offset pèse sur les prix de l'héliogravure. De plus, sur les deux marchés interviennent des acheteurs puissants.

L'arrivée sur le territoire français de nouvelles capacités en héliogravure

A brève échéance, l'offre alternative à Quebecor devrait être complétée grâce à l'entrée d'un nouvel intervenant avec la société Lenglet installée à Caudry (Nord). Cette entreprise est déjà un imprimeur offset significatif et devrait se doter de capacités d'impression en héliogravure avec l'installation de 2 rotatives de 3,684 m de laize dont la mise en service est annoncée pour mai 2002 et mai 2003. La société Lenglet, étant située dans une zone en difficulté, a bénéficié d'aides publiques pour ses investissements et présente des comptes relativement équilibrés. Ce nouvel investissement d'un opérateur national prouve que pour un imprimeur spécialisé dans l'offset, les barrières à l'entrée sont surmontables.

L'existence de capacités de production en héliogravure non utilisées chez les concurrents allemands de Quebecor

Selon la FICG, l'Allemagne a absorbé un tiers des investissements réalisés dans les deux dernières années sur les machines héliogravure de grande laize. En prenant en compte les seules machines de 3,6 m de laize, les plus compétitives par rapport à l'offset, l'Allemagne en détenait 20. Des investissements sur ce créneau ont été récemment réalisés ou sont en cours chez les sociétés Springer et RotoSmeets, alors que Quebecor n'a pas investi dans son parc machines depuis plusieurs années. Une conjoncture dégradée en Allemagne, ayant comme conséquence la disparition récente d'une dizaine de titres de magazines, le repli des annonceurs, et une diminution de 10 % des volumes de la VPC, incitent les imprimeurs héliographeurs allemands à conquérir de nouveaux marchés, afin de bénéficier des économies d'échelle que devraient entraîner leurs investissements de capacité. D'après le délégué de la FICG, les prix du marché allemands ont commencé à dimi-

Avis / 02-A-01

1081

nuer depuis un à deux ans. Il a, par ailleurs, indiqué que le marché allemand était surcapacitaire et a évalué le taux d'utilisation des capacités de production à 80 % (offset et héliogravure confondus) contre 85 % en France.

L'existence de surcapacités de production importantes en héliogravure en Allemagne, et la pression sur les prix qui en résulte, limitent fortement les possibilités que Quebecor aurait d'augmenter ses prix. Les clients, tant dans l'édition que dans la VPC et la grande distribution, déjà habitués à faire appel aux imprimeurs allemands, disposent en effet d'une alternative capable de faire face sans délai à une hausse de la demande.

Par ailleurs, on peut noter que les imprimeurs italiens ont des surcapacités en offset 48 et 64 pages, des prix compétitifs, et cherchent à s'implanter en France, en particulier sur le marché des magazines. L'Espagne, qui bénéficie d'un avantage sur le coût de la main d'œuvre, attaque le marché des catalogues pour la grande distribution.

Au 31/12/2000	Nombre de rotatives hélió	Capacité de production totale en tonnes/an
Allemagne	107	2 389 169
Italie	39	781 441
Pays-Bas	19	362 295
Angleterre	17	343 227
Espagne	10	281 079
France	22	567 101

(source : European Rotogravure Association)

La pression concurrentielle des imprimeurs localisés au-delà de la zone de 700 km autour de Paris

Une offre alternative en héliogravure est disponible aux frontières des marchés pertinents retenus. Cette offre étrangère peut être sollicitée pour les impressions qui ne sont pas directement liée à l'actualité. Selon les données fournies par les parties, sur le total des magazines imprimés en héliogravure hors de France, 45,8 % l'est à plus de 700 km.

La pression concurrentielle de l'offset

Les informations disponibles sur l'offre en offset se limitent au territoire français. Quebecor assure [10-20] % des travaux d'impression en offset en France. L'opération ne modifie rien sur ce secteur, E2G n'étant pas présent sur cette activité. Les autres opérateurs sont principalement l'Imprimerie nationale, avec [10-20] % de l'impression en offset, et un parc rotatives de 6 presses 64 pages, Maury, avec [moins de 10] % et un nouveau parc de 11 presses 48 pages, ou Actis et Sego avec respectivement [moins de 10] % et [moins de 10] % de l'impression en offset.

L'examen de la répartition de la production française selon la technique d'impression utilisée au cours des dernières années, permet d'apprécier

l'augmentation globale des travaux traités en offset. Les 5 dernières années ont été marquées par la diminution de la part de l'héliogravure, passée de 18,4 % des volumes produits en 1995 à 16,8 % en 2000, au bénéfice de l'offset.

L'examen factuel développé dans l'analyse du marché pertinent, démontrant les changements dans les choix de technologie opérés par la clientèle, a confirmé la pression concurrentielle forte exercée par l'offset, en particulier depuis la politique d'investissements massifs menée par les offsettistes dans les Sunday 48 et 64 pages (31 presses 48 pages depuis 1996 et 8 presses 64 pages installés en France).

Cette constatation est renforcée par l'analyse de la baisse des prix des produits imprimés depuis une dizaine d'années. Cette baisse globale connaît une différenciation, mesurée, selon le procédé d'impression mis en œuvre : Quebecor ayant estimé dans la notification que la diminution a plus affecté l'offset (- 16 % au cours des 5 dernières années), que l'héliogravure (- 10 %).

Or, l'écrasement progressif des prix des produits offset est la conséquence d'une surcapacité productive conduisant à une course au volume, du fait de l'importance des coûts fixes à couvrir. Le taux d'utilisation des capacités de production sur l'offset a été estimé par la Banque de France à 84 %. Aucun gain de productivité n'ayant été réalisé depuis 10 ans car le matériel français est vieillissant, la diminution des prix sur l'héliogravure s'explique plus vraisemblablement par la pression concurrentielle exercée par l'offset.

La position industrielle obtenue par Quebecor est contrebalancée par la puissance d'achat des clients

Les clients pour les magazines (HFM, Emap, VUP, Prismapresse) et encore plus pour la distribution (PPR, 3 Suisses, CAMIF en VPC ou Leclerc, Carrefour pour la grande distribution), sont, le plus souvent, des entreprises de taille importante et d'envergure internationale, en mesure de négocier les meilleurs prix avec leurs imprimeurs et de faire appel à des prestataires à l'échelle européenne.

Concernant les groupes de presse indépendants (Socpresse, Bayard, ...), de taille plus modeste, le fait d'avoir des titres hebdomadaires tirant à 500 000 exemplaires ou plus leur donne un pouvoir de pression vis à vis de leur imprimeur.

En 2000 les 10 premiers clients représentaient [...] % du CA chez Quebecor et [...] % du CA chez E2G, dont toutefois [...] % correspondant aux prestations assurées pour le groupe Hachette. Les informations données dans la notification permettent d'identifier dans la clientèle des grands groupes de l'édition tels que Bertelsmann (Grüne & Jahr), Emap, Socpresse, Bayard, Vivendi, et de la distribution, Carrefour/Altavia, PPR, Auchan, Kingfisher (enseignes : Darty/ Conforama/ But).

Globalement, cette clientèle, presse ou distribution, apparaît volatile, de par les pratiques professionnelles prévalant dans l'imprimerie et le constat des transferts d'imprimeurs intervenus au cours des années récentes. La relation entre l'imprimeur et un éditeur ne donne pas lieu le plus souvent à la formalisation d'un contrat, mais simplement à une négociation annuelle entre les deux parties sur un volume d'activité, un planning de fabrication

et un prix unitaire, un désaccord en cours d'année ouvrant simplement droit pour l'imprimeur aux quelques mois de préavis de rupture prévus par les usages professionnels.

Concernant plus particulièrement les distributeurs, la nature de leur demande à la fois ponctuelle, engageant des volumes élevés et admettant une certaine souplesse quant au délai de fabrication, leur permet de procéder par appels d'offres avec attribution au meilleur rapport qualité-prix. Pour ces deux clientèles, le changement d'imprimeur est une possibilité réelle et usitée.

■ B) - Le risque d'un comportement prédateur

Il est peu vraisemblable que l'opération donne à Quebecor la possibilité de mettre en œuvre une stratégie prédatrice à l'égard de ses principaux concurrents sur les marchés définis. En premier lieu, sa part dans la capacité d'impression en héliogravure, soit [20-30] % sur la zone géographique pertinente de 700 km autour de Paris, est trop faible pour qu'il puisse espérer évincer tous ses concurrents, c'est-à-dire les seuls héliographeurs pour l'impression des catalogues et prospectus de grand tirage et ces derniers, ainsi que les imprimeurs offset, pour l'impression des magazines, afin de pouvoir remonter ses prix. En second lieu, les capacités de production de Quebecor ne lui permettent pas d'absorber une demande supplémentaire laissée vacante par un concurrent, alors que ses concurrents allemands disposent, comme on l'a vu ci-dessus, d'importantes capacités excédentaires et pratiquent eux-aussi une politique de baisse des prix.

■ C) - Le risque d'effet de gamme

L'opération de concentration donne au nouvel ensemble [moins de 10] % du marché français du brochage et [moins de 10] % du routage. Le groupe Quebecor est en mesure d'offrir à ses clients une offre unique regroupant l'impression, le brochage et le routage (qui ne concerne que les abonnements). Cet effet de gamme ne constituerait cependant un risque pour la concurrence que s'il permettait à Quebecor d'évincer ses concurrents ou de restreindre les possibilités de choix de ses clients par des ventes liées.

Or, plusieurs concurrents directs de Quebecor offrent également l'ensemble des prestations, ainsi, à titre non limitatif, Maury, Sego, Actis, Imprimerie Nationale, Serge Laski, ou Decoster. De plus, une offre groupée ne correspond ni aux attentes des clients qui ont le souci de diversifier leurs fournisseurs pour sécuriser leurs approvisionnements, ni aux contraintes techniques rencontrées par les activités de brochage et de routage.

Quebecor a ainsi indiqué que sur les 28 titres de magazines qu'il imprime en héliogravure, il ne réalise le brochage en tout ou partie que de [...] d'entre eux. Les distributeurs et, plus encore, les éditeurs clients des imprimeurs privilégient une diversification de leurs brocheurs afin de se prémunir contre les conséquences d'un incident technique ou d'un conflit social. Par ailleurs, pour les travaux d'impression réalisés à l'extérieur des frontières françaises, les travaux de brochage sont également réalisés à l'étranger.

Au plan technique, l'écart important de productivité entre les rotatives et les machines de brochage (une rotative imprime jusqu'à 70 000 exemplaires à l'heure, alors que les machines d'assemblage-collage ou piquetage les plus performantes ne dépassent pas 18 000-20 000 exemplaires par heure) impose fréquemment la mise en production concomitante de plusieurs brocheurs pour respecter les délais, spécialement pour les magazines. Par ailleurs, la publicité pour les magazines et le marketing pour la distribution demandent de plus en plus des imprimés adaptés à un public spécifique (cible de clientèle prédéterminée, personnalisation, éditions locales), ce qui nécessite autant de chaînes de brochage distinctes et freine l'automatisation.

La nouvelle position acquise par Quebecor dans le brochage n'est donc pas de nature à fermer le marché du brochage aux dépens des concurrents.

S'agissant du marché du routage, la nouvelle situation obtenue par Quebecor ne modifie pas la structure d'un marché très atomisé, où le concurrent le plus important (Koba-Sodimail) ne contrôle que [moins de 10] % du marché français en 2000 et les 5 suivants (dont Quebecor-BHR) chacun [moins de 10] %, avec en outre une présence multiple de La Poste.

Enfin, malgré la pratique consistant à utiliser les deux procédés d'impression (héliogravure et offset) à l'intérieur d'un même magazine, les données fournies par les parties montrent que, comme pour l'ensemble des prestations, les éditeurs, clients de Quebecor, préfèrent diversifier leurs fournisseurs et font rarement réaliser à la fois, par le même imprimeur, des travaux d'héliogravure et d'offset.

Au total, le brochage et le routage représentent deux marchés aval par rapport à l'impression mais distincts par leurs prestations, leurs intervenants, leur fonctionnement et le caractère déterminant des coûts de main d'œuvre qui ne pèse pas de la même manière dans l'imprimerie. Les positions acquises par Quebecor sur chacun de ces marchés n'ont donc pas d'incidence les unes sur les autres.

Sur la base des considérations qui précèdent, le Conseil de la concurrence est d'avis :

Que la concentration résultant de l'acquisition du groupe E2G par le groupe Quebecor n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés.

Délibéré, sur le rapport de Mme Toulemont-Dakouré et M. Debrock, par M. Jenny, vice-président, présidant la séance, M^{me} Pasturel, vice-présidente, M^{me} Perrot, MM. Charrière-Bournazel, Lasserre, Piot et Robin, membres.

La rapporteure générale adjointe

Le vice-président, présidant la séance

Nadine Mouy

Frédéric Jenny

Avis / 02-A-01

1085

NOTA : 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 8 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence.

02-A-02

Avis n° 02-A-02 du 13 mars 2002 relatif à un projet de décret portant application des dispositions de l'article 27 du code de l'industrie cinématographique

Le Conseil de la concurrence (section III A),

Vu la lettre enregistrée le 31 janvier 2002 sous le numéro 02/0014/A, 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 sur un projet de décret élaboré par le ministère de la culture et de la communication portant application des dispositions de l'article 27 du code de l'industrie cinématographique (CIC), introduit par la loi du 15 mai 2001 relative aux «*nouvelles régulations économiques*», complétée par la loi du 17 juillet 2001 «*portant diverses dispositions d'ordre social, éducatif et culturel*» ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants du Centre national de la cinématographie entendus lors de la séance du 26 février 2002, en application de l'article L. 463-7, 2^e alinéa du code de commerce ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Avis / 02-A-02

1087

I. - Le contexte dans lequel s'inscrit le projet de décret

■ A. - Le contexte

À partir de la fin du mois de mars 2000, des formules d'accès au cinéma donnant droit à des entrées illimitées ont été mises en vente par plusieurs circuits cinématographiques.

Cette pratique a été initiée par le groupe UGC qui, le 29 mars 2000, a introduit la mise en vente de la carte «*UGC illimité*», qui consiste en un abonnement annuel permettant un accès illimité aux salles appartenant au groupe UGC au prix de 1 176 F, payable par mensualités de 98 F.

Face aux réactions hostiles des professionnels du cinéma et à la suite d'un rapport du médiateur du cinéma remis le 25 avril 2000 au directeur général

du Centre national de la cinématographie (CNC), le ministre chargé de la culture a demandé à la société UGC Ciné-Cité l'arrêt de la commercialisation de la carte. Le 9 mai 2000 à minuit, la société a interrompu la vente de la carte. À cette date, 65 115 abonnements avaient été souscrits au plan national.

Le 5 mai 2000, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur les conditions dans lesquelles les formules d'abonnement illimité mises en œuvre par un ou plusieurs opérateurs, sont compatibles avec les règles de concurrence.

Par décision n° 01-DA-02 du 13 juin 2001, le Conseil de la concurrence a estimé qu'il n'y avait pas lieu de rendre un avis au motif que les pratiques en cause faisaient l'objet, par ailleurs, devant lui, de saisines contentieuses.

Les 18 et 22 mai et le 9 juin 2000, les sociétés Cinévog, les Cinq Parnassiens SA, SNC Studio du Dragon et MK2, ont saisi le Conseil de la concurrence en soutenant que la carte «*UGC illimité*» émanerait d'une entreprise qui serait en situation de position dominante sur le marché parisien de l'exploitation des salles de cinéma et constituerait une offre de prestation de services dont le prix et les modalités d'exécution auraient pour objet ou pour effet d'éliminer de ce marché les entreprises concurrentes qui ne seraient pas en mesure d'y répliquer par des offres similaires. Elles demandaient au Conseil de la concurrence d'ordonner, à titre conservatoire, dans l'attente de sa décision sur le fond, l'arrêt de la commercialisation de la carte «*UGC illimité*» et «*la suspension des effets*» des abonnements d'ores et déjà souscrits.

Par une décision n° 00-MC-13 du 25 juillet 2000, le Conseil de la concurrence, statuant sur ces demandes de mesures conservatoires, a estimé que, sous réserve de l'instruction au fond, il n'était pas exclu que la vente de la carte «*UGC illimité*» puisse présenter le caractère d'une vente à un prix prédateur, susceptible de constituer une pratique contraire aux règles prohibant les abus de position dominante ou les pratiques de prix abusivement bas. Toutefois, il a refusé de prononcer des mesures conservatoires, considérant que la pratique en cause ne portait pas une atteinte grave et immédiate à l'économie générale, à celle du secteur intéressé, à l'intérêt des consommateurs ou à l'entreprise plaignante, au sens de l'article L. 464-1 du code de commerce.

Le 26 juillet 2000, la société UGC a repris la commercialisation de sa carte «*UGC illimité*» et, le 13 septembre 2000, la société Radvansky, qui exploite 16 écrans à Paris a adhéré à cette formule.

Le 15 juin 2000, l'Association française des cinémas d'art et d'essai et la société civile des Auteurs réalisateurs producteurs (ARP) ont saisi le Conseil de la concurrence pour avis sur l'initiative de la société UGC Ciné-Cité de mettre en vente sur le marché parisien une carte d'abonnement annuel, d'accès illimité aux salles de cinéma UGC de Paris et de sa périphérie.

Par une décision n° 01-DA-03 du 13 juin 2001, le Conseil de la concurrence a estimé qu'il n'y avait pas lieu de rendre un avis au motif que les pratiques en cause faisaient l'objet, par ailleurs, de saisines contentieuses.

Le 20 juin 2000, le Syndicat des cinémas d'art, de répertoire et d'essai, le Groupement national des cinémas de recherche et la société anonyme

Cinéma Saint-André-des-Arts, ont saisi à leur tour le Conseil de la concurrence au contentieux en dénonçant la commercialisation par la société UGC Ciné-Cité de la carte «*UGC illimité*».

Le 2 août 2000, le groupe Pathé a lancé une formule similaire intitulée «*Ciné à volonté*», en la limitant à la ville de Nantes.

Le 23 août 2000, le groupe Gaumont a mis en vente, à Nantes, une formule de carte à entrées illimitées, dénommée «*Le Pass*».

Le 20 septembre 2000, le groupe Pathé a étendu sa formule «*Ciné à volonté*» à Strasbourg, Nice et Clermont-Ferrand.

Le 27 septembre 2000, le groupe Gaumont, la société MK2, qui exploite 41 écrans à Paris, et M. Henochsberg exploitant la société Ciné Classic, associés dans un GIE ont proposé la formule «*Le Pass*» à Paris au même prix que la carte UGC, soit 1 176 francs/an et 98 francs par mois.

Le 27 novembre 2000, le Conseil de la concurrence a été saisi au contentieux par la société civile des Auteurs réalisateurs producteurs, la SARL l'ARP et l'AFCAE, de la pratique mise en œuvre par la société UGC Ciné-Cité ; cette saisine fondée sur des moyens identiques à ceux des saisines antérieures, soutient de surcroît que la pratique dénoncée constituerait une entente prohibée par l'article L. 420-1 du code de commerce.

Le 1^{er} juin 2001, le GIE Gaumont Le Pass a augmenté le prix de la carte de 98 francs/mois à 118 francs/mois.

Le 4 juillet 2001, UGC a augmenté le prix de la carte «*UGC illimitée*» de 98 francs/mois à 108 francs/mois.

Avis / 02-A-02

1089

■ B. - L'article 27 du code de l'industrie cinématographique

Considérant que les formules d'accès illimité au cinéma bouleversaient le paysage cinématographique en introduisant des nouveautés radicales dans les modes de fréquentation et d'exploitation des salles de cinéma, ainsi que dans les relations entre l'aval et l'amont de la filière cinématographique, la ministre de la culture et le Centre national de la cinématographie (ci-après CNC) ont proposé des mesures de régulation du fonctionnement des cartes en cause.

Ces mesures ont été adoptées dans le cadre de la loi sur les nouvelles régulations économiques en mai 2001, complétée par la loi du 17 juillet 2001 portant diverses dispositions d'ordre social éducatif et culturel. Elles ont été intégrées à l'article 27 du code de l'industrie cinématographique. Elles se déclinent de la façon suivante :

1. L'opérateur souhaitant mettre sur le marché une formule d'accès au cinéma donnant droit à des entrées multiples doit obtenir l'agrément du directeur général du CNC ;

2. L'agrément est accordé si les conditions ci-après sont remplies :
- 2.1. L'exploitant demandeur de l'agrément, quel que soit son pouvoir de marché, doit s'engager sur un prix de référence par place et sur un taux de location des films, vis-à-vis de l'ensemble des distributeurs avec lesquels il conclut des contrats de location, conformément à la pratique de répartition des recettes provenant des entrées vendues. Le prix de référence peut être déterminé de manière à correspondre au prix moyen réduit pratiqué par chaque exploitant.
 - 2.2. Tout exploitant d'établissement de spectacles cinématographiques qui détient plus de 25 % des entrées ou des recettes dans une zone d'attraction donnée, ou réalise plus de 3 % des recettes au niveau national, doit, lorsqu'il propose une formule d'abonnement aux spectateurs, offrir aux exploitants de la même zone d'attraction détenant moins de 25 % des entrées ou des recettes dans la zone considérée, à l'exception de ceux réalisant plus de 0,5 % des entrées au niveau national, de s'associer à cette formule à des conditions équitables et non discriminatoires et garantissant un montant minimal de la part exploitant par billet émis, au moins égal au montant de la part reversée aux distributeurs sur la base du prix de référence précité. Pour les exploitants d'établissements de spectacles cinématographiques situés dans les départements de Paris, des Hauts-de-Seine, de la Seine-Saint-Denis et du Val-de-Marne, qui sont regardés comme une zone d'attraction unique, les deux seuils de 25 % susmentionnés sont ramenés respectivement à 15 % et 8 %.
3. Lors du dépôt de la demande d'agrément, l'établissement demandeur doit communiquer au CNC :
- Les conditions générales de la formule d'accès au cinéma donnant droit à des entrées multiples,
 - L'engagement à l'égard des distributeurs et vis-à-vis des producteurs et des ayants droit, relatif au prix de référence et au taux de location.

1090

II. - Le projet de décret soumis au Conseil de la concurrence et son incidence au regard des règles de la concurrence

L'article 27-4 code de l'industrie cinématographique (CIC) prévoit qu' «*un décret en Conseil d'État pris après avis du Conseil de la concurrence détermine les modalités de délivrance et de retrait des agréments ainsi que les clauses obligatoires et la durée minimale des engagements, mentionnés au 2, des exploitants à l'égard des distributeurs, des producteurs et des ayants droit. Ce décret précise également le régime du contrat d'association des exploitants pour la formule d'accès au cinéma donnant droit à des entrées multiples*» ;

Dans le cadre de cette saisine, le Conseil de la concurrence, auquel il n'appartient pas de donner son avis sur le dispositif législatif adopté, limitera ses observations aux dispositions du projet de décret pris pour l'application de la loi.

■ A. - Sur le champ d'application de l'agrément

1) - La qualification d'entrées multiples

Alors que l'article 27-1 de la loi prévoit un agrément pour les formules d'accès au cinéma *«donnant droit à des entrées multiples»*, le projet de décret précise qu'il faut entendre par *«entrées multiples»*, les entrées *«limitées ou illimitées»* (article 1^{er}, alinéa 1).

Le Conseil observe que soumettre à la procédure d'agrément et donc à toutes les obligations qui y sont attachées pour le demandeur, tous les types de cartes, y compris les cartes à entrées limitées, ne se justifie pas au regard du droit de la concurrence.

En effet, si les cartes d'accès donnant droit à des entrées illimitées sur une longue durée, du type de celles mises en vente par la société UGC, puis par les sociétés Gaumont et Pathé, peuvent avoir un caractère anticoncurrentiel, les cartes n'ouvrant droit qu'à un nombre d'entrées limitées sur une courte durée, ne sont pas susceptibles de poser les mêmes problèmes en terme de concurrence, notamment parce que le prix de chaque entrée peut être aisément calculé.

Aussi, afin d'éviter de soumettre à agrément la totalité des cartes d'accès au cinéma à entrées multiples, le Conseil suggère que soit établie une distinction dans les cartes d'accès au cinéma à entrées multiples de manière à ne soumettre à la procédure d'agrément que celles qui, en raison du caractère indéterminé du prix, posent le problème que la loi tente de résoudre.

2) - Le régime des cartes à entrées multiples limitées

L'article 1^{er}, alinéa 3, du décret prévoit que : *«l'agrément est délivré après avis d'une commission dont la composition et les modalités de fonctionnement sont fixées par un arrêté conjoint du ministre chargé du cinéma et du ministre chargé de l'économie»*. L'article 1^{er}, alinéa 3, précise également que : *«dans le cas d'une formule donnant droit à un accès au cinéma limité en nombre d'entrées, le directeur général du Centre national de la cinématographie peut délivrer un agrément sans saisir la commission»*.

Ainsi, le décret introduit des procédures d'agrément distinctes pour les cartes d'entrées limitées et les cartes à entrées illimitées.

L'objectif annoncé de cette disposition vise à accélérer la procédure d'agrément pour les cartes à entrées multiples limitées.

Le Conseil relève, cependant, que ce double régime pourrait conduire à des discriminations au détriment des demandeurs désireux de mettre sur le marché

de telles cartes dans la mesure où les dispositions, telles qu'elles sont rédigées, pourraient être interprétées comme permettant qu'un refus d'agrément soit opposé par le directeur général du CNC, qui n'est d'ailleurs pas tenu par le texte de motiver sa décision, sans que la commission ait eu à se prononcer, alors même que l'avis de celle-ci comporte la garantie d'un examen collégial et pluraliste.

Dès lors, le Conseil de la concurrence considère que, dans l'hypothèse où toutes les cartes d'accès limité resteraient dans le champ d'application de l'agrément, il devrait être prévu que le directeur du CNC ne peut refuser celui-ci sans avoir saisi la commission.

Par ailleurs, il conviendra de veiller à éviter que la procédure instaurée pour les cartes à entrées limitées ne soit détournée en s'appliquant à des formules limitant les entrées à un nombre tellement élevé qu'elles offriraient, en réalité, des entrées illimitées.

■ B. - Sur la nature et la durée des engagements que doit souscrire l'exploitant demandeur de l'agrément vis-à-vis des distributeurs

La loi dispose que l'exploitant demandeur de l'agrément doit s'engager sur un prix de référence par place et un taux de location, vis-à-vis de l'ensemble des distributeurs avec lesquels il conclut des contrats de location, conformément à la pratique de la répartition des recettes provenant des entrées vendues à l'unité.

S'agissant de la durée des engagements, l'article 4 du décret précise que les engagements sur le prix de référence et sur le taux de location doivent être pris pour une durée qui ne peut être inférieure à deux ans.

S'agissant de la nature des engagements, l'article 3-c du décret énonce que le demandeur doit fournir *«les lettres d'engagement sur le prix de référence pratiqué vis-à-vis de chacun des distributeurs de l'exploitant demandeur ainsi que des producteurs et des ayant-droits»* et l'article 4, alinéa 2, précise que : *«le prix de référence, au sein d'une même formule peut être différent en fonction des prix pratiqués par chaque exploitant d'établissement de spectacles cinématographiques dans sa zone d'attraction»*.

En ce qui concerne le taux de location, l'article 3-d du décret prévoit que le demandeur doit fournir *«les lettres d'engagement sur les conditions dans lesquelles l'exploitant peut faire évoluer les taux de location pratiqués»*.

Le Conseil de la concurrence relève que le prix de référence et le taux de location joueront un rôle central dans le mécanisme créé par la loi, puisque le niveau de la garantie reversée par l'exploitant initiateur de la carte à l'exploitant adhérent, dépendra, en grande partie, du niveau du prix de référence et du taux de location. Il est donc nécessaire, qu'eu égard à ce rôle, les critères en fonction desquels le directeur du CNC pourra refuser ou accorder l'agrément soient définis de façon précise, de manière, notamment, à ne pas engendrer de discrimination et d'insécurité juridique.

En effet, s'agissant, en premier lieu, des distributeurs vis-à-vis desquels l'exploitant doit s'engager, deux questions se posent :

La première porte sur la façon dont le demandeur peut, en pratique, établir la liste des distributeurs avec lesquels il sera conduit à travailler, au moins, dans les deux années qui vont suivre l'agrément ; la seconde concerne les types d'engagements que le CNC et la commission exigeront pour accorder cet agrément. Ceux-ci devront-ils être des engagements nominatifs, ou s'agira-t-il seulement d'un engagement général englobant l'ensemble des distributeurs avec lesquels l'exploitant prévoit de travailler pendant deux ans ?

S'agissant, en second lieu, des engagements proprement dits :

Sur le prix de référence

Le Conseil relève que si le décret prévoit que le demandeur doit fixer un prix de référence pour chacun des futurs distributeurs avec lesquels il est susceptible de contracter, aucune disposition ne précise si ce prix doit être unique ou s'il peut être différent, par exemple selon le type de film distribué. Par ailleurs, aucune disposition du projet ne précise si l'agrément peut être refusé au motif que le, ou les, prix de référence serait jugé trop bas, et selon quels critères le prix de référence pourrait être jugé non satisfaisant.

Sur le taux de location

Le Conseil observe que le décret ne met pas à la charge du candidat à l'agrément l'obligation de s'engager sur un taux de location fixe vis-à-vis de ses distributeurs. Il semble, au contraire, que le demandeur puisse déterminer une fourchette dans le cadre de laquelle le taux de location peut varier.

Toutefois, le décret ne précise pas les critères d'appréciation de cette fourchette et, notamment, si les taux minimum et maximum sont ceux actuellement retenus dans la décision réglementaire n° 15, à savoir 25 % et 50 %.

Pour remédier à ces incertitudes, qui peuvent permettre des discriminations, le Conseil de la concurrence suggère que des critères plus précis d'agrément soient intégrés dans le corps du décret sur chacun des points susvisés. Il serait, notamment, opportun que le décret précise de manière explicite que l'engagement de l'exploitant demandeur n'a pas à porter sur un taux fixe, mais peut se présenter sous la forme d'une fourchette à l'intérieur de laquelle le taux de location peut évoluer et qu'il énonce les critères essentiels en fonction desquels la commission et le directeur du CNC apprécieront le niveau de la fourchette susceptible de recueillir l'agrément.

■ C. - Sur la zone d'attraction

Les dispositions de l'article 27 du CIC qui visent à réguler les relations entre les exploitants initiateurs de cartes et les exploitants adhérents, énoncent des seuils de pouvoir de marché au delà desquels une obligation de proposition d'adhésion et de garantie minimum de rémunération sera imposée

aux exploitants demandeurs au profit des petits exploitants. La loi précise, d'une part, que les seuils ainsi fixés doivent s'apprécier par rapport à une zone dite «*d'attraction*» et, d'autre part, détermine une zone unique constituée par la ville de Paris et les 3 départements de la petite couronne.

Pour ce qui est des zones non prédéterminées par la loi, le décret apporte quelques indications sur la manière de définir la zone d'attraction : «*on entend par zone d'attraction une zone d'influence tenant compte des temps de trajet d'usage en matière de fréquentation cinématographique et de différents indices d'ordre économique, géographique et démographique*». Ces critères généraux de délimitation géographique de la zone d'attraction sont ceux généralement retenus par les autorités de la concurrence, la Commission européenne et le Conseil de la concurrence, notamment, dans les affaires relatives à la grande distribution, dans le cadre desquelles la détermination des zones de chalandise est effectuée, en fonction des temps de déplacement des clients, des voies de communication existantes et de la qualité de leur desserte, ainsi que de l'attractivité des points de vente.

Le Conseil de la concurrence observe que le système mis en place impose à l'exploitant demandeur de l'agrément de définir le marché géographique sur lequel il intervient, puisqu'il doit évaluer s'il se situe au-dessus ou en dessous des seuils prévus pour déterminer s'il est, ou non, soumis d'une part, à l'obligation de proposer la carte aux autres exploitants et d'autre part, à l'obligation de garantie. Or, le tracé de la frontière géographique d'un marché n'est pas toujours aisé et peut, au cas par cas, donner lieu à des divergences d'appréciation ;

Aussi, le Conseil suggère que, compte tenu de l'importance de la délimitation de la «*zone d'attraction*» dans le mécanisme législatif et afin de régler les divergences d'appréciation auxquelles peut conduire la délimitation géographique des zones d'attraction, la commission prévue à l'article 1^{er} du projet de décret, alinéa 3, compte parmi ses membres un représentant du ministre chargé de l'économie, comme l'envisage l'étude d'impact jointe au projet de décret, expert en droit de la concurrence.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Daudret-John, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente, M^{me} Flüry-Hérard, MM. Bidaud et Gauron, membres.

La rapporteure générale adjointe,

Valérie Michel-Amsellem

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

02-A-03

Avis n° 02-A-03 du 25 mars 2002 portant sur le projet de décret relatif à la gestion du potentiel viticole

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre, enregistrée le 4 février 2002 sous le numéro 02/0015/A, 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 sur un projet de décret relatif à la gestion du potentiel viticole ;

Vu le traité du 25 mars 1957 instituant la Communauté européenne, modifié ;

Vu le règlement (CE) n° 1493/1999 du 17 mai 1999 du Conseil de l'Union européenne portant organisation commune du marché vitivinicole ;

Vu le règlement (CE) n° 1227 /2000 de la Commission, du 31 mai 2000, fixant les modalités d'application du règlement (CE) n° 1493 / 1999 du 17 mai 1999 ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu le code rural et, notamment, son article L. 641-16 ;

Vu le décret n° 53-977 du 30 septembre 1953, modifié, relatif à l'organisation et à l'assainissement du marché du vin et à l'orientation de la production viticole ;

Vu le décret n° 64-453 du 26 mai 1964 modifié relatif à l'organisation du vignoble et à l'amélioration de la qualité de la production viticole ;

La rapporteure, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 6 mars 2002 ;

M. Ortiz, chargé de mission au ministère de l'agriculture et de la pêche et M^{me} Fuckcs, chef du service juridique à l'Office national interprofessionnel des vins, également entendus au cours de cette même séance sur le fondement de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est d'avis de répondre dans le sens des observations qui suivent :

Le projet de décret mis au point par le ministère de l'agriculture, et dont le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi pour avis le Conseil de la concurrence, a pour objet d'adapter le dispositif national en matière de régime de plantations aux nouvelles règles fixées par le règlement (CE) n° 1493/1999 du 17 mai 1999, portant organisation commune du marché viticole et entré en vigueur au 1^{er} août 2000.

Le Conseil est saisi en application des dispositions de l'article L. 462-2 du code de commerce, aux termes desquelles : «*Le Conseil est obligatoirement*

Avis / 02-A-03

1095

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».*

Le présent avis s'attachera, dans une première partie, à définir le contexte juridique et économique dans lequel s'inscrit le projet de décret et, dans une seconde partie, à analyser ses dispositions au regard du fonctionnement de la concurrence.

I. - Le contexte dans lequel s'inscrit le projet de décret

■ A. - Le régime juridique des droits de plantations

Nationale à l'origine, la définition des règles applicables à la gestion des superficies et des productions viticoles relève désormais très largement de dispositions communautaires visant à rendre plus efficace le secteur vitivinicole dans le cadre d'une organisation commune de marché.

L'État n'en conserve pas moins un rôle important pour la mise en oeuvre des directives et décisions communautaires, soit en édictant des règles d'application telles que, au cas d'espèce, le décret 53-977 du 30 septembre 1953 modifié, soit par l'intermédiaire d'organismes publics, comme l'Office national interprofessionnel des vins (ONIVINS) ou l'Institut national des appellations d'origine (INAO) ou de services administratifs tels que la direction de la production et des échanges du ministère de l'agriculture ou la direction générale des douanes et droits indirects du ministère de l'économie, des finances et de l'industrie, cette dernière étant chargée de tenir à jour le casier viticole et de percevoir les droits correspondants.

1. - La réglementation communautaire

a) Avant 1999

Antérieurement à la date du 23 mai 1999, le secteur vitivinicole européen était soumis aux dispositions du règlement 822/87 du 16 mars 1987, modifié, mettant en place une organisation commune de marché spécifique pour la production et le contrôle du développement du potentiel viticole, tant des vins de qualité produits dans des régions déterminées, ou «VQPRD» (appellation communautaire correspondant aux AOC et aux VDQS), que des vins de table.

Deux mécanismes d'intervention ont ainsi été utilisés :

1. L'intervention sur le marché avec le recours à des aides au stockage privé et/ou à la distillation volontaire ou obligatoire.
2. La maîtrise du potentiel viticole avec :
 - Le recours à l'interdiction de plantations nouvelles, interdiction néanmoins assortie de dérogations lorsque la production est, du fait de ses caractéristiques qualitatives, largement inférieure à la demande. C'est ainsi que, sur le fondement des règlements du Conseil 1592/96 du 30 juillet 1996 et 1627/98 du 20 juillet 1998, la France a été autorisée à réaliser 2 584 hectares de plantations nouvelles pour les campagnes 1996/1997 et 1997/1998, puis un montant identique pour les campagnes 1998/1999 et 1999/2000 ;
 - L'arrachage définitif des vignes en contrepartie du versement d'une prime d'abandon ;
 - L'octroi sélectif d'autorisations de replantation destinées à favoriser la réorientation de la production vers des vins de qualité, ces replantations n'étant permises que dans le cas où une personne physique ou morale ou un groupement de personnes disposent d'un droit particulier. C'est de ce dernier volet du mécanisme d'intervention communautaire que relève le système actuel de transfert de droits de replantation.

Le droit de replantation est défini comme le droit de réaliser, au cours des huit campagnes (une campagne viticole va du 31 août d'une année au 31 août de l'année suivante) suivant un arrachage déclaré n'ayant pas bénéficié d'une prime d'abandon, une plantation en vigne sur une superficie équivalente en culture pure à celle arrachée. Si, à l'origine, un droit de plantation ne pouvait être transféré, en tout ou en partie, qu'avec le foncier d'une exploitation vers une autre, le règlement communautaire a cependant autorisé le transfert de droits vers une autre exploitation, dès lors que le droit était destiné à la production de VQPRD. A partir de 1990, cette autorisation de transfert est devenue possible en ce qui concerne la production de vins de table réalisée à partir de variétés garantissant un niveau qualitatif élevé et un rendement à l'hectare limité.

b) La nouvelle organisation commune du marché vitivinicole

Le nouveau règlement n° 1493/1999 du 17 mai 1999 prévoit les dispositions suivantes :

1. Maintien du principe de l'interdiction de plantation de vignes avec variétés classées en tant que variétés à raisins de cuve jusqu'au 31 juillet 2010, excepté lorsqu'il s'agit d'un droit de plantation nouvelle, d'un droit de replantation consécutif à un arrachage ou d'un droit de plantation prélevé sur une réserve.
2. Les droits de replantation sont octroyés par les États membres aux producteurs qui ont procédé ou se sont engagés à procéder dans un délai déterminé à l'arrachage d'une superficie plantée en vignes. En principe ces droits ne peuvent être utilisés que par l'exploitation pour laquelle ils ont été octroyés ; cependant, le paragraphe 4 du même article 4 précise qu'ils peuvent être transférés en tout ou en partie à une autre

Avis / 02-A-03

1097

exploitation à l'intérieur d'un même État membre en cas de transfert d'une exploitation ou lorsque les superficies de cette autre exploitation sont destinées à la production de VQPRD, de vins de table désignés par une indication géographique ou à la culture de vignes mères de greffons ;

3. Ces droits de replantation doivent être utilisés avant la fin de la cinquième (ou, par dérogation, de la huitième) campagne suivant la fin de celle au cours de laquelle l'arrachage a été effectué. Les droits non utilisés à la fin de cette période sont attribués à une réserve ;
4. Les États doivent normalement, et sauf s'ils prouvent qu'ils ont mis en place un autre système aussi efficace de gestion des droits de plantation et du potentiel de production viticole, créer une ou des réserves de droits de plantation ;
5. Ces réserves se voient attribuer d'office :
 - Les droits de plantation nouvelle tels que prévus aux articles 3 et 6 du règlement. Cette disposition concerne prioritairement les 13 565 hectares de plantations nouvelles attribués à la France dans le cadre de la nouvelle organisation commune de marchés ;
 - Les droits de plantation et de replantation qui n'ont pas été utilisés dans les délais prescrits ;
 - Les droits de replantation attribués à la réserve par les producteurs titulaires de tels droits moyennant, le cas échéant, une contrepartie financière de source nationale prenant en compte les intérêts légitimes des parties.

1098

2. - Le droit national

Uniquement nationale à l'origine, la réglementation française s'insère désormais dans le dispositif communautaire décrit ci-dessus.

a) Les règles en vigueur

Le dispositif légal résulte, à ce jour, des dispositions de l'article L. 641-16 du code rural, dans sa rédaction issue de la loi n° 99-574 du 9 juillet 1999, et du décret n° 53-977 du 30 septembre 1953 relatif à l'assainissement du marché du vin et à l'orientation de la production viticole, dans sa rédaction modifiée par les décrets n° 87-128 du 25 février 1987 et n° 89-263 du 25 avril 1989.

L'article L. 641-16 du code rural dispose, ainsi, que :

« Afin d'appliquer les mesures de gestion du potentiel de production des vins de qualité produits dans les régions déterminées (VQPRD) prévues dans le cadre de l'organisation commune du marché vitivinicole, le ministre de l'agriculture et celui chargé de l'économie et des finances, par arrêté pris conjointement sur proposition de l'Institut national des appellations d'origine, après avis des syndicats de défense intéressés, fixent, par appellation ou groupe d'appellations, les contingents de plantations nouvelles, de transfert de droits de replantation, de replantation interne aux exploitations

et du surgreffage, et définissent les critères de répartition de ces contingents.

Les autorisations de plantations nouvelles, de transfert de droits de replantation, de replantations internes aux exploitations et de surgreffage sont délivrées par arrêté pris conjointement par le ministre de l'agriculture et celui chargé de l'économie et des finances sur proposition de l'Institut national des appellations d'origine après avis des syndicats de défense intéressés.

Un décret en Conseil d'État fixe les modalités d'application du présent article».

Cet article a été précisé et complété par les dispositions du chapitre IV du décret susmentionné du 30 septembre 1953, qui ont déterminé le régime des plantations. C'est ainsi que l'article 35 prévoit :

«Les transferts de droits de replantation de vignes provenant de l'arrachage d'une superficie équivalente peuvent être autorisés d'une exploitation à l'autre sous les réserves et dans les conditions suivantes :

- *Une demande d'autorisation est nécessaire, même si le transfert a lieu entre deux exploitations appartenant à la même personne ;*
- *Les transferts doivent permettre des plantations d'une superficie minimale de 50 ares. Ils peuvent résulter de plusieurs cessions de droit portant sur des superficies inférieures à ce minimum. Lorsqu'elles sont destinées à la production des vins d'appellation d'origine ou lorsqu'elles procèdent d'un transfert de vignes concomitant à la cession partielle d'une exploitation, les plantations ne sont pas soumises à la condition de superficie minimale ci-dessus appliquée ;*
- *L'autorisation ne peut être donnée que si elle a pour effet d'assurer l'implantation de la vigne sur des terrains propres à l'obtention de produits de qualité et à l'amélioration de la structure des exploitations agricoles ;*
- *Les droits de replantation, quelle que soit leur provenance, peuvent être transférés dans tout ou partie d'une aire délimitée d'appellation d'origine pour la production de vins d'appellation d'origine. Ces transferts sont réalisés dans la limite de contingents annuels fixés par appellation ou groupe d'appellation, en tenant compte des besoins du marché, par arrêté du ministre de l'agriculture et du ministre chargé de l'économie et des finances pris sur proposition de l'Institut national des appellations des vins et eaux de vie après avis des syndicats de défense des appellations d'origine concernées. Cet arrêté peut prévoir une répartition du contingent en fonction de la provenance des droits de replantation transférés (...).».*

De même, l'article 35 bis détaille les modalités selon lesquelles les autorisations de transferts de droits de replantation peuvent être délivrées :

«Les critères applicables pour l'attribution des autorisations prévues à l'article 35 sont fixés, globalement ou par appellation ou groupe d'appellations, par arrêté du ministre de l'agriculture et du ministre chargé de l'économie et des finances pris sur proposition de l'Institut national des appellations d'origine des vins et eaux de vie après avis des syndicats de défense des appellations d'origine concernées.

Peuvent être notamment retenus comme critères : la vocation et la situation des terrains, l'encépagement et la dimension des exploitations.

Les autorisations de transfert en vue d'une replantation destinée à la production de vin d'appellation d'origine sont délivrées par le ministre de l'agriculture après avis de l'Office national interprofessionnel des vins et, le cas échéant, de l'Office national interprofessionnel des fruits et légumes et de l'horticulture, l'avis préalable de l'Institut national des appellations d'origine des vins et eaux de vie devant être recueilli pour toute plantation à réaliser dans une aire géographique d'appellation d'origine ou sur le territoire de communes limitrophes à une aire de cette catégorie.

La décision d'octroi ou de refus doit être motivée».

En conséquence, le viticulteur qui a obtenu une autorisation d'acquisition de droits de replantation doit, non seulement, posséder le terrain nécessaire pour étendre son vignoble, mais aussi acheter un ou des droits de replantation à un cédant dont le ou les droits sont en cours de validité. Cet achat de droits peut être réalisé par acte notarié ou par acte sous seing privé, acte qui est ensuite transmis à l'office national interprofessionnel des vins, lequel délivre l'autorisation de transfert. Cette décision autorise le demandeur à faire l'acquisition de droits de replantation en cours de validité afin de les utiliser soit pendant la campagne en cours, soit pendant la campagne suivante.

Par ailleurs, en application des articles 35 ter et 35 quater, à l'intérieur d'une même exploitation, toute replantation de vignes aptes à produire du vin d'appellation d'origine et tout surgreffage de vignes en place les rendant aptes à produire du vin d'appellation d'origine sont soumis à autorisation, sauf dérogation prévue par ces mêmes articles. Ces autorisations sont accordées dans la limite de contingents annuels et au vu de critères fixés globalement par arrêté du ministre de l'agriculture et du ministre chargé de l'économie et des finances ou par appellation ou groupe d'appellation, sur proposition ou avis des organismes professionnels mentionnés dans ces articles ; l'article 36 précise les conditions dans lesquelles les plantations nouvelles de vigne peuvent être autorisées dans la limite de contingents annuels fixés conformément à la réglementation communautaire.

b) La jurisprudence des juridictions de l'ordre judiciaire et la doctrine relative aux droits de plantation et de replantation

La Cour de cassation a eu l'occasion, à plusieurs reprises, de préciser que les droits de replantation sont directement rattachés à l'exploitation viticole, cette appréciation étant interprétée par la doctrine comme signifiant que les droits de plantation et de replantation sont rattachés juridiquement à l'exploitation foncière en tant qu'accessoire de l'immeuble en considération duquel ils ont été accordés.

Il est permis d'en conclure que les titulaires de tels droits doivent pouvoir en jouir avec tous les attributs de la propriété, ce qui implique la possibilité de les céder en toute liberté pour autant que les conditions fixées par la réglementation sont respectées.

■ B. - Le contexte économique

1. - La production et la commercialisation du vin

a) Les résultats de l'organisation commune de marché mise en place par le règlement du 16 mars 1987

Premier producteur mondial de vin, l'Union européenne est également le premier exportateur mondial de vin avec 10 millions d'hectolitres représentant près de 50 % des exportations. Le secteur vins et spiritueux a ainsi représenté 42 milliards de francs à l'exportation en 1997, essentiellement en direction des pays de l'Union européenne. Trois pays représentent à eux seuls plus des 4/5^{mes} de la production européenne de vin : l'Italie avec 36 % en moyenne de 1993 à 1997, la France avec 34 % et l'Espagne avec 16 %.

La Commission européenne a dressé un bilan globalement positif de l'organisation commune mise en place en 1987 en ce sens que celle-ci a permis de maîtriser l'offre, alors fortement excédentaire, grâce à une diminution de la superficie du vignoble européen, qui a évolué de 4,5 millions d'hectares en 1976 à 3,4 millions d'hectares en 1996, et à une diminution de la production moyenne de vin, qui est passée de 210 millions d'hectolitres durant la période 1980-1985 à 155 millions d'hectolitres au cours de la période 1995/1999. La consommation européenne de vin est passée de 138 millions d'hectolitres en 1986 à 128 millions d'hectolitres en 1996 (abstraction faite des quantités destinées à la distillation pour l'alcool de bouche) et devrait passer de 34,3 litres par habitant en 1996/1997 à 30,8 litres par habitant en 2002/2003.

La Commission a estimé ainsi avoir résolu, au moins en partie, le problème des excédents structurels enregistrés au cours de la décennie 1980-1990. Ce constat a d'ailleurs été repris par la Commission de la production et des échanges de l'Assemblée nationale dans son rapport du 10 février 1999 consacré à l'examen de la proposition de résolution relative à la réforme de l'organisation commune de marché du vin, puisqu'il y est noté que le marché est globalement équilibré depuis les trois dernières campagnes avec une baisse constante de la consommation de vins de table et une progression de celle des VQPRD.

Pour les années à venir, la Commission prévoit que les superficies viticoles diminueront encore d'environ 5 000 hectares, sans progression significative des rendements, ce qui aboutirait à une production européenne moyenne de 158 millions d'hectolitres.

Au total, le marché européen du vin devrait, selon la Commission européenne, rester légèrement excédentaire au cours des années 2000/2005, la Commission n'excluant cependant pas que certaines années puissent se révéler déficitaires en raison de mauvaises récoltes ; cet optimisme mesuré n'est d'ailleurs pas totalement partagé par la Commission de la production et des échanges de l'Assemblée nationale qui estime que cet équilibre n'est pas encore acquis.

Avis / 02-A-03

1101

b) Le marché français du vin

Selon les chiffres figurant dans le rapport du 9 février 1999 de la Commission sénatoriale des affaires économiques et du plan relatif à l'examen de la proposition de résolution sur la proposition de règlement communautaire portant organisation commune du marché vitivinicole, le secteur français du vin se présente de la façon suivante :

1. La production a atteint un volume de 59 millions d'hectolitres en 1996, 55 millions d'hectolitres en 1997, 54 millions d'hectolitres en 1998 et 63 millions d'hectolitres en 1999.
2. Cette production a été réalisée par 166 000 exploitations cultivant, en 1999, 872 297 hectares de vignes dont 51 % classés en AOC, les plus grandes quantités produites étant localisées dans les sept départements du midi (Aude, Bouches-du-Rhône, Gard, Hérault, Pyrénées-Orientales, Var, Vaucluse).
3. La superficie en vignes produisant des vins AOC a augmenté de 107 000 hectares entre 1974 et 1991, alors que la superficie des vignes produisant des vins de table a diminué de 380 000 hectares pendant la même période.
4. Le coût moyen de production du vin de table et du vin de pays est de 23 000 F à l'hectare, et celui du vin AOC est de 43 000 F à l'hectare (avec, pour cette dernière catégorie, des écarts de 21 000 à 240 000 F).
5. Le poids économique de la filière vitivinicole est estimé entre 80 et 90 milliards de francs, vins et spiritueux constituant le premier poste à l'exportation de l'agroalimentaire avec 36,2 milliards de francs en 1996.

2. - Le marché des transferts de droits de replantation

Les producteurs qui, après avoir procédé à un arrachage de vigne sans avoir perçu de prime spécifique, ne souhaitent pas utiliser personnellement les droits de replantation ainsi acquis peuvent les proposer à la vente à des producteurs viticoles désireux d'accroître la surface de leur vignoble.

En effet, la nature patrimoniale et immobilière du droit de replantation en fait un bien cessible dans le cadre de l'usage normal du droit de propriété, d'autant que la législation et la réglementation applicables, si elles encadrent les modalités de cession de ces droits, n'interdisent nullement de telles transactions sur le territoire national.

La rencontre des offres et des demandes de droits de replantation de vignes a donné naissance à un marché spécifique dont le fonctionnement est soumis aux règles fixées par les articles L. 410 et suivants du code de commerce. Le Conseil avait reconnu l'existence d'un tel marché dans les paragraphes 1.2.4.1 et 1.2.4.2 de son avis du 20 octobre 1998.

a) L'évaluation des droits existants

Les statistiques établies en septembre 1998 par la direction générale des douanes et des droits indirects font apparaître :

- d'une part, que le nombre des détenteurs de droits par département est très variable (un dans l'Aisne et 8 158 dans l'Hérault) et que ces détenteurs possèdent en moyenne de faibles superficies de droits de replantation (83 679 détenteurs pour un potentiel de 29 109,58 hectares).
- d'autre part, que des droits encore importants sont disponibles dans le sud-est de la France et dans le Val-de-Loire alors que, dans certaines régions viticoles, comme l'Alsace, la Champagne et la Bourgogne, les possibilités d'extension de vignoble par transferts de droits de replantation sont très limitées.

Ainsi, au 1^{er} juillet 2000, la surface correspondant aux droits de plantation disponibles s'établissait, selon la direction générale des douanes, à 45 862 hectares (contre 42 926 hectares en 1999). Il convient de noter que, jusqu'en 1999, soit avant la mise en place de la nouvelle organisation commune de marché, les droits non utilisés par leurs détenteurs étaient perdus lorsque la date fixée pour leur utilisation (soit huit années après leur arrachage) avait été dépassée : cette perte a ainsi été évaluée à 40 000 hectares sur la période 1988/1995.

Le ministère de l'agriculture estime que les droits susceptibles de faire l'objet de transactions, après déduction de ceux utilisés directement par leur détenteur et de ceux laissés en déshérence, représentent une superficie globale de 10 000 hectares environ. Or, toujours selon le ministère de l'agriculture, les besoins exprimés s'élèvent, approximativement à 20 000 hectares, ne serait-ce que du fait de la nécessité de renouveler les plants de vignes atteints par le vieillissement (2 % des plants doivent ainsi être, mécaniquement, renouvelés chaque année).

Enfin, si l'on se réfère aux éléments communiqués au Conseil par l'ONIVINS dans une note du 30 août 2000, les transferts effectivement réalisés entre particuliers ont porté, pour la campagne 1997/1998, sur une superficie de 2 704 hectares, dont 2 037 hectares au titre des VQPRD (pour un prix moyen à l'hectare de 12 060 F) et de 667 hectares au titre des vins de table (pour un prix moyen à l'hectare de 10 218 F), et, pour la campagne 1998/1999, sur une superficie de 1 551 hectares dont 618 hectares au titre des VQPRD (pour un prix moyen à l'hectare de 12 673 F) et 933 hectares au titre des vins de table (pour un prix moyen à l'hectare de 9 465 F).

b) Le fonctionnement du marché

Les règles applicables

Actuellement, le marché des transferts de droits est réglementé. Les textes cités plus haut précisent, en effet, que :

1. Le cédant, comme l'acquéreur de droits de replantation, doit avoir la qualité de producteur de vin.
2. Le transfert des droits de replantation est subordonné à la délivrance d'une autorisation administrative.

Avis / 02-A-03

1103

3. Pour les AOC, les transferts font l'objet de contingents annuels fixés par arrêté interministériel du ministre des finances et du ministre de l'agriculture.
4. En ce qui concerne les vins autres que les AOC, la superficie à replanter doit être au moins égale à 50 ares.

Les acteurs

Schématiquement, il est possible de recenser trois catégories d'intervenants :

1. Les particuliers

Les transferts de viticulteur à viticulteur sont peu nombreux ; dans les faits, ils s'effectuent principalement à l'intérieur d'un secteur géographique limité, celui du terroir où se situent les exploitations concernées.

2. Les intermédiaires indépendants

Il existe une profession de courtiers indépendants spécialisés dans le négoce des droits de replantation. Ces courtiers achètent un droit à un viticulteur d'une région où les droits sont excédentaires pour le négociier à un prix plus élevé dans une région déficitaire en droits (Gironde, Alsace, par exemple). A titre d'exemple, l'Agence française de transferts viticoles (AFTV), dont l'activité déclarée au registre du commerce consiste en *«toutes opérations d'achats, de vente de courtages se rapportant à tous transferts de droits de plantations de vignes»*, a ainsi déclaré avoir effectué, en 1999, un volume de transactions portant sur 218 hectares de droits correspondant à un chiffre d'affaires de 1 689 817 F. Ces opérations de courtage ne sont soumises à aucune réglementation particulière.

Certains agents immobiliers, soumis aux règles propres à leur profession et spécialisés dans les transactions en milieu rural, pratiquent également le négoce des droits de replantation.

3. Les structures mises en place par les organisations viticoles

Les organisations professionnelles viticoles ont créé des organismes dénommés *«bourses»* qui mettent en relation un cédant et un bénéficiaire d'une autorisation d'acquisition de droits de replantation. Ces organismes gérés, soit sous forme d'association de la loi 1901, soit par une union de syndicats, ont passé une convention avec l'ONIVINS qui définit leur aire de compétence (ensemble des départements dans lesquels l'organisme est habilité à conclure des transactions) et le cadre juridique global de leur mission (courtage ou mandat). Chaque organisme conventionné s'engage à ne conclure de transaction que dans son aire de compétence, mais les bourses peuvent recourir aux services des courtiers professionnels pour prospecter d'autres régions que celle ressortissant à leur zone de référence. L'organisme achète à un cédant, en le rémunérant immédiatement, un droit de replantation, puis le conserve dans l'attente de la délivrance des autorisations d'achat. Les organismes fixent eux-mêmes leur politique de prix d'achat ; pour certains, le prix d'achat est identique quelle que soit la provenance du droit ; pour d'autres, le prix d'achat varie suivant la nature des droits, leur provenance, leur validité et leur superficie. Le *«stock»* de droits est fixé par le règlement intérieur de l'organisme : il est calculé pour satisfaire la demande pendant deux campa-

gnes. Le prix de cession est la somme du prix moyen d'achat des droits payés aux cédants, des frais sur achats (dossier et rémunération des prospecteurs) et de la TVA sur ces derniers.

La Bourse régionale d'Aquitaine a précisé, dans un courrier du 28 septembre 2000, qu'elle procédait à une mutualisation des droits de replantation qu'elle avait acquis en faisant en sorte qu'un attributaire exploitant dans le département de la Gironde paye un prix double de celui demandé à un viticulteur exerçant dans les autres départements de la région.

Des organismes conventionnés, généralement gérés par les syndicats professionnels du secteur, existent, notamment, en Alsace, Aquitaine, Bourgogne et dans le Beaujolais, en Champagne, dans le Jura, en Midi-Pyrénées, en Provence-Alpes-Côte d'Azur, Languedoc-Roussillon et dans le Val-de-Loire.

II. - L'examen du projet de décret soumis au Conseil de la concurrence

■ A. - Historique de la procédure

Le 6 juillet 2000, sous le numéro A 307, le Conseil de la concurrence avait été saisi par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie d'une demande d'avis portant sur un projet de décret relatif à la gestion du potentiel viticole. Ce projet comportait deux dispositions essentielles, d'une part, la création d'une réserve nationale des droits de plantation prévue par le règlement communautaire susmentionné du 17 mai 1999, dont la gestion devait être confiée à l'Office national interprofessionnel des vins (ONIVINS) au profit duquel était institué un monopole de gestion des transferts des droits de replantation par des viticulteurs désireux de céder tout ou partie de leurs droits et, d'autre part, la mise en place d'un système de réglementation des prix des droits que la réserve était appelée à acquérir ou à céder. Au soutien de ces dispositions il était exposé que, dans un contexte caractérisé par une insuffisance des droits de replantation disponibles au regard de la demande globale de droits de plantation et de replantation, le maintien d'un marché privé des droits de replantation, parallèlement à la réserve nationale, conduirait à un renchérissement du prix des droits transférés, renchérissement qui pèserait sur le développement des exploitations dans la mesure où il accroîtrait les frais d'acquisition du foncier exploitable. Il était également soutenu que le dispositif envisagé permettrait d'assurer une grande transparence et de répartir équitablement les droits existants.

Dans son avis n° 00-A-22 du 4 octobre 2000, le Conseil de la concurrence a estimé que la création d'un monopole conféré à la réserve pour acquérir ou céder des droits de production n'était ni conforme au droit ni économiquement opportun. En effet, en premier lieu, le monopole envisagé en faveur de l'ONIVINS ne résultait pas de l'application d'un texte législatif ou des dispositions du traité instituant l'Union européenne ;

Avis / 02-A-03

1105

- Il n'existait pas de texte législatif plaçant hors du champ d'application des dispositions de l'article L. 410-2 du code de commerce précité l'activité liée à la négociation et à la cession de droits de replantation de vignes.
- Si le règlement communautaire n° 1493/1999 du 17 mai 1999 prévoyait, dans son article 5, paragraphes 1 et 2, la création d'une réserve nationale ainsi que la possibilité, pour les producteurs titulaires de tels droits, de les céder à cette réserve à titre onéreux, à la condition que leurs intérêts légitimes soient préservés, il n'érigait pas pour autant ladite réserve en monopole ;

En second lieu, les justifications avancées pour la création du monopole attribué à l'ONIVINS n'apparaissaient pas suffisamment probantes :

1. Le Conseil n'avait été destinataire d'aucun document permettant d'apprécier l'existence de phénomènes spéculatifs sur le marché des transferts de droit de replantation étant entendu que les négociations entre offreurs et demandeurs sur un marché ne peuvent, en tant que telles, être assimilées à un phénomène spéculatif, même si elles ont pour effet d'entraîner des hausses de prix du produit, du bien ou du service concerné.
2. L'évolution à la hausse du prix des droits de replantation ne pouvait pas non plus justifier l'institution d'un monopole. Certes, ces prix ont connu une augmentation importante, notamment en ce qui concerne les droits de plantation relatifs aux AOC, qui sont passés de 6 874 F à l'hectare durant la campagne 1994/1995 à 12 673 F à l'hectare durant la campagne 1998/1999. Cependant, et même en tenant compte des besoins annuels de renouvellement de plantations, les moyens attribués à la réserve grâce, d'une part, à l'attribution d'une dotation de 13 565 hectares en application des dispositions de l'article 6 du règlement communautaire précité du 17 mai 1999, d'autre part, grâce à la reprise des droits tombés en déshérence depuis une dizaine d'années (il semble possible de prévoir une attribution moyenne de droits de 2 500 hectares par an au cours des années 2002 à 2010) paraissent suffisants pour assurer une régulation efficace du marché, sans qu'il soit nécessaire d'octroyer à la réserve des droits exclusifs.
3. La réserve pourrait d'autant plus influencer, grâce à ses «stocks» de droits constitués, sur le prix des transactions libres que le montant des droits faisant l'objet des transactions sur ce marché libre reste peu important au regard de l'ensemble des plantations réalisées. En effet, si l'on se réfère au tableau fourni par l'ONIVINS les transferts entre particuliers ont concerné 1 551 hectares de droits en 1998/1999 et 2 704 hectares de droits en 1997/1998.
4. Le système de la réserve ne mettait, par ailleurs, nullement fin à l'actuel régime d'autorisation préalable prévu par le code rural en ce qui concerne les transferts de droits de replantation ; l'administration disposerait donc de moyens d'action sur le marché si les évolutions de prix constatées lui semblaient contraires à des objectifs d'intérêt général qui lui seraient, par ailleurs, assignés.

5. Il n'apparaissait pas établi, enfin, que l'organisation du secteur viticole, telle qu'elle résulte du projet de décret, permettrait d'assurer une gestion plus efficace dudit secteur ainsi qu'une plus grande transparence dans les attributions de droits de replantation dès lors que de nombreux autres mécanismes administratifs, aux logiques assez variées, interviennent, privant ainsi le mécanisme envisagé de toute capacité à déterminer à lui seul l'évolution du secteur.

Le Conseil rappelait, par ailleurs, qu'il avait déjà, dans son avis précité du 20 octobre 1998, précisé que la libre négociation des droits de replantation est de nature à orienter ces droits vers les emplois les plus efficaces sur le plan économique, dès lors que l'information sur le marché des droits est accessible à un coût raisonnable.

Le Conseil concluait en remarquant que le maintien de la liberté de transfert des droits de replantation paraissait possible nonobstant l'institution d'une réserve nationale, l'un et l'autre répondant à des finalités différentes.

A la suite de cet avis, des modifications substantielles ont été apportées au projet de décret : le nouveau projet de décret soumis au Conseil, qui fait l'objet du présent avis, ne prévoit plus de conférer à la réserve le monopole de l'intervention sur le marché des droits de production.

■ B. - Présentation du nouveau projet

Selon le rapport adressé au Premier ministre, l'une des innovations majeures du dispositif réside dans la création d'une réserve nationale des droits de plantation chargée d'attribuer ces droits aux viticulteurs dans le respect des règles définies au plan communautaire et conformément aux orientations arrêtées par les pouvoirs publics français dans le domaine de la politique vitivinicole. Il convient de souligner que :

- l'article 2 prévoit, en application de l'article 5 du règlement communautaire du 17 mai 1999, la création d'une réserve nationale de droits de plantation gérée par l'ONIVINS, réserve qui détient les droits de plantation nouvellement créés visés à l'article 6 du règlement communautaire, les droits de replantation attribués par les producteurs titulaires de tels droits, les droits de plantation nouvelle, les droits de replantation et les droits de replantation prélevés sur la réserve qui n'ont pas été utilisés dans les délais prescrits respectivement à l'article 3, paragraphe 4, à l'article 4, paragraphe 5, et à l'article 5, paragraphe 6 de ce même règlement ;
- l'article 3 précise que la réserve peut se porter acquéreur de droits de replantation que le titulaire desdits droits souhaite céder, l'attribution s'effectuant moyennant une contrepartie financière ;
- l'article 4 dispose que la réserve peut attribuer des droits de plantation aux exploitants titulaires d'une autorisation de plantation moyennant une contrepartie financière, dont sont cependant exonérés les jeunes agriculteurs et les agriculteurs qui ont signé un contrat territorial d'exploitation leur permettant de s'installer progressivement. Cet article prévoit également que, selon des conditions à déterminer par arrêté conjoint des ministres chargés de l'agricul-

ture et du budget, la moyenne pondérée des contreparties financières obtenues par la réserve, lors de la cession de droits de replantation aux détenteurs d'une autorisation de plantation, ne peut être inférieure à la moyenne pondérée des contreparties financières accordées par la réserve, lors de l'acquisition de droits de replantation auprès des titulaires de droits ;

- l'article 5 concerne la création d'un comité consultatif sur la gestion du potentiel viticole dans le cadre de la réserve ;
- l'article 6 traite des autorisations de plantation pouvant être attribuées aux exploitants qui ont l'intention d'utiliser les droits de plantation pour planter des vignobles dont la production a un débouché assuré. Il prévoit que les titulaires d'autorisations de plantation peuvent acquérir des droits de plantation, soit auprès de la réserve, soit par transfert de ces droits en provenance d'une autre exploitation, dans les conditions prévues à l'article 4, paragraphe 4 du règlement (CE) n° 1493/99 du Conseil de l'Union européenne, c'est à dire : a) lorsqu'une partie de l'exploitation concernée est transférée à cette autre exploitation (dans ce cas, le droit peut être utilisé sur une superficie de cette dernière, dans la limite de la superficie transférée) ou b) lorsque des superficies de cette autre exploitation sont destinées soit à la production de VQPRD ou de vins de table désignés par une indication géographique, soit à la culture de vignes mères de greffons ;
- l'article 6 bis soumet aux dispositions de l'article 6 susmentionné les transferts de droits de replantation entre exploitations viticoles, étant toutefois précisé que, lors d'une cession partielle d'exploitation entraînant le transfert de parcelles non plantées en vignes d'une exploitation viticole à une autre, les droits de replantation ayant été générés par l'arrachage de ces parcelles peuvent être transférés à l'exploitant cessionnaire. Ce même article dispose que les parcelles considérées doivent être situées dans l'aire définie à l'article 15 ;
- les articles 7 à 9 concernent les contingents d'autorisation de plantation en vue de la production de vins de qualité produits dans une région déterminée (VQPRD) et de vins de pays ainsi que les critères de répartition de ces contingents. Ils prévoient également que les critères d'attribution des autorisations de plantation de vignes aptes à produire des vins VQPRD, incluent des critères nationaux de recevabilité ou de priorité ;
- l'article 10 prévoit que, lorsque l'exploitant n'est pas propriétaire des parcelles à planter, une autorisation de plantation ne peut être délivrée qu'à la condition que le bail, d'une durée minimale de neuf ans, ou la convention de mise à disposition comporte une clause de dévolution des droits en fin de bail ou de mise à disposition ;
- les articles 11 à 13 définissent les conditions dans lesquelles peuvent être accordés des droits de plantation nouvelle et de replantation. L'article 13, relatif aux droits de replantation susceptibles d'être octroyés par anticipation aux exploitants qui s'engagent à procéder à l'arrachage de vigne d'une superficie équivalente, prévoit notamment que cet arrachage doit survenir au plus tard le 15 juin de la deuxième campagne suivant celle où la plantation anticipée a été réalisée ;
- l'article 14 concerne la redevance que le demandeur d'autorisation au titre des articles 6, 11, 12 et 13 est tenu de payer à l'ONIVINS et à l'INAO ;

- l'article 15 définit l'exploitation viticole comme l'unité technico-économique soumise à gestion unique constituée par des parcelles cadastrales plantées ou à planter en vignes dont l'exploitant détient les titres de propriétés ou de location ayant date certaine et précise que ces parcelles doivent être situées dans la limite de l'arrondissement du siège de l'exploitation et des cantons réciproques, cette limite pouvant, pour tenir compte de situations particulières, être portée à 70 km du siège de l'exploitation ;
- l'article 18 abroge le décret susmentionné du 30 septembre 1953, exception faite de l'article 29 dont les dispositions réglementent la production, la plantation, la circulation, l'importation et l'exportation de plants de vigne. Il abroge également l'article 2 du décret n°64-453 du 26 mai 1964, modifié, relatif à l'organisation du vignoble et à l'amélioration de la qualité de la production viticole.

■ C. - Les incidences du projet au regard du droit de la concurrence

Seules seront examinées ci-après les dispositions susceptibles d'avoir une incidence au regard du droit de la concurrence.

Sur la création de la réserve et le transfert des droits de replantation

Les articles 2 et 3 du projet reprennent les dispositions de l'article 5 du règlement communautaire du 17 mai 1999 concernant les droits attribués d'office à la réserve et la possibilité, pour les producteurs titulaires de droits de replantation de les attribuer à cette réserve, moyennant une contrepartie financière de source nationale. Par ailleurs, il ressort des dispositions combinées des articles 6 et 6 bis du projet que les droits de replantations peuvent être obtenus soit auprès de la réserve, soit par transfert de ces droits en provenance d'une autre exploitation dans les conditions prévues à l'article 4, paragraphe 4 du règlement communautaire susmentionné.

Le Conseil de la concurrence ne peut qu'approuver ces dispositions qui préservent la liberté des titulaires de ces droits de choisir le cessionnaire de leur choix. Il note en outre que la mise en place de ce marché, malgré sa dimension modeste, permettra aux responsables de la gestion administrative du secteur de disposer de signaux propres à en améliorer l'efficacité ;

Sur les modalités financières de cession de droits de plantation et de replantation

Le troisième alinéa de l'article 4 du projet dispose que «*Selon des conditions à déterminer par arrêté conjoint des ministres chargés de l'agriculture et du budget la moyenne pondérée des contreparties financières obtenues par la réserve lors de la cession de droits de replantation aux détenteurs d'une autorisation de plantation ne peut être inférieure à la moyenne pondérée des contreparties financières accordées par la réserve, lors de l'acquisition de droits de replantation auprès des titulaires de droits*».

Le Conseil de la concurrence observe que, lorsqu'il n'est pas en situation

de monopole sur un marché, un opérateur économique n'est pas en mesure de fixer le prix de vente ou d'achat des produits ou prestations qui y sont échangés. Cette remarque, qui vaut notamment pour la réserve, conduit à s'interroger sur la possibilité d'appliquer les dispositions précitées. Si l'objectif poursuivi vise seulement à imposer à l'ONIVINS une gestion financière équilibrée, il conviendrait de préciser clairement que les gestionnaires de la réserve sont astreints à cette obligation sans faire référence à la notion de prix.

Sur les critères de répartition et d'attribution

L'article 8 du projet prévoit que : *«les critères, contingents et autorisations de plantation de vignes aptes à produire des vins de qualité produits dans une région déterminée sont arrêtés selon la procédure définie par l'article L. 641-6 du code rural. Les critères d'attribution de ces autorisations de plantation incluent des critères nationaux de recevabilité ou de priorité»*.

Selon les objectifs poursuivis par le règlement communautaire et les dispositions de l'article 5-4 de ce règlement, les États membres doivent, notamment, veiller à ce que le lieu où les droits de plantation prélevés sur une réserve sont exercés, ainsi que les variétés et les techniques de culture, garantissent l'adéquation de la production ultérieure à la demande du marché, ainsi que des rendements représentatifs de la moyenne de la région où ces droits sont utilisés. Ces objectifs justifient l'existence de critères de répartition et d'attribution des autorisations d'acquisition de droits de plantation. Toutefois, en l'absence de précisions sur ces critères, lesquels sont susceptibles d'être modifiés à l'occasion de chaque campagne viticole, le Conseil recommande que, lors de l'élaboration des arrêtés interministériels prévus par le projet, le nombre et la nature des critères retenus ne créent pas de restrictions et notamment de limitation de l'accès au marché excédant ce qui est nécessaire au respect de la réglementation communautaire.

Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} Palud, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente et M. Nasse, vice-président.

Le rapporteur général,
Patrick Hubert

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-A-04

**Avis n° 02-A-04 du 11 avril 2002 relatif à l'acquisition par la société
Télédiffusion de France d'un ensemble de sites pylônes de la société
Bouygues Télécom**

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu la lettre du 21 décembre 2001, enregistrée sous le numéro A 348, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie, en application de l'article L. 430-1 du code de commerce, a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis portant sur l'acquisition par la société Télédiffusion de France (TDF) des sites pylônes de la société Bouygues Télécom (Bouygtel) ;

Vu le livre IV du code de commerce, et notamment ses articles L. 430-1 à L. 430-4, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants des sociétés TDF et Bouygtel entendus, conformément aux dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce, lors de la séance du 3 avril 2002 ;

Adopte l'avis fondé sur les constatations et les motifs ci-après exposés :

Avis / 02-A-04

1111

I. - Présentation de l'opération

■ A. - Les entreprises parties à la concentration

1. - La société TéléDiffusion de France

TDF est une société anonyme créée à la suite de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 modifiée relative à la liberté de communication. Elle a repris les activités d'un établissement public à caractère industriel et commercial, créé en 1975 à la suite de la disparition de l'ORTF.

Le capital de TDF s'élève à 166 956 512 € ; il est détenu à hauteur de 50,98 % par France Télécom et à hauteur de 49,01 % par COGECOM, filiale à 100 % de France Télécom.

Les statuts de TDF, définis par le décret n° 87-433 du 4 juin 1987, précisent qu'elle a pour mission conformément à la loi 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 51 de la loi ci-dessus mentionnée et pour lesquels 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 tous les domaines 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.»

TDF, qui emploie 3 650 personnes en France, a réalisé en 2000 un chiffre d'affaires de 650 308 633 €, ainsi réparti :

	Radiocommunications et services	Radiodiffusion	Télédiffusion
Part du chiffre d'affaires total pour 2000	[...] %	[...] %	[...] %

1112

2. - La société Bouygues Télécom

La société Bouygues Télécom est un opérateur de téléphonie mobile, titulaire d'une licence délivrée par arrêté du ministre chargé des postes et télécommunications du 8 décembre 1994, amendé par un arrêté du 17 novembre 1998.

Pour les besoins du développement de son réseau, Bouygues Télécom a déployé ses équipements sur [...] pylônes qu'elle a construits sur le territoire, en zone rurale et périurbaine. En zone urbaine, le déploiement de son réseau a essentiellement été assuré, à l'instar des autres opérateurs, par l'installation d'équipements sur des toits-terrasses et d'autres points hauts existants. La présente opération concerne la cession à TDF des [...] pylônes installés en zone rurale et périurbaine.

Le capital social de Bouygues Télécom s'élève à 560 679 600 €. La société est contrôlée majoritairement par Bouygues SA Bouygues Télécom, emploie 6 470 personnes en France et a réalisé en 2000 un chiffre d'affaires de 2 037 millions d'euros.

■ B. - Les caractéristiques de l'opération

A l'issue d'une procédure d'appel d'offres pour la reprise de l'ensemble des sites pylônes de son parc, Bouygtel a retenu la proposition de TDF.

Les parties ont conclu, le 31 juillet 2001, d'une part, un accord cadre de cession portant sur un ensemble de sites pylônes destinés à recueillir des équipements de radiocommunication et d'autre part, un accord cadre de location, aux termes duquel Bouygtel louera des emplacements pour ses équipements de radiocommunications sur les sites pylônes cédés.

L'accord cadre de cession

L'accord cadre de cession a pour objet d'organiser les conditions générales applicables à la cession de chaque site pylône. Il prévoit notamment la vente par Bouygtel des infrastructures, le transfert d'un droit d'occupation du sol résultant soit de la cession d'un bail, soit de la signature d'une nouvelle convention d'occupation du domaine public, soit de la vente d'une propriété ainsi qu'un droit de préemption au bénéfice de Bouygtel.

L'accord prévoit que l'acquéreur devra effectuer les démarches nécessaires pour recueillir l'accord éventuel des autorités compétentes de concurrence, qui devra être obtenu au plus tard le 1^{er} mars 2002.

Chaque site pylône fait l'objet d'un contrat de vente des infrastructures et d'un contrat portant sur le transfert du droit d'occupation du sol spécifique.

L'accord cadre de location

L'accord cadre de location organise, pour chaque site pylône cédé, les conditions générales applicables à la location par TDF à Bouygtel des emplacements occupés ou à occuper.

La durée de l'accord est fixée à [...] ans, avec reconduction tacite par périodes successives de [...] ans chacune. Les contrats de location de chaque site obéissent à la même règle et prévoient le montant du loyer.

L'accord cadre prévoit que Bouygtel bénéficie d'un droit de préférence jusqu'au 1^{er} septembre 2006 pour la location d'un emplacement qui ferait l'objet d'une demande de cohabitation par un tiers. Dans cette hypothèse, la société Bouygues doit être informée d'une telle demande d'installation ainsi que des emplacements sur le pylône (tranche de hauteur) et au sol concernés par celle-ci.

Dès lors qu'elle emporte un transfert de propriété d'une partie des biens de la société Bouygtel au bénéfice de la société TDF, l'opération d'acquisition des sites pylônes visés dans le contrat de vente constitue une concentration au sens de l'article L. 430-2 du code de commerce.

Avis / 02-A-04

1113

II. - La délimitation des marchés affectés par l'opération

En tant qu'opérateur historique de diffusion audiovisuelle, TDF exploite un parc important d'infrastructures de type pylônes ou assimilés, qui supportent des équipements de diffusion pour la télévision, la radio et les télécommunications. Les [...] pylônes cédés par Bouygues dans le cadre de l'opération n'hébergent pour le moment que des équipements de télécommunications GSM. Afin de délimiter le périmètre du ou des marchés susceptibles d'être affectés par l'opération, il convient cependant de déterminer si ces pylônes peuvent être utilisés pour d'autres usages que la téléphonie mobile, tels que télévision, radiomessagerie, boucle locale radio, radios, réseaux institutionnels. Il convient également d'apprécier la substituabilité de ce type de pylônes par rapport à d'autres types d'infrastructures susceptibles d'accueillir les mêmes équipements.

■ A. - Les caractéristiques techniques des pylônes concernés

Un site pylône est constitué de plusieurs éléments qui sont :

- le terrain sur lequel est situé le pylône et pour lequel l'occupant bénéficie d'un droit d'occupation du sol. Ce terrain peut faire partie du domaine public ou privé d'une collectivité ou appartenir à un propriétaire privé. Dans tous les cas, ce droit d'occupation du sol se concrétise par une autorisation du propriétaire (contrat de bail, convention d'occupation du domaine public etc.) ;
- les infrastructures destinées à accueillir les antennes qui sont composées du pylône, de la dalle, de la clôture et du local technique ;
- les équipements liés aux infrastructures : échelles d'accès, palier de travail, paratonnerre, descente de terre, fourreaux, regards, amenée d'énergie électrique, support d'antennes, système d'accès au site etc.
- le shelter (ou local) pour les sites «*indoor*» : ce local est destiné à accueillir les baies radio des opérateurs, le tableau de distribution d'énergie et généralement un système de climatisation /chauffage pour maintenir la température. Lorsqu'il n'y a pas de local, le site est qualifié «*d'outdoor*». Dans ce cas, les baies radio sont placées dans des armoires installées sur des dalles situées à l'extérieur.

Les stations de radiocommunications de Bouygtel installées sur ces sites pylônes comprennent les antennes dédiées à son réseau de radiotéléphonie mobile, les baies radio (équipements radioélectriques) et les câbles coaxiaux (également appelés «*feeders*») qui relient les antennes aux baies radio afin d'acheminer le signal. En fonction du choix stratégique de l'opérateur, celui-ci peut ou non garder la propriété des antennes et des câbles qui y sont associés. Bouygtel est propriétaire de ses antennes et des câbles les reliant aux baies radio. Les antennes ne sont jamais mutualisées.

Les sites pylônes de Bouygtel ont été à l'origine conçus pour l'accueil d'équipements de radiocommunication et correspondent aux besoins de l'opérateur tels qu'il les a déterminés dans le cadre de sa stratégie de déploiement et de planification radio. Néanmoins, ils sont considérés comme suffisamment résistants pour accueillir les antennes d'autres opérateurs et présentent, de plus, l'intérêt d'être relativement hauts, la hauteur moyenne de l'ensemble du parc étant de 40 mètres.

La capacité d'accueil des pylônes est fonction, d'une part, de paramètres techniques propres à la structure du pylône tels que l'emprise au sol et la prise au vent et, d'autre part, des caractéristiques des équipements radio-électriques à accueillir (nombre d'antennes, de faisceaux...).

Il en résulte que les sites cédés sont par nature mutualisables, et ce d'autant plus qu'il est possible, le cas échéant, d'effectuer des travaux confortatifs afin de les rendre accessibles à davantage d'opérateurs. Actuellement, sur les [...] sites pylônes qui sont en cause, [...] accueillent un autre opérateur de téléphonie mobile.

■ B. - Les services susceptibles d'être accueillis sur un site de diffusion

1. - La télévision

Compte tenu des spécificités techniques liées à la diffusion hertzienne des signaux audiovisuels, les émetteurs principaux doivent être placés sur des sites de grande altitude appelés «*points hauts-hauts*» (de 50 m en montagne à plus de 300 mètres en plaine) et éloignés des zones à desservir. En effet, les émetteurs utilisés pour la diffusion des signaux audiovisuels permettent de couvrir de très larges zones à condition d'être placés dans la perspective optimale de réception pour les utilisateurs.

Les pylônes de Bouygtel dont la hauteur moyenne est de 40 mètres ne peuvent donc être utilisés pour la télévision analogique. Par ailleurs, le réseau de diffusion hertzien de la télévision analogique est déployé et n'a pas à être complété.

Pour la Télévision numérique terrestre (TNT), l'appel à candidature lancé par le CSA, le 24 juillet 2001, prévoit que les sites d'émission seront implantés, dans un premier temps, dans 29 zones. Les sites pylônes de Bouygtel sont présents dans [...] de ces 29 zones. Cependant, ils ne sont, dans l'ensemble, pas adaptés aux exigences techniques requises pour cette première phase de déploiement de la TNT.

En effet, les sites pylônes de Bouygtel ont une hauteur moyenne de 40 mètres, et ne sont donc généralement pas assez hauts pour installer des antennes de télévision. De plus, leur sommet est d'ores et déjà occupé par les équipements de télécommunication de Bouygues, que TDF ne peut déplacer, ce qui diminue encore la hauteur à laquelle les équipements de TNT pourraient être installés.

Le Conseil supérieur de l'audiovisuel indique dans son avis du 12 février 2002 rendu à la demande du Conseil *«Quant aux sites eux-mêmes, il est possible d'affirmer que seule une minorité d'entre eux sont susceptibles d'accueillir des équipements de télévision numérique terrestre dès les premières phases de déploiement du réseau de diffusion»*.

En revanche, il ne peut être exclu que ces pylônes puissent être utilisés dans le cadre d'une phase ultérieure du développement de la TNT, pour la densification de la couverture du territoire. Cet horizon est cependant relativement éloigné et de nombreuses incertitudes demeurent encore quant aux spécifications techniques de cette phase.

2. - La radio

TDF considère que l'utilisation pour la radio des sites pylônes de Bouygtel devrait être *«extrêmement marginale dans la mesure où les réseaux concernés sont aujourd'hui matures et ne présentent pas un marché en termes de déploiement sur de nouveaux sites. Par ailleurs, il y a peu de demandes de nouveaux sites de la part de clients radio du fait de la saturation du plan de fréquences en FM»*.

Dans son avis précité, le Conseil supérieur de l'audiovisuel observe en outre que *«les caractéristiques techniques de pylônes concernés (...) limitent leur utilisation en tant que nouveaux points de diffusion du réseau pour les services de télévision et de radio au titre d'une autorisation d'usage des ressources radio-électriques par le CSA»*.

3. - La radiomessagerie

La radio messagerie permet la transmission de données et d'informations aux entreprises et aux particuliers, consistant essentiellement en des services d'alerte pour les personnes qui sont d'astreinte, des services de télésecrétariat, etc. Ce type de service, qui utilise la téléphonie analogique cellulaire, connaît actuellement quelques difficultés en France, alors qu'il est parvenu à se développer en Allemagne et en Grande-Bretagne.

Les principaux opérateurs de radiomessagerie sont Infomobile (filiale du groupe Bouygues) et E*Message, qui a racheté à France Télécom sa filiale France Télécom Mobiles Radiomessagerie (FTMR). SFR a, pour sa part, fermé son réseau.

Fortement concurrencés par la téléphonie mobile, les services de radio messagerie devraient rester des utilisateurs marginaux de services d'accueil sur sites. En tout état de cause, Infomobile, qui dispose de 369 sites d'émission de radio messagerie sur le territoire métropolitain, n'est présent que sur l'un des sites Bouygtel, ce qui indique que les sites en question sont peu adaptés à ce type de service.

4. - La boucle locale radio

La boucle locale est le segment du réseau de télécommunications compris entre la prise de l'abonné et le commutateur auquel il est relié. Elle permet l'accès direct à l'utilisateur final.

La boucle locale radio (BLR) consiste à remplacer le fil de cuivre traditionnel qui relie l'abonné à son commutateur par une liaison hertzienne. Cela implique l'installation d'émetteurs et d'antennes. Une station de base radio est un émetteur-récepteur qui permet de relier les immeubles équipés d'une simple antenne dans un rayon pouvant aller jusqu'à 10 km selon la fréquence retenue. Les stations de base sont généralement situées sur un point haut. Les points de concentration des stations de base collectent le trafic des stations de base et doivent être situés sur des points encore plus hauts, soit plus de 40 mètres du sol. Actuellement, la boucle locale radio, se déploie en fonction des besoins, essentiellement en milieu urbain et dans les zones industrielles. En milieu rural, le développement de la boucle locale radio est restreint même si elle est la technologie la moins chère au plan économique.

Sur le plan technique, les sites de Bouygtel ne sont pas adaptés à la boucle locale radio dans la mesure où les sites de BLR doivent être de même nature que ceux d'un réseau «*backbone*», c'est à dire qu'ils constituent les organes principaux du réseau permettant de gérer les bases de données clients et les échanges d'informations. Or, seulement [...] % des sites pylônes de Bouygtel sont des sites du réseau «*backbone*». Par ailleurs, les sites pylônes de Bouygtel sont situés en zones rurale et périurbaine, où la BLR n'est pas encore déployée ne sera pas déployée avant une dizaine d'années. En effet, les obligations de déploiement de la boucle locale radio imposées aux opérateurs sont très limitées. La licence attribuée à la société Firstmark prévoit une obligation de couverture du territoire de 14,5 % en 2005.

5. - Les services de téléphonie mobile utilisant la norme GSM/DCS

Les services de téléphonie mobile actuels utilisent des réseaux numériques qui offrent notamment une transmission de la voix de meilleure qualité, garantissant la confidentialité des conversations. Par ailleurs, ils permettent de recevoir des messages écrits et électroniques et offrent un service de «*roaming*» (itinérance permettant l'usage du téléphone mobile à l'étranger).

Ils comportent des systèmes basés sur une technique de mobilité :

- le réseau GSM (Global System for Mobile Communications), utilisé par Itinérisme et SFR, fonctionne sur la bande hertzienne de 900 Mhz (Mégahertz). Le réseau est constitué par des cellules élémentaires de grande taille procurant une grande mobilité aux utilisateurs.
- le réseau DCS 1800 (Digital Communication System) est employé par Bouygtel. Il s'agit d'un réseau de radiocommunication utilisant la norme GSM à une fréquence de 1 800 Mhz. La taille des cellules est plus réduite.
- le GPRS est une technologie qui permet d'échanger des données à de très hauts débits (18 fois supérieurs à celle des transmissions classiques dans les réseaux GSM) autorisant la réception d'images en haute résolution.

Le réseau d'un opérateur de téléphonie mobile s'appuie sur des stations de radiocommunication de base constituant le réseau capillaire et faisant le lien entre l'utilisateur final et le réseau «*backbone*», constitué des organes principaux du réseau.

La zone de couverture d'un réseau mobile est découpée en cellules de taille variable (de 100 mètres en ville et jusqu'à 30 kilomètres en campagne), qui se jouxtent et sont desservies par une station de base (antenne). Le réseau mobile est donc constitué d'un réseau maillé de stations de base, qui permet de localiser l'abonné et d'acheminer sa communication.

Actuellement trois opérateurs sont titulaires d'une licence de téléphonie mobile GSM en application des articles L. 33-1 et L. 34.1 du code des PTT : Orange, filiale de France-Télécom, SFR et Bouygtel.

Le déploiement des réseaux de ces opérateurs s'est appuyé, d'une part, sur un parc de pylônes qu'ils ont construit eux-mêmes (environ [...] pour Orange, [...] pour Bouygues et [...] pour SFR), d'autre part, sur l'installation de stations sur des constructions existantes, particulièrement en milieu urbain. Les opérateurs ont également été accueillis sur les pylônes des autres opérateurs, de TDF, d'un autre opérateur d'accueil, ou de France Télécom. Le réseau de Bouygues se partage ainsi entre ses propres pylônes ([...] %), d'autres pylônes ([...] %), des toits-terrasses ([...] %), des églises ([...] %), des châteaux d'eau ([...] %) et divers autres supports. Le nombre actuel de sites de chaque opérateur étant compris entre 10 000 et 11 000, on peut estimer à plus de 30 000 le nombre total de sites accueillant des stations de radiotéléphonie mobile.

6. - Les services de téléphonie mobile utilisant la norme UMTS

Le réseau utilisant la norme UMTS (Universal Mobile Telecommunications System) sera capable de fournir des services multimédias à large bande de très haut débit à travers les réseaux mobiles (vidéo interactive, accès à l'Internet, transmission de données).

Selon la partie notifiante, le déploiement des futurs réseaux UMTS en France devrait avoir pour conséquence une augmentation significative du nombre de sites. En effet, la bande de fréquences utilisée pour l'UMTS (environ 2 GHz) implique la délimitation de cellules radio plus petites que celle du GSM et un maillage du réseau plus étroit. Le nombre de stations de base par opérateur devrait être d'environ 18 000, contre 10 000 pour le GSM. Les pouvoirs publics ayant choisi d'attribuer quatre licences UMTS, le nombre de sites nécessaires pour déployer le réseau de téléphonie mobile utilisant la norme UMTS devrait donc être à terme de 72 000 stations environ. Tous ces sites auront besoin de liaisons hertziennes et donc d'être accueillis sur des «*points hauts*».

Actuellement, seules deux licences UMTS ont été délivrées par le secrétaire d'État à l'industrie à Orange France et SFR. Une seconde procédure d'attribution a été lancée par l'Autorité de régulation des télécommunications pour les deux autorisations non délivrées.

SFR déclare qu'elle va être amenée à densifier son parc de sites radio et à l'augmenter de près de 50 % pour obtenir le niveau de couverture exigé (engagement de couvrir 99 % de la population dans 8 ans figurant au point 1-3 du cahier des charges). SFR a prévu de déployer très vite ce nouveau réseau pour disposer à la fin de 2003 d'un parc de sites UMTS équivalent à plus du tiers de celui exploité pour le GSM.

Dans un premier temps, le déploiement du réseau UMTS devrait cependant se faire par une réutilisation des sites GSM existants. Toutefois, TDF considère, compte tenu des discussions commerciales avec ses clients, *«que l'essentiel des sites TDF qui n'ont pas été utilisés à ce jour pour le GSM/DSC ne pourra pas non plus être utilisé pour le déploiement des réseaux UMTS»*.

Il résulte de ce qui précède que l'utilisation des sites pylônes qui sont l'objet de l'opération notifiée correspond essentiellement aux besoins du développement des réseaux de téléphonie mobile GSM/DCS/GSPR et UMTS.

■ C. - L'offre d'accueil sur sites (Tower Companies et opérateurs)

Outre TDF et Bouygtel, l'offre d'accueil sur sites est faite par des compagnies de sites, les opérateurs de radiotéléphonie mobile, France Télécom, les sociétés d'autoroutes et de façon marginale par quelques entités telles que la SNCF, EDF ainsi que des opérateurs de réseaux.

1. - L'offre d'accueil sur sites pylônes par les opérateurs de téléphonie mobile

Pour déployer leur réseau de téléphonie mobile, les opérateurs, outre la location de sites sur des infrastructures existantes, ont construit leurs propres pylônes pour y installer leurs équipements de radiotéléphonie.

Ce parc est estimé à environ [...] sites pour SFR, [...] sites pour Bouygtel, [...] pour Orange, et [...] pour France Télécom.

Les sites pylônes des opérateurs sont actuellement peu mutualisés, c'est-à-dire partagés par au moins deux opérateurs, dans la mesure où l'accueil d'un autre opérateur se fait sur la base d'un échange *«un pour un»*. TDF estime que Bouygtel accueille au moins un des deux autres opérateurs sur [...] pylônes, ce qui compte-tenu de la politique d'échange *«un pour un»* suivie par les trois opérateurs, permet d'évaluer le nombre de sites mutualisés à [...] sites environ. Le parc de pylônes de France Télécom vient compléter cette offre, leur usage partagé étant actuellement essentiellement le fait d'institutionnels (gendarmerie, police...).

2. - Les autres offres d'accueil sur sites

Les compagnies de sites

Les compagnies de sites ont pour objet de proposer aux opérateurs des prestations groupées constituant un service complet allant de la recherche, la négociation et l'aménagement d'emplacements à la mise en service et la maintenance d'équipements.

Outre TDF, une seule autre compagnie de site est présente en France, la société Towercast, qui dispose de 5 005 sites, pour la plupart en milieu urbain.

Les autres offreurs

Les sociétés d'autoroutes sont en mesure d'offrir des prestations d'accueil sur pylônes le long du réseau autoroutier.

■ D. - Les autres infrastructures susceptibles d'accueillir des équipements de diffusion de téléphonie mobile

Pour TDF, l'offre d'emplacements accueillant des équipements de télécommunications ne se limite pas aux seuls sites pylônes mais inclut les constructions préexistantes sur lesquels les opérateurs mobiles installent des stations de diffusion, comme les châteaux d'eau, les toits terrasses, les clochers d'églises, les mats d'éclairage des stades de sport ou les pylônes EDF.

Il est vrai que les opérateurs tiennent compte des constructions préexistantes dans le choix de points hauts pour le développement de leur réseau. En fonction des besoins «*géo-marketing*» exprimés en termes de couverture d'abonnés pour une zone concernée, l'opérateur détermine l'architecture de son réseau par l'intermédiaire de travaux de planification radio. Ces travaux permettent de localiser les sites géographiques où doivent être installés leurs équipements de radiocommunication. *A priori*, toutes les infrastructures situées à une hauteur suffisante, permettant d'assurer une couverture adéquate aux équipements installés, sont susceptibles d'accueillir des équipements radioélectriques. Toutefois, le choix ponctuel du site d'accueil obéit également à des contraintes particulières.

Les opérateurs précisent que la stratégie est différente, selon que l'on se trouve en milieu urbain ou en milieu rural. Dans les zones à forte densité de population, les opérateurs n'auront pas d'autre alternative que d'utiliser les infrastructures déjà existantes telles que les toits-terrasses. Dans les zones rurales et périurbaines, la probabilité pour qu'il y ait coïncidence entre le plan radio et une construction existante est plus faible. Si une telle construction existe, le choix de l'opérateur sera fonction des conditions d'accès à la construction concernée.

Le Conseil considère qu'entre la construction ou l'accueil sur pylône et une construction existante destinée à un autre usage, les conditions d'accès sont suffisamment différentes pour que, du point de vue des opérateurs, les deux modes de déploiement d'un réseau ne soient pas substituables.

En premier lieu, un opérateur peut adapter précisément les pylônes qu'il construit à ses besoins (emplacement, hauteur, structure, etc.) alors qu'il lui faut composer avec l'existant dans le deuxième cas. Les opérateurs sont soucieux de la maîtrise technique intégrale du développement de leur réseau qui passe par la maîtrise des sites d'appui.

En deuxième lieu, la construction des pylônes de plus de 12 mètres correspondant aux activités de télécommunication autorisées en vertu de l'article L. 33-1 du code des postes et télécommunications est exemptée de

l'obligation de délivrance d'un permis de construire. En revanche, l'accueil sur des structures immobilières préexistantes suppose d'une part, la possibilité matérielle d'installer les équipements de radiocommunication, l'absence d'incompatibilités techniques (compatibilité électromagnétique, champ d'émission suffisant etc.), et nécessitent d'autre part, des négociations individuelles ainsi que la conclusion de contrats particuliers avec des propriétaires tant privés que publics et enfin des aménagements adaptés à la configuration particulière de chaque construction. De plus, l'installation sur des constructions existantes peut se heurter à des considérations d'ordre esthétique (églises) ou de santé publique.

En troisième lieu, l'importance du parc de sites pylônes construits concurrentement par les opérateurs GSM/DSC confirme que les constructions existantes ne peuvent que très imparfaitement se substituer aux sites pylônes. En effet, [...] % des sites du parc global de sites de SFR, incluant les sites situés en zone urbaine, sont constitués par des pylônes qui lui appartiennent en propre ou qui sont loués soit à TDF, soit à un autre opérateur de téléphonie mobile. Pour Bouygtel, le pourcentage est du même ordre.

■ E. - Les activités de maintenance

Les activités de maintenance des sites pylônes doivent être distinguées en fonction de leur objet et de la structure même de chaque site.

Maintenance de la structure du pylône et de son environnement (sol, clôture...)

Ce secteur, distinct par nature de l'activité de l'opérateur, est assuré soit par des sous-traitants lorsque le site est la propriété d'un opérateur, soit directement lorsque le propriétaire du site est une compagnie de sites («tower company»).

Maintenance curative et préventive des équipements

Cette activité de maintenance s'exerce sur les antennes déployées sur les pylônes, sur les baies radio reliant les antennes au réseau de l'opérateur et sur les câbles coaxiaux reliant les antennes aériennes à la baie radio. Les baies radio demeurent toujours la propriété de l'opérateur dans la mesure où elles constituent un élément fondamental du réseau. En revanche, les antennes et les câbles coaxiaux («feeders») peuvent être, selon le cas, la propriété de l'exploitant du site pylône.

Dans ces conditions, la responsabilité de la mise en oeuvre de la maintenance suit le régime juridique des éléments auxquels elle s'applique : elle est effectuée par les opérateurs, directement ou en sous-traitance s'agissant d'aspects moins techniques ou dont le coût est trop élevé, à l'égard des éléments dont ils sont propriétaires (baies radio et/ou antennes et câbles coaxiaux) et par l'exploitant du site, en l'occurrence TDF, à l'égard des équipements dont il peut être propriétaire (antennes et câbles coaxiaux).

L'accès au site des personnels de maintenance est toutefois soumis à des conditions liées au fait qu'il est nécessaire d'utiliser des éléments dont l'exploitant du site a la responsabilité (accès à l'enclos du pylône, respect des règles de sécurité des équipements et des personnels d'intervention).

Maintenance liée au développement de la capacité du réseau de l'opérateur

Cette maintenance qui, concerne les éléments constituant le réseau de l'opérateur (les baies radio dans tous les cas et les antennes et câbles dans certains cas), est assurée par les opérateurs qui ne la sous-traitent pas dès lors qu'elles touchent au cœur même de leur activité.

Au total, le Conseil est d'avis que les marchés de produits susceptibles d'être affectés par l'opération sont les suivants :

- le marché de l'accueil sur sites pylônes des équipements de télécommunications mobiles de 2^e et de 3^e génération,
- le marché de la maintenance des sites pylônes.

■ F. - Le marché géographique

Il convient de retenir, pour les marchés considérés, une assiette nationale dans la mesure où la demande d'accueil d'équipements de radiocommunications est uniquement le fait d'opérateurs nationaux exploitant un réseau de radiotéléphonie mobile dans le cadre d'une licence accordée moyennant un objectif de couverture nationale. En effet, le cahier des charges annexé à l'autorisation délivrée par le ministre chargé des télécommunications pour chaque opérateur prévoit que les opérateurs établissent sur le territoire métropolitain un réseau radioélectrique ouvert au public et fixe également des obligations de couverture de ce territoire dont l'objectif est d'atteindre 99 % de la population. Cette obligation s'impose concurremment à tous les titulaires de licences de telle sorte qu'il n'existe aucun partage possible du territoire entre opérateurs. Les modalités de déploiement des réseaux de téléphonie mobile répondent, dans ce cadre, à une problématique locale liée au choix des sites sans toutefois que ce choix s'opère selon des critères suffisamment caractérisés pour pouvoir retenir, au sens du droit de la concurrence l'existence de marchés locaux.

1122

III. - Contrôlabilité de l'opération

L'article L. 430-1 du code de commerce confère au ministre chargé de l'économie la faculté de saisir le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à *«tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence notamment par création ou renforcement d'une position dominante»*.

Ce texte précise, en outre, que *«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, 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»*.

Le seuil exprimé en chiffres d'affaires n'étant pas atteint par les entreprises parties à la concentration, il convient de rechercher si le seuil exprimé en parts de marché est atteint.

L'évaluation, par la partie notifiante, des parts de marché est la suivante :

	Pylônes utilisés exclusivement par chaque opérateur (autoconsommation)	%	Parc de pylônes situés en zone rurale et périurbaine accueillant au moins 1 opérateur GSM (avant l'opération)	%
TDF	-	-	[...]	[40-50]
France-Télécom	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Orange	[...]	[10-20]	[...]	[0-10]
Total groupe France Télécom	[...]	[30-40]	[...]	[60-70]
Bouygues Télécom	[...]	[30-40]	[...]	[0-10]
SFR	[...]	[30-40]	[...]	[0-10]
Autres	-	-	[...]	[20-30]
Total	[...]	100	[...]	100

La société TDF étant une filiale à 100 % du groupe France Télécom, il convient de prendre en compte la part de marché des *«entreprises qui sont parties à l'acte ou qui en sont l'objet ou qui leur sont économiquement liées»*, c'est-à-dire de TDF, de Bouygues, de France Télécom et d'Orange, autre filiale de France Télécom.

Avec [70-80] % de parts de marché, le seuil prévu par l'article 430-1 du code de commerce est atteint.

Avis / 02-A-04

1123

IV. - Bilan concurrentiel

Le groupe France Télécom détenait avant l'opération [60-70] % du marché de l'accueil sur site pylônes des équipements de télécommunication mobile, entendus comme le nombre de pylônes sur lesquels un opérateur GSM au moins loue un emplacement. Les pylônes construits par les opérateurs mobiles pour leur propre usage et sur lesquels ils n'ont pas encore accueilli un autre opérateur ne sont pas pris en compte. En effet, compte tenu des pratiques d'échange «*un pour un*», un site ne peut être considéré comme une alternative par un opérateur que si l'opérateur d'accueil a, en échange, l'usage d'un site de son propre parc.

Dans un premier temps, l'opération aurait pour effet de mettre sur le marché ci-dessus défini les sites pylônes concernés par l'opération et sur lesquels Bouygues n'a pas d'accord d'échange avec un autre opérateur GSM. La part de marché du groupe France Télécom sur un marché ainsi élargi peut être évaluée à [80-90] %, soit un sensible accroissement par rapport à la situation qui prévalait avant l'opération.

Une analyse prospective du marché amène, par ailleurs, à remettre en cause l'exclusion du marché des sites construits par les opérateurs de téléphonie mobile et sur lesquels ils n'accueillent pas aujourd'hui d'autre opérateur. En effet, dans le cadre du déploiement de la téléphonie mobile de troisième génération, des obligations de mutualisation en faveur d'un opérateur qui ne disposerait pas d'un réseau GSM pèsent sur les trois opérateurs titulaires de licences GSM/DCS. Toutefois même en prenant en compte ces perspectives de plus grande mutualisation dans l'évaluation de la taille du marché concerné, on constate un renforcement de la position dominante détenue par le groupe France Télécom.

	Parc de pylônes situés en zone rurale et périurbaine accueillant au moins 1 opérateur GSM (après l'opération)	%	Parc de pylônes situés en zone rurale et périurbaine susceptibles d'être mutualisés à l'avenir	%
TDF	[...]	[60-70]	[...]	[30-40]
France-Télécom	[...]	[0-10]	[...]	[10-20]
Orange	[...]	[0-10]	[...]	[10-20]
Total groupe France Télécom	[...]	[80-90]	[...]	[60-70]
SFR	[...]	[0-10]	[...]	[20-30]
Autres	[...]	[10-20]	[...]	[10-20]
Total	[...]	100	[...]	100

■ A. - Les barrières à l'entrée pour la construction de sites alternatifs ou de nouveaux réseaux

L'intérêt d'un site pour les opérateurs est toujours étroitement lié à leur stratégie de déploiement, sachant qu'ils ont l'entière maîtrise de leur réseau. En particulier, ils n'auront recours aux sites de TDF que si ces derniers correspondent au site théorique déterminé. Si le site proposé ne leur convient pas, les opérateurs peuvent toujours choisir de construire un site pylône.

Par exemple, SFR va déployer avec Orange près de mille sites (sous réserve des études de terrain approfondies) afin d'assurer la couverture en téléphonie mobile des 1 480 communes retenues par le Comité interministériel d'aménagement du territoire du 9 juillet 2001.

Le réseau des opérateurs de téléphonie mobile s'est déployé très rapidement sur l'ensemble du territoire à l'exception de certaines zones géographiques pour des raisons qui tiennent plus à leur rentabilité économique qu'à des motifs techniques. Les opérateurs ont construit en zone rurale de très nombreux sites pylônes. Bouygtel, bien qu'ayant obtenu une licence postérieurement à Orange et SFR, est propriétaire d'un parc de sites pylônes identique à celui de SFR ([...] pour Bouygtel et [...] pour SFR). Bouygtel a d'ailleurs indiqué que, si cela s'avérait nécessaire, il reconstituerait son réseau.

Au plan économique, la construction d'un site pylône s'amortit en 8 ans. Or, la durée des autorisations pour le réseau de téléphonie mobile est de 15 ans, ce qui permet aux opérateurs une rentabilité de leurs investissements dès la 9^e année. Sachant qu'il est acquis que les sites pylônes construits pour le GSM/DSC pourront être utilisés, moyennant quelques adaptations techniques, pour les réseaux UMTS, les opérateurs titulaires d'une licence GSM/DSC qui ont ou auront une licence UMTS pourront continuer à rentabiliser leurs investissements initiaux.

De plus, l'article 1511-6 du code général des collectivités territoriales, résultant de la loi n° 2001-624 du 17 juillet 2001, permet aux collectivités territoriales de créer des infrastructures destinées à supporter des réseaux de télécommunication. Les collectivités territoriales vont donc pouvoir mettre des infrastructures à la disposition d'opérateurs, relativisant ainsi les risques liés à la position dominante du groupe France Télécom.

De même, si la société Towercast est actuellement très majoritairement présente en milieu urbain, il n'est pas exclu que cette société puisse développer son activité sur l'ensemble du territoire. Les perspectives de croissance offertes dans le cadre du développement de l'UMTS, pourraient, à cet égard, entrer également en ligne de compte et amener des changements de stratégie chez tous les offreurs potentiels de points hauts.

Cependant, cette appréciation doit être relativisée en raison des enjeux, tant économiques que relatifs à l'environnement et à la santé, qui paraissent conduire au partage des infrastructures existantes.

L'utilisation par plusieurs opérateurs d'infrastructures communes pour l'installation de leurs équipements de radiocommunication est une préoccupation qui s'inscrit tout d'abord dans la perspective d'achèvement de la cou-

Avis / 02-A-04

1125

verture du territoire national. Dans le relevé de décisions du Comité interministériel d'aménagement et de développement du territoire tenu à Limoges le 9 juillet 2001, il a été ainsi convenu que l'État et les collectivités locales financeront les infrastructures passives nécessaires à la couverture des 1 480 communes actuellement en dehors de toute zone desservie par un opérateur. Chacun de ces sites devra permettre d'accueillir les équipements des trois opérateurs.

Le partage des infrastructures entre les opérateurs de téléphonie mobile s'avère un enjeu particulièrement crucial dans la perspective du déploiement de l'UMTS, qui nécessitera l'implantation en grand nombre de nouveaux sites. La Commission européenne, dans une communication du 20 mars 2001, a considéré que la mutualisation des sites était *«un moyen concret de faciliter le déploiement des réseaux de troisième génération»* et qu'une telle mesure pouvait être considérée comme *«positive en principe du fait des gains économiques potentiels, à condition que les règles de concurrence soient respectées»*.

L'Autorité de régulation des télécommunications, dans une communication adoptée le 10 décembre 2001, relève que le partage des sites et des éléments passifs (partage de niveau 1 dans la typologie établie par la Commission consultative des radio-communications) est permis par le code des Postes et télécommunications. Ses articles L. 47 et L. 48 prévoient, en effet, dans les conditions qu'ils déterminent, la possibilité, pour un opérateur relevant de l'article L. 33-1, d'utiliser les installations d'un tiers sous le contrôle de l'ART qui *«peut inviter les deux parties à se rapprocher pour convenir des conditions techniques et financières d'une utilisation partagée des installations en cause»*.

Les impératifs liés à l'extension de la couverture du territoire et les justifications fondées sur des raisons économiques avancées pour prôner une politique générale de mutualisation des sites existants rejoignent les considérations environnementales et les préoccupations de santé publique tendant à une limitation de la prolifération des nouveaux sites pylônes.

A cet égard, le texte de base sur lequel s'appuient les réglementations européenne et nationale est la recommandation du Conseil des ministres de l'Union européenne en date du 12 juillet 1999, qui a défini des valeurs limites d'exposition du public aux champs électromagnétiques.

Ces préconisations ont été transcrites dans une circulaire interministérielle du 16 octobre 2001 et intégrées aux cahiers des charges des opérateurs par arrêté du 14 novembre 2001 ; elles concernent la définition de périmètres de sécurité autour des antennes elles-mêmes et ont pour cible, compte-tenu de la situation des antennes et de la mesure de ce périmètre, les personnels intervenant au titre de la maintenance.

La préparation d'un décret sur ce point a, par ailleurs, donné lieu à un rapport élaboré à la demande de la direction générale de la santé par un groupe d'experts qui, s'il constate que l'intensité actuelle des champs électromagnétiques dus aux activités de téléphonie mobile est considérablement inférieure au seuil minimal retenu dans la recommandation du Conseil des ministres de l'Union européenne, a toutefois recommandé, en application

du principe de précaution, de ne pas installer d'antennes-relais dans un périmètre inférieur à 100 mètres autour de zones sensibles, définies comme les lieux accueillant des populations fragiles (établissements scolaires et hospitaliers essentiellement).

Si les règles d'urbanisme sont peu contraignantes pour l'installation des sites pylônes, la législation et la réglementation relatives à l'environnement imposent de respecter les procédures particulières d'autorisation dès lors que l'installation est à proximité d'un monument historique, d'un site classé ou inscrit, d'une réserve naturelle, d'une zone de protection du patrimoine architectural, urbain ou paysager ou encore d'une zone de protection de la navigation aérienne.

Enfin, une charte nationale de recommandations environnementales conclue entre l'État et les opérateurs de téléphonie mobile le 12 juillet 1999 engage ces derniers à orienter les choix d'implantation de leurs équipements dans le respect des contraintes environnementales liées à la qualité et à la fragilité des milieux naturels.

Ces différentes considérations conduisent à privilégier une mutualisation des infrastructures et donc à ne pas multiplier les sites nouveaux. A cet égard, l'opération de cession des sites concernés à TDF peut contribuer positivement au partage des infrastructures en augmentant le nombre de sites ouverts aux opérateurs intéressés. Mais la valeur et l'utilité des sites existants se trouve donc renforcée.

Avis / 02-A-04

1127

■ B. - Les risques liés la position dominante du groupe France Télécom sur le marché concerné

Le renforcement de la position dominante du groupe France Télécom sur le marché concerné fait craindre des risques d'atteinte à la concurrence. Ces risques sont renforcés par la durée des contrats d'accès sur sites pylônes qui sont des contrats longs [...] ([...] ans).

1. - Les risques de forclusion sur les marchés de la téléphonie mobile, liés à l'intégration, au sein du groupe France Télécom, d'un opérateur de téléphonie mobile (Orange) et d'un opérateur d'accueil sur site (TDF)

Le groupe France Télécom comprenant à la fois un opérateur mobile et une compagnie de sites, il peut être envisagé que la stratégie du groupe soit de favoriser Orange par rapport aux autres opérateurs mobiles, fût-ce aux dépens des intérêts de TDF, qui, pour rentabiliser l'opération, doit commercialiser de la façon la plus générale ses sites pylônes en y accueillant le maximum d'opérateurs.

Ces risques apparaissent plus marqués dans le cadre de l'ouverture du marché de l'UMTS.

Certes, à ce jour, TDF ne commercialise que les sites pylônes de son propre parc qui sont adaptés à l'accueil d'équipements de radiocommunication. Seules les tours qui étaient auparavant utilisées par France Télécom pour son réseau de téléphonie fixe, dites tours DVRN (tours du réseau national des télécommunications gérées par les directions régionales), sont directement gérées par TDF en application d'un contrat de bail conclu pour une durée de [...] ans. France Télécom et Orange assurent la commercialisation de l'accueil sur leurs propres sites et TDF fait valoir que les politiques commerciales des trois entreprises sont strictement indépendantes. Cette situation est cependant susceptible d'évoluer en direction d'une plus grande coordination de la stratégie du groupe France Télécom sur les marchés concernés, sans que les autorités de la concurrence puissent alors porter, sur l'opération qui fait l'objet du présent avis, une nouvelle appréciation.

En effet, les opérateurs de téléphonie mobile titulaires d'une licence GSM/DSC couvrent totalement les zones urbaines. Leur programme d'extension commerciale porte donc essentiellement sur les zones rurales et périurbaines. Ainsi, SFR souhaite étendre sa couverture commerciale et a programmé le déploiement de quelques milliers de sites pour compléter la couverture du territoire. Orange va également déployer de nouveaux sites.

TDF indique que lors du déploiement du GSM, elle «a accueilli, dans un premier temps, SFR et Orange, puis Bouygtel en conservant une stricte position de neutralité» et que le volume de l'accueil sur site qu'elle assure est similaire pour les trois opérateurs.

Après l'opération de concentration, Bouygtel, bénéficiant d'un droit de préférence contenu dans l'accord cadre de location annexé à l'accord cadre de cession, ne devrait pas rencontrer de difficultés pour accéder aux sites pylônes cédés. Il pourrait en être de même pour Orange compte tenu de son appartenance au même groupe que TDF. En revanche, SFR pourrait encourir le risque d'être défavorisé.

Pour les futurs opérateurs de téléphonie mobile de 3^e génération, l'aléa est accru compte tenu des besoins de densification du réseau et du fait que le 4^e opérateur ne disposera pas d'un réseau GSM préexistant. L'accès aux sites sera donc un enjeu majeur pour l'ouverture de ce marché. Il est à noter que les contraintes de mutualisation prévues dans le cadre de l'attribution des licences UMTS ne pèseront que sur les opérateurs titulaires d'une telle licence et non sur TDF.

Cette situation pourrait conduire à la création de zones d'exclusion de certains opérateurs dans la mesure où, sur une zone géographique déterminée, le groupe France Télécom détiendrait, à l'issue de l'opération, l'ensemble des sites pylônes nécessaires au développement optimal du réseau. Dès lors, tout opérateur n'appartenant pas au groupe France Télécom, ou n'ayant pas de lien privilégié avec lui, aurait des difficultés à trouver un site d'accueil.

La restriction de l'accès au marché peut se faire sous couvert de raisons purement techniques telles que l'insuffisance de la structure du pylône, etc., mais aussi par des conditions d'accueil discriminatoires.

A ce jour, le Conseil a pu vérifier que les conditions d'accueil sur les sites pylônes de TDF offertes aux opérateurs de téléphonie mobile sont homogènes, compte tenu de la nature et du nombre des prestations techniques fournies (antennes, fourniture d'énergie, accueil d'équipement nécessaires aux liaisons hertziennes etc.). Cette constatation ne permet cependant pas de préjuger de l'effet, dans le futur, du renforcement de la position du groupe France Télécom sur le marché défini. Seule, la publication par TDF d'un catalogue de prix répertoriant les prestations offertes afin de garantir l'accès aux sites dans des conditions tarifaires objectives, transparentes et non discriminatoires permettrait de limiter les risques exposés ci-dessus.

2. - Les risques liés à un pouvoir de marché accru de TDF sur le marché de l'accueil sur sites des équipement de télécommunications mobiles

Le rachat des sites pylônes de Bouygues conforte la position largement dominante du groupe France Télécom sur le marché pertinent et pourrait conduire à une augmentation du prix des prestations d'accueil offertes par TDF.

A cet égard, il a été relevé que la négociation des contrats d'accueil sur sites de TDF est devenue progressivement plus difficile en raison du manque de cohérence des conditions tarifaires pratiquées par le passé et encore applicables aujourd'hui.

3. - L'existence d'un droit de préférence de Bouygtel lors de la commercialisation par TDF des sites objets de l'opération

La société Bouygtel fait valoir que les risques de forclusion sur les marchés de la téléphonie mobile ou d'accroissement du pouvoir de marché de TDF sur le marché de l'accueil sur site ont été étudiés par elle, qui en serait l'une des premières victimes, et qu'elle les a jugés nuls. Toutefois, l'accord cadre de location qu'elle a conclu avec TDF comporte une disposition accordant à Bouygtel, jusqu'au 1^{er} décembre 2006, le bénéfice d'un droit de préférence dans l'hypothèse où un autre opérateur souhaiterait s'installer sur l'un des sites concernés par l'opération. Cette clause prévoit que Bouygtel doit être tenue informée par TDF de toute demande de location faite par un autre opérateur, Bouygtel disposant alors d'un délai de 20 jours pour faire savoir s'il souhaite exercer ce droit de préférence. Faute pour Bouygues de faire suivre l'expression de son droit de préférence de l'installation effective d'équipements de radiocommunications, des pénalités contractuelles sont prévues. Cependant, cette déchéance du droit de préférence n'est enserrée dans aucun délai et les pénalités stipulées apparaissent très faibles, au regard de la possibilité qui est ainsi laissée à Bouygtel de geler l'accès de ses concurrents aux pylônes cédés. Ce dispositif, s'il met en place des conditions d'accès discriminatoires au préjudice des opérateurs concurrents est, en revanche, de nature à protéger Bouygtel contre les risques d'abus de position dominante dénoncés ci-dessus et, notamment, contre les risques de forclusion au profit d'un opérateur appartenant au groupe France Télécom.

4. - L'effet sur le marché de la maintenance

Les opérateurs interrogés par les rapporteurs font valoir unanimement que la maintenance des équipements dont ils sont propriétaires (i.e. les antennes et câbles coaxiaux dans certains cas et les baies radio dans tous les cas) est constituée de prestations qui se rattachent très étroitement au cœur des activités de téléphonie mobile, raison pour laquelle ils les effectuent directement dans la plupart des cas, ou en sous-traitance s'agissant de prestations à faible valeur ajoutée ou pour l'exécution desquelles les coûts en personnels sont trop élevés. Les risques que le groupe France Télécom abuse, sur ce marché, de la position dominante qu'il occupe sur le marché connexe de l'accueil sur sites des équipements de téléphonie mobile, par exemple en liant les deux types de prestations, paraissent en conséquence limités.

■ C. - Contribution au progrès économique

TDF fait valoir que l'opération apporte au progrès économique une contribution importante dans la mesure où la cession des pylônes concernés à une compagnie de sites favorise leur mutualisation. Actuellement, plus de la moitié des sites pylônes de TDF accueille au moins deux opérateurs, contre [...] % seulement des sites de Bouygtel. Le taux de mutualisation des pylônes du parc de TDF avant l'opération reste cependant relativement faible ([...] opérateur par site en moyenne), mais TDF assure que son principal objectif économique et commercial est de développer ce taux. Elle met également en avant le fait que l'accueil de plusieurs opérateurs sur les sites concernés nécessite très souvent des travaux de renforcement de l'infrastructure et d'aménagement de l'accueil qu'une compagnie de sites est plus à même de réaliser et de rentabiliser qu'un opérateur de téléphonie mobile dont ce n'est pas le cœur de métier.

Une mutualisation accrue des pylônes cédés contribue au développement des marchés de la téléphonie mobile, et notamment à l'ouverture du marché de l'UMTS, en réduisant les besoins en investissement de chacun des opérateurs concernés. A titre indicatif, les investissements nécessaires au déploiement d'un réseau de troisième génération se répartissent ainsi :

Éléments actifs du réseau radio	Sites et éléments passifs	Cœur de réseau
60 %	20 %	20 %

Un partage des sites et des éléments passifs permettrait de réaliser, en moyenne, une économie de 20 à 30 % sur les coûts d'investissements du réseau.

Au surplus, le partage des sites rejoint les préoccupations relatives à l'environnement et à la santé publique exposées plus haut.

La mutualisation peut donc être considérée comme un objectif d'intérêt général. Toutefois, ainsi qu'il a été dit plus haut, dans la mesure où elle conduit à une réduction du déploiement des sites, elle ne peut être acceptée du point de vue du droit de la concurrence que si elle s'exerce de manière complète, transparente et non discriminatoire. Or, la clause de préférence incluse dans l'accord cadre de location conclu entre TDF et Bouygtel paraît de nature à limiter les possibilités de partage des sites concernés. De plus, les dispositions des licences UMTS, visant à favoriser l'accueil d'un opérateur UMTS, qui n'aurait pas de licences GSM, sur les sites des opérateurs qui ont déployé un réseau GSM, ne s'appliquent pas à TDF.

Certes, postérieurement à la séance, la société Bouygues Télécom a fait parvenir au Conseil une note par laquelle elle déclarait être prête, si le Conseil l'estimait nécessaire, à accepter un aménagement de la clause de préférence sur les deux points suivants : d'une part, le délai de mise en œuvre de la clause de préférence pour une véritable occupation du site serait précisé et fixé à 10 semaines, si bien que, faute pour la société Bouygues Télécom d'avoir validé, dans ce délai, le cahier des charges d'installation de ces équipements, elle en perdrait le bénéfice et TDF redeviendrait libre de louer l'emplacement concerné ; d'autre part, la société Bouygues Télécom se déclarait prête, dans le cas où elle serait attributaire d'une licence UMTS, et de ce fait, acteur sur le marché de la troisième génération, à ne pas faire jouer son droit de préférence en cas de demande d'emplacement par un opérateur 3G ne disposant pas d'une autorisation GSM.

Si ces nouvelles propositions de la société Bouygues Télécom sont de nature à atténuer les effets restrictifs de concurrence de la clause de préférence dont elle bénéficie, elles ne paraissent toutefois pas au Conseil suffisantes pour assurer que l'opération de concentration en cause permettra une mutualisation complète, transparente et non discriminatoire des sites.

En conséquence, le Conseil est d'avis :

Que le projet soumis à son examen ne peut apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les risques d'atteinte à la concurrence qu'il comporte sur les marchés de la téléphonie mobile, et sur le marché de l'accueil sur sites des équipements de télécommunications mobiles, qu'aux conditions suivantes :

- suppression de la clause de préférence dont bénéficie Bouygtel dans le contrat cadre de location ;
- publication par TDF d'un catalogue de prix répertoriant les prestations offertes afin de garantir l'accès aux sites dans des conditions tarifaires objectives, transparentes et non discriminatoires.

Délibéré sur le rapport oral de M^{me} Guillot et M. Müller, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente, M^{me} Perrot, MM. Robin et Charrière-Bournazel, membres.

La rapporteure générale adjointe,
Nadine Mouy

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

NOTA : 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 8 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence.

02-A-05

Avis n° 02-A-05 du 18 avril 2002 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité

Le Conseil de la concurrence (section III A),

Vu la lettre enregistrée le 20 février 2002 sous le n° 02/0029A, 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 L. 410-2 du code de commerce, d'une demande d'avis portant sur un projet de décret fixant les tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité ;

Vu le décret n° 2001-365 du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ;

Vu l'avis du Conseil de la concurrence n° 00-A-21 du 6 septembre 2000 ;

Vu la délibération de la Commission de régulation de l'électricité du 10 janvier 2002 ;

La rapporteure, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus, les représentants de la direction générale de l'énergie et des matières premières, de la Commission de régulation de l'électricité, de l'Association nationale des régies de services publics (ANROC), de EDF et EDF-RTE, de la SNCF et de l'Union des industries utilisatrices d'énergie (UNIDEN), entendus conformément aux dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce, lors de la séance du 9 avril 2002,

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Avis / 02-A-05

1133

I. - Le cadre juridique du projet de décret

■ A. - Le principe d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution d'électricité

La loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité a partiellement ouvert, en

France, le marché de la production d'électricité à la concurrence, en autorisant les gros consommateurs d'électricité, consommant plus de 16 gigawattheures en vertu du décret n° 2000-456 du 29 mai 2000, à choisir leur fournisseur d'électricité. Les réseaux de transport et de distribution demeurent des monopoles publics dont les conditions techniques et économiques d'accès jouent donc un rôle déterminant pour l'entrée sur le marché de concurrents de l'opérateur historique et l'effectivité de la concurrence. En vertu de l'article 23 de la loi, un droit d'accès aux réseaux publics de transport et de distribution est garanti par les gestionnaires de ces réseaux pour :

- assurer les missions de service public définies au III de l'article 2 (c'est-à-dire la fourniture d'électricité aux clients non éligibles, fourniture de secours) ;
- assurer l'exécution des contrats prévus à l'article 22 (c'est-à-dire les contrats d'achat d'électricité conclus entre les clients éligibles et les producteurs ou fournisseurs de leur choix) ;
- permettre l'approvisionnement par un producteur de ses établissements, de ses filiales et de sa société mère, dans les limites de sa propre production ;
- assurer l'exécution des contrats d'exportation d'électricité conclus par un producteur ou un fournisseur autorisé installés sur le territoire national.

Des contrats sont conclus à cet effet entre les gestionnaires des réseaux et les utilisateurs de ces réseaux, ou des protocoles dans le cas où les gestionnaires et les utilisateurs ne sont pas des personnes morales distinctes ; ils sont transmis à la Commission de régulation de l'électricité (CRE).

En vertu du I de l'article 4 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, les tarifs d'utilisation des réseaux sont réglementés par les pouvoirs publics : *«Les dispositions du deuxième alinéa de l'article 1^{er} de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence s'appliquent aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles, aux tarifs de cession de l'électricité aux distributeurs non nationalisés mentionnés à l'article 23 de la loi n° 46-628 du 8 avril 1946 précitée, aux tarifs de secours mentionnés au 2° du III de l'article 2 de la présente loi et aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution».*

■ B. - Les tarifs appliqués aux coûts de transport et de distribution de l'électricité

Jusqu'à l'entrée en vigueur de la loi du 10 février 2000, les coûts de transport et de distribution n'étaient pas individualisés dans les tarifs de fourniture d'électricité d'EDF. De février 2000 à aujourd'hui, EDF a mis en place un barème provisoire d'utilisation des réseaux à destination des clients éligibles.

■ C. - Le décret n° 2001-365 du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité

Les grands principes de la tarification des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité ont été fixés par le décret n° 2001-365 du 26 avril 2001 relatif aux tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité (paru au *JO* du 28 avril 2001), les premiers tarifs devant être fixés dans un deuxième décret. Le décret-cadre pose le principe d'un tarif binôme, comportant une composante fonction de la puissance souscrite et une composante fonction de l'énergie injectée ou prélevée (article 4), calculé à partir de l'ensemble des coûts des réseaux tels qu'ils résultent de l'analyse des coûts techniques et de la comptabilité générale des opérateurs (article 2). L'article 8 dispose que *«les premiers tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité sont fixés par décret en Conseil d'État, sur proposition de la Commission de régulation de l'électricité et après avis du Conseil de la concurrence»*.

S'agissant de la déclinaison concrète des principes tarifaires, la Commission de régulation de l'électricité (CRE) a soumis à consultation publique les principes qu'elle envisageait d'appliquer, du 18 mai au 25 juin 2000. Le projet de décret tarifaire, soumis aujourd'hui au Conseil de la concurrence, a été élaboré par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie à partir de la proposition tarifaire de la CRE, contenue dans sa délibération du 10 janvier 2002.

Avis / 02-A-05

1135

■ II. - Le principe d'une réglementation

Aux termes du premier alinéa de l'article L. 410-2 du code de commerce, *«Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1^{er} janvier 1987 de l'ordonnance n° 45-1483 du 30 juin 1945 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'État peut réglementer les prix après consultation du Conseil de la concurrence. (...)»*.

Le Conseil constate qu'ainsi qu'il l'a souligné dans son avis n° 00-A-21 du 6 septembre 2000, les réseaux de transport et de distribution de l'électricité demeurent, sous l'empire de la nouvelle loi, dans une situation de monopole que la construction de lignes directes ne permettra de contrebalancer qu'à la marge. La concurrence par les prix est limitée par cette situation de monopole, au sens de l'article précité.

III. - Description du projet

■ 1. - Constatations générales

Le projet de décret reprend en annexe le contenu de la délibération de la CRE du 10 janvier 2002, à l'exception d'un paragraphe relatif aux tarifs intégrés dits «*en temps réel*» d'EDF. Le Conseil considère que si ce paragraphe a été supprimé à juste titre du projet de décret, le sort de ces tarifs méritant d'être traité ultérieurement, dans le cadre de la préparation du projet de décret relatif aux tarifs intégrés, il convient, pour des raisons qui seront évoquées ultérieurement, que ce décret soit adopté le plus rapidement possible.

■ 2. - La structure du tarif

Le principe tarifaire retenu

La Commission de régulation de l'électricité propose une tarification indépendante de la distance et des relations contractuelles régissant les fournitures. Il s'agit d'une tarification par point de connexion, de type «*timbre-poste*», c'est-à-dire une méthode de tarification au coût comptable moyen, qui suppose qu'une prestation de transport nécessite de faire appel au réseau dans son ensemble, avec tous les services qu'il peut apporter, sans distinguer les infrastructures qui sont effectivement utilisées pour fournir cette prestation. Le tarif du transport sera donc uniforme sur l'ensemble du réseau et indépendant de la distance, d'où l'appellation de «*timbre-poste*».

La tarification est fonction des flux transitant à chaque niveau de tension et tient compte de la durée d'utilisation.

Les flux

On peut calculer le coût unitaire moyen de transit d'1 kWh sur chaque niveau de tension (400 kV, 225 kV, 63 kV, 20 kV, 400 V), puis, par catégorie de clients, le flux qui doit transiter à chaque niveau de tension, compte tenu des pertes en ligne, pour autoriser le soutirage de 1 kWh au niveau de la tension de raccordement de ce client (le client qui veut soutirer 1 kWh en 225 doit par exemple faire transiter 1,01 kWh sur le 225 kV, 0,77 sur les transformateurs 400 kV/225 kV et 0,78 kWh sur le 400 kV).

L'empilement de ces coûts permet d'établir des tarifs de structure binôme, avec une part fixe, relative à la puissance souscrite retenue (fonction des coûts d'infrastructures et de maintenance du réseau) et une part variable, proportionnelle à l'énergie consommée.

La durée d'utilisation

Cette structure tarifaire binôme n'est cependant pas suffisante pour prendre en compte l'ampleur des durées d'utilisation, car le dimensionnement des lignes peut dépendre des durées d'utilisation ; il est en outre possible de

«foisonner» les besoins de puissance de plusieurs utilisateurs ayant une faible durée d'utilisation, car ils n'utilisent pas tous simultanément la ligne pour la puissance maximale qu'ils ont souscrite et de choisir une ligne de moindre capacité et donc moins coûteuse. En fonction de la durée moyenne d'utilisation des différents utilisateurs, il est possible de calculer la réduction de capacité des lignes par rapport à la somme des puissances souscrites, qui permet d'alimenter les utilisateurs, en garantissant un taux de défaillance inférieur à une valeur déterminée ; c'est ce qui permet de définir plusieurs versions tarifaires de forme binôme en fonction de la durée moyenne d'utilisation de la puissance souscrite.

La courbe qui représente le montant facturé en fonction de l'énergie consommée prend une forme concave, ce qui traduit le fait que les clients qui n'utilisent leur capacité que pendant de brèves périodes paient proportionnellement plus que ceux qui l'utilisent de façon plus constante.

La tarification du réseau de transport proprement dit ne tient pas compte des périodes d'utilisation ; le tarif n'est donc pas «saisonnalisé», contrairement à la part réseau contenue dans les tarifs intégrés d'EDF. EDF a, en effet, retenu, jusqu'à aujourd'hui, l'hypothèse que les réseaux étaient dimensionnés pour pouvoir passer les heures les plus chargées de l'année. Il en résulte, dans ses tarifs intégrés, une forte concentration des coûts de réseaux sur les heures de pointe et les heures pleines d'hiver. La CRE a considéré au contraire, pour établir le tarif d'acheminement, que toutes les heures de l'année avaient un poids équivalent dans la formation des coûts, estimant ne pas détenir d'informations décisives pour moduler les tarifs d'accès aux réseaux selon les périodes horo-saisonnières, la seule influence saisonnière incontestable étant, selon elle, liée aux prix d'achat des fournitures d'énergie compensant les pertes techniques en réseau, plus importantes en hiver (effet Joule, pertes de transformation), mais d'amplitude négligeable. La CRE explique qu'un certain nombre d'éléments militent dans le sens d'une moindre prise en compte de la «saisonnalité» : en hiver, les lignes aériennes peuvent transporter 20 % en plus de capacités, sans risques de surcoûts liés à la «surchauffe» des lignes ; les travaux de maintenance et les interventions sur les lignes ont lieu surtout en été et donc les coûts de transport peuvent être plus élevés sur ces périodes que le simple effet «période creuse» pourrait le donner à penser.

Pour les basses tensions, la formule retenue est une formule linéaire, comportant une prime fixe de gestion et d'acheminement (correspondant aux coûts fixes de réseau liés à la réservation d'une certaine capacité de puissance) et une part variable, fonction linéaire de l'énergie consommée.

Les formules tarifaires alternatives

Comme il vient d'être exposé, la tarification d'utilisation des réseaux proposée par la CRE n'est pas identique à la part réseau des tarifs intégrés, le tarif d'accès n'étant pas saisonnalisé, alors qu'aujourd'hui la part réseaux dans les tarifs est fortement concentrée sur les heures les plus chargées de l'année. L'effet immédiat de la nouvelle formule tarifaire serait donc considérable sur certains clients. Des simulations effectuées à l'automne 2001 avaient montré

que le nouveau principe tarifaire, non «saisonnalisé», avait un fort impact sur les factures intégrées de certains clients raccordés en basse tension (BT, soit les clients raccordés à des niveaux de tension inférieurs à 400 V) ou en HTA (clients raccordés à des niveaux de tension compris entre 400 V et 20 kV) : 600 000 ménages, 70 000 artisans et professions libérales, 65 000 agriculteurs et 15 à 20 000 clients des secteurs de l'industrie et des services subissaient des hausses de prix supérieures à 20 % ; 130 000 clients avaient une facture, au titre de l'acheminement de l'électricité, qui dépassait, à elle seule, leur facture intégrée, c'est-à-dire une facture censée couvrir les coûts d'acheminement et les coûts de fourniture, les clients particulièrement touchés étant ceux qui utilisaient les réseaux pendant une courte période, concentrée sur l'été, c'est-à-dire, notamment, les clients des secteurs de l'agroalimentaire, de l'élevage (certains agriculteurs irrigants voyaient leurs factures augmenter de 50 %), du tourisme d'été, de la distribution et de la construction. Il avait été alors envisagé de pratiquer un écrêtement sur les factures en hausse, dont le coût avait été évalué par EDF, à tarifs intégrés inchangés, à 2,2 milliards de francs. Sous le régime de l'ancien monopole, cette situation aurait été réglée par des compensations entre entités production et distribution ; avec l'ouverture à la concurrence, chaque activité doit supporter ses propres pertes, les subventions croisées étant interdites par la loi du 10 février 2000.

La solution retenue dans le projet de décret, à la suite de la proposition de la CRE du 10 janvier 2002, consiste à proposer des versions alternatives, comportant des «différenciations temporelles», aux clients les plus touchés par la formule concave, à savoir les clients raccordés en HTA et en BT : pour les clients raccordés en HTA, il s'agit d'arbitrer entre la formule concave et une formule linéaire «saisonnalisée» ; les clients raccordés en BT peuvent choisir entre deux formules linéaires longue et courte utilisation sans différenciation temporelle et deux formules avec différenciation temporelle (heures pleines/heures creuses).

La prise en compte des coûts de transit

En vertu du 6° de l'article 2 du décret n° 2001-365 du 26 avril 2001, les coûts de réseaux comprennent en particulier «les charges liées aux dispositions adoptées dans le cadre de l'Union européenne pour répartir les coûts liés aux transits d'électricité entre les États-membres». Le projet de décret met à la charge des producteurs HTB2 et HTB3 installés sur le territoire français, un tarif de 0,18 euro par MWh, destiné à financer la quote-part due par le RTE au fonds «European transmission system operators» (ETSO), à savoir l'association des GRT européens, pour les «transits purs» d'électricité ; les transits purs correspondent à l'utilisation des réseaux nationaux par des opérateurs qui injectent de l'électricité depuis un pays tiers au bénéfice d'un consommateur situé dans un autre pays tiers ; le courant traverse ces réseaux nationaux sans y être injecté ou soutiré et ces transits génèrent des pertes, congestions ou autres perturbations pour les gestionnaires de réseaux de transport. La France est contributeur net au fonds ETSO destiné à compenser les charges entre gestionnaires de réseaux de transport, au niveau européen ; sa contribution est de 83 millions d'euros, sur un total de 200 millions d'euros.

■ 3. - Les imputations

Les assujettis

Le projet de décret applique le tarif aux clients éligibles et aux gestionnaires de réseaux publics de distribution qui règlent un tarif «*au soutirage*».

Le partage du tarif entre producteurs et consommateurs

Le décret-cadre du 26 avril 2001 prévoit, en son article 3, que les tarifs d'utilisation des réseaux permettent de répartir les coûts de façon non discriminatoire entre les consommateurs et les producteurs. La CRE a choisi, dans un premier temps, de ne pas imposer de tarifs d'injection aux producteurs au titre du recouvrement des coûts des réseaux. Le coût est donc supporté par les consommateurs qui s'acquittent d'un tarif de soutirage.

■ 4. - Les exceptions prévues par le dispositif tarifaire

Les tarifs prévus dans le projet de décret couvrent les coûts de transport et de distribution ; s'agissant des tarifs de transport, ils s'appliquent aussi bien aux clients éligibles qu'aux GRD (DNN et distributions d'EDF) : l'égalité de traitement des GRD et des clients éligibles est garantie par le II de l'article 5 du décret n° 2001-365 du 26 avril 2001, qui prévoit que les tarifs de l'article 4 s'appliquent au calcul des reversements correspondant à l'utilisation du réseau public de transport, par les gestionnaires de réseaux de distribution (DNN et distributions d'EDF).

Le II de l'article 5 du décret autorise toutefois, à cause des particularités présentées par les réseaux publics de distribution, deux exceptions limitativement énumérées : *«(...) les tarifs mentionnés à l'article 4 s'appliquent au calcul de ces reversements (part des recettes que les GRD versent au RTE pour le transport), sous réserve de la prise en compte de l'existence de plusieurs points de raccordements desservant une même concession de distribution ou d'ouvrages exploités au même niveau de tension que les ouvrages du réseau public auxquels cette concession de distribution est raccordée»*.

a) La multiplicité des points de raccordement (section 3 du projet de décret)

Le tarif proposé s'applique par point de connexion. Théoriquement, un utilisateur du réseau (distributions, DNN ou éligibles) qui a plusieurs points de connexion devrait souscrire un contrat d'accès séparé pour chacun de ces points, qui serait facturé séparément. Toutefois, il semble justifié d'éviter que le même utilisateur ne paye plusieurs fois la part fixe des investissements du réseau amont et de tenir compte du fait que les demandes de soutirage n'ont pas lieu simultanément en chacun de ces points («*foisonnement*» des

Avis / 02-A-05

1139

demandes de soutirage entre les points de connexion). Pour tenir compte de ce gain pour la collectivité, l'utilisateur bénéficie du regroupement tarifaire de ses points de raccordement en un point unique, où sa demande regroupe la puissance synchrone des courbes de charge de chacun des points, moyennant le paiement d'une redevance de regroupement, fonction de la longueur des ouvrages des réseaux publics entre chaque point de raccordement et le point de raccordement permettant le regroupement. Au-delà de quelques kilomètres, l'intérêt à pratiquer ces regroupements disparaît, car la CRE a voulu limiter leur application aux cas où ils peuvent être justifiés par un foisonnement réel. De façon générale, ils sont limités au périmètre d'une même concession de distribution pour les gestionnaires de réseaux publics de distribution et à celui d'un même site éligible pour les clients éligibles.

b) Les autres exceptions prévues (section 4)

Il est prévu qu'un gestionnaire de réseau de distribution peut demander à bénéficier de la tarification applicable au domaine de tension amont (moins cher), mais qu'il doit rembourser au gestionnaire du réseau amont les coûts liés au poste-source. L'alinéa 2 autorise la combinaison de cette faculté avec le regroupement tarifaire des points de raccordement. L'alinéa 3 dispose qu'en cas d'exploitation par un GRD, d'ouvrages au même niveau de tension que les ouvrages du gestionnaire amont, il reçoit, de ce gestionnaire amont, une compensation financière (ancien article 23 du RAG).

1140

IV. - Analyse concurrentielle

■ A. - Les principes de l'analyse concurrentielle

Les réseaux de transport et de distribution de l'électricité, compte tenu de la difficulté économique et technique de duplication de leur lignes par d'autres opérateurs, même si celle-ci est juridiquement possible, peuvent être qualifiés de monopoles. Ce monopole gère une infrastructure essentielle, c'est-à-dire une infrastructure indispensable à l'activité d'entreprises actives sur d'autres marchés (les producteurs et les consommateurs d'électricité) et non duplicable à des conditions économiques raisonnables.

Il résulte de ces considérations que les tarifs d'accès au réseau peuvent poser plusieurs problèmes concurrentiels, que son contrôle par l'autorité publique doit chercher à empêcher :

- Un tarif globalement trop élevé peut créer au profit du monopole une rente qui s'analyse en un transfert de richesse des utilisateurs du réseau vers le gestionnaire de ce réseau ; surtout, ce tarif trop élevé pourrait n'être que la traduction d'une offre insuffisante et entraîner une perte de surplus collectif. C'est ce danger qui doit être évité par l'orientation globale des tarifs vers les coûts.

- Un deuxième danger est constitué par des tarifs qui seraient discriminatoires, c'est-à-dire qui aboutiraient à ce que certains clients paient sensiblement plus que les coûts qu'ils font supporter au réseau alors que d'autres paient sensiblement moins. Une telle situation s'analyse comme une série de transferts entre utilisateur du réseau qui peut avoir divers effets sur le fonctionnement des marchés : effets de seuil entre entreprises concurrentes sur des marchés et traitées différemment, équivalence de subventions accordées à des entreprises sous-performantes ou, au contraire, gêne occasionnée à des entreprises économiquement efficaces. La solution idéale à ce deuxième danger serait donc que le prix d'accès au réseau payé par chaque utilisateur soit égal au coût qu'il fait supporter au réseau.
- Le troisième danger à éviter tient à ce que, parmi les utilisateurs des réseaux, se trouvent des producteurs et des distributeurs appartenant à la même entreprise que le réseau de transport. Le risque couru est alors que les coûts de production EDF soient reportés sur le réseau et répercutés sur l'ensemble de ses utilisateurs, y compris ceux qui n'achètent pas d'électricité à EDF.
- Enfin, un problème spécifique provient de ce qu'EDF production dessert à la fois des clients captifs et des clients qui ont le choix de leur production. Les tarifs du réseau ne doivent pas servir à conduire indirectement les clients captifs à subventionner les tarifs proposés par EDF production aux clients non captifs.

C'est sur la base de cette grille d'analyse que le Conseil examinera le projet de décret qui lui est soumis.

Avis / 02-A-05

1141

■ B. - L'application au projet soumis au Conseil

1. - La structure du tarif

Le principe du timbre-poste

Le Conseil de la concurrence, dans un avis n° 98-A-05 du 28 avril 1998, avait préconisé l'adoption d'un tarif du type «*timbre-poste*». Le rapport Champsaur avait conclu dans le même sens. Ce système apparaissait, en effet, à la fois plus fondé techniquement et plus favorable à la concurrence que les systèmes de tarification dit «*à la distance*». La distance entre points de soutirage et d'injection ne reflète pas la distance réelle suivie par le flux d'électricité injectée sur les réseaux, selon la loi de Kirchhoff, en vertu de laquelle le courant se répartit dans le réseau en empruntant le chemin de moindre résistance. Il avait été considéré, en ce qui concerne le développement de la concurrence, que le choix d'une méthode de tarification à la distance pénaliserait les importations et préserverait le monopole de l'opérateur historique au détriment de ses concurrents européens. L'Allemagne a été le seul pays à se doter d'une tarification à la distance, jusqu'à ce que la Commission européenne lui enjoigne d'adopter un autre mode de tarification.

Le principe qui inspire la tarification au «*timbre poste*» est le principe en vertu duquel tout consommateur qui utilise le réseau paie l'intégralité des coûts des réseaux «*amont*» à son branchement, quel que soit le niveau de raccordement du producteur qui l'alimente ; il conduit donc à une péréquation

des coûts des réseaux d'acheminement de l'électricité. Ce mode de tarification favorise au moins dans un premier temps l'ouverture à la concurrence, puisqu'il est censé couvrir les coûts complets des réseaux et qu'il s'agit d'une tarification simple, beaucoup plus aisée à mettre en œuvre, dans la première phase de l'ouverture du marché, qu'une tarification qui reposerait sur le coût supporté par le réseau du fait de chaque utilisation individualisée. Une telle tarification, dite tarification nodale, se révèle beaucoup plus difficile à mettre en place, même si la CRE ne l'exclut pas pour l'avenir. La tarification nodale permettrait en effet de remédier aux principaux inconvénients de la tarification au «*timbre-poste*», qui tiennent à son absence de prise en compte des contraintes de réseau et du coût des renforcements nécessaires pour lever ces contraintes.

Le choix de la méthode forfaitaire du timbre poste constitue un compromis entre deux coûts :

- Le coût qu'il faudrait supporter pour mesurer les «*coûts réels*» imposés au réseau par chaque utilisateur et faire fonctionner un système tarifaire qui répercutent à chacun les «*coûts réels*» qu'il a engendrés ;
- Le coût des inefficacités résultant des transferts engendrés par la forfaitisation qui, inévitablement, conduit un certain nombre d'utilisateur à payer plus ou moins que les coûts réels qu'il a engendrés ;

Il en résulte que des cas particuliers peuvent se produire où les transferts croisés entre utilisateurs peuvent prendre une ampleur suffisamment grande pour mettre en défaut le réalisme du compromis.

Le Conseil estime que la possibilité de dérogations exceptionnelles à la tarification forfaitaire ne devrait pas être exclue. Les dérogations devaient ne concerner que des cas où il serait prouvé que l'écart entre le coût réel imposé au réseau et le coût forfaitisé dépasse une certaine valeur absolue. Le niveau de cette valeur serait calculé de façon à ce qu'il soit raisonnablement certain que le bénéfice économique tiré de cette dérogation ne serait pas inférieur au surcoût résultant de la difficulté de mesurer le coût réel.

Le passage au régime dérogatoire devrait alors être obligatoire, quel que soit le signe de dépassement.

L'application d'une tarification au timbre-poste peut, en outre, remettre en cause les conditions favorables octroyées, sous l'empire du monopole, aux opérateurs qui se sont raccordés aux réseaux à proximité des centres de production, pour économiser les coûts de réseaux. L'application du nouveau tarif engendre alors une augmentation des tarifs qui, à elle seule, ne justifie pas un traitement dérogatoire si les conditions qui ont été définies plus haut ne sont pas satisfaites. Il est envisageable, dans un tel cas, qu'une tarification particulière permette de ménager une période de transition, à condition que cette période soit limitée dans le temps et qu'une cible soit fixée dès l'origine.

La structure binôme des tarifs

La structure binôme des tarifs conduit à distinguer une charge fixe et une charge variable. Le principe n'en est guère contestable. Les véritables problèmes proviennent de la mise en œuvre, d'une part, et de la pluralité

des moyens permettant d'atteindre le même objectif, qui consiste à faire supporter le coût des investissements supplémentaires par ceux qui en sont à l'origine, et notamment ceux qui causent le principal déterminant de ces investissements : les congestions en période de pointe. Ces moyens comportent en effet, outre la part fixe, la concavité du tarif, une éventuelle saisonnalité, la prise en compte du foisonnement et les pénalités applicables en cas de dépassement de la capacité souscrite.

Le Conseil a déjà souligné, dans un avis n° 97-A-09 du 26 mars 1997 et dans un avis n° 00-A-21 du 6 septembre 2000, qu'une composante des tarifs fonction de la puissance pouvait décourager les entrées sur le marché et constituer pour les nouveaux opérateurs une barrière à l'entrée, si elle était fixée à un niveau excessif et représentait une part importante du tarif total. Par ailleurs, une part puissance importante peut pénaliser les productions ou consommations occasionnelles et favoriser les productions ou consommations en bande, c'est-à-dire uniformes toute l'année.

La différence de traitement des clients HTA et BT

Au regard de la jurisprudence communautaire ou nationale des autorités de concurrence, toute différence de traitement tarifaire entre clients de la part d'une entreprise en position dominante doit être dûment justifiée par des raisons objectives, à peine de constituer une discrimination anticoncurrentielle (arrêt de la CJCE du 19 mars 1991 (C-202/88 : France contre Commission) ; décision de la Commission des communautés européennes du 10 février 1999 (1999/198/CE-IV/35.767 - Ilmailulaitos/Luftfartverket).

L'existence de la formule alternative «saisonnalisée», pour le HTA et la BT, traduit une évolution dans le raisonnement ayant présidé à l'élaboration du projet initial de tarif non saisonnalisé, car elle induit la reconnaissance, par la CRE, d'une certaine pertinence des modulations temporelles : selon la CRE, la «saisonnalisation» des tarifs a plus de pertinence pour la distribution que pour le transport : les lignes sont enterrées et ne bénéficient pas du refroidissement des lignes haute tension en hiver ; le réseau est arborescent et l'effet de foisonnement joue beaucoup plus, par suite du raccordement en HTA de 29 clients en moyenne sur le même poste, contre 4 ou 5 en HTB. La CRE n'indique pas dans sa délibération s'il s'agit d'une prise en compte provisoire destinée à lisser les évolutions des tarifs intégrés, afin que les tarifs de réseau n'évoluent pas plus vite que ce qu'il est admissible de répercuter aux clients non-éligibles, en direction d'une cible qui serait constituée par la seule courbe concave, ou d'une saisonnalisation de la distribution destinée à perdurer.

En conclusion, et en renvoyant sur ce point aux analyses théoriques qui ont été présentées au point «*Le tarif timbre poste*», le Conseil invite le gouvernement à ne maintenir une différence de prise en compte de la saisonnalisation que si, soit les différences technologiques entre les réseaux de transports et de distribution le justifient pleinement, soit il s'agit d'une transition claire et affichée comme telle.

D'une manière générale, l'existence d'une pluralité de tarifs impliquerait que soit examiné tarif par tarif puis, pour chaque tarif vis à vis des autres, l'équilibre entre charges fixes et charges variables.

2. - Le niveau du tarif

Le Conseil de la concurrence a défini les grands principes tarifaires à appliquer aux redevances d'accès à une infrastructure essentielle dans une décision du 3 septembre 1996, Heli inter assistance (n° 96-D-51), confirmée par la cour d'appel de Paris, le 9 septembre 1997. Le Conseil a sanctionné dans cette affaire l'abus de l'exploitant d'un héliport qui avait établi un prix d'accès injustifié à ses infrastructures, non proportionné à la nature et à l'importance des services demandés, non transparent et non orienté vers les coûts encourus relevant de critères objectifs. En vertu de l'article 2 du décret n° 2001-365 du 26 avril 2001, *«les tarifs d'utilisation des réseaux publics sont calculés à partir de l'ensemble des coûts de ces réseaux, tels qu'ils résultent de l'analyse des coûts techniques, de la comptabilité générale des opérateurs, y compris les comptes séparés des activités de transport et de distribution établis en application de l'article 25 de la loi du 10 février 2000 susvisée»*.

L'orientation vers les coûts

Le Conseil souligne que le premier exercice de tarification de l'utilisation des réseaux de transport et de distribution d'EDF ne peut être que délicat ; il s'agit d'activités sous monopole, pour lesquelles le régulateur ne dispose pas de prix de marché ; au sein de l'entreprise intégrée, la dissociation fonctionnelle et comptable du transport et de la distribution est un exercice nouveau. Enfin, l'impact concret sur les utilisateurs d'un nouveau tarif ne peut être anticipé qu'avec des marges d'erreur. La démarche de tous les régulateurs en matière de tarifs est par conséquent une démarche d'adaptation et de souplesse. La CRE semble donc avoir délibérément renoncé à afficher ses hypothèses de calcul (hypothèses d'assiette de coûts pour chaque entité comptable ou d'éventuelle cible tarifaire).

La délibération de la CRE du 10 janvier 2002 ne contient aucun élément sur les hypothèses de «calage» des tarifs, contrairement à la délibération du 31 mai 2001. Les hypothèses retenues en 2001 étaient les suivantes : les charges à recouvrer ont été calculées à partir des données comptables brutes issues des comptes 2000, actualisées sur la base de taux d'inflation de 2 % annuels et d'accroissement des volumes transités de 2 % et l'assiette tarifaire à partir des charges prévisionnelles des activités dissociées Transport et Distribution, en cohérence avec les principes de dissociation comptable fixés par la loi et précisés par la CRE dans sa délibération du 15 février 2001. S'agissant des charges d'acheminement des entreprises locales de distribution (ou ELD), elles ont été forfaitairement évaluées à 6 % des charges des centres de distribution d'EDF. Le montant des charges recouvrables par la tarification retenu par la CRE s'élève à environ 24 milliards de francs pour le RTE (dont 22,8 milliards au titre du tarif et 1,2 milliard au titre de la redevance de location des postes-source et à 52,25 milliards pour la distribution (dont 49,3 milliards pour les centres de distribution d'EDF et 2,95 milliards pour les ELD). La CRE a, semble-t-il, retenu une rémunération du capital de 6,5 % pour les deux entités transport et distribution.

Le Conseil observe qu'une mauvaise rémunération des gestionnaires de réseaux pourrait être de nature à entraver les investissements des réseaux et donc à freiner le développement de la concurrence. S'agissant de monopoles investis par le II de l'article 2 de la loi du 10 février 2000 des missions de service public de développement et d'exploitation des réseaux, afin de permettre la desserte rationnelle du territoire national, l'interconnexion avec les pays voisins et le raccordement et l'accès des utilisateurs dans des conditions non discriminatoires à leurs infrastructures, les gestionnaires de réseaux pourraient être empêchés d'accomplir ces missions par la non couverture de leurs charges et être amenés à refuser l'accès aux réseaux dans des conditions qui inciteraient à les soupçonner d'abus de position dominante.

Un certain nombre d'opérateurs entendus par le rapporteur et par le Conseil insistent sur la possible non couverture des charges par les tarifs. Les écarts entre les recettes attendues et les coûts tiennent, selon eux, à :

- la non imputation ou la mauvaise imputation de certaines charges dans la dissociation comptable : la DEGS (direction d'EDF qui gère le réseau des centres de distribution d'EDF) souligne ainsi que n'a pas été anticipé dans ses coûts l'impact de la loi SRI (le montant concerné avoisinerait les 2 milliards) ; les DNN soulignent que leurs charges, évaluées forfaitairement par la CRE sur la base des chiffres de la DEGS, selon des clés données par elle, ne reflètent pas la réalité, 20 % de celles-ci n'étant pas couvertes par les tarifs ;
- l'existence d'un certain nombre de postes dont l'évaluation est difficile, comme les dispositions de l'article 5 II du décret du 26 avril 2001, et notamment l'impact, sur les recettes du RTE, du regroupement tarifaire des points de raccordement des distributions ou de l'autorisation, pour les sites comportant à la fois de la production en cogénération bénéficiaire de l'obligation d'achat par EDF et des consommations de clients finals, de mutualiser les flux injectés et soutirés (qui se traduiraient selon les prévisions du RTE par des manques à gagner de l'ordre de 500 à 800 millions de francs).

Le Conseil constate qu'en l'absence de modification des coefficients du barème de base, le montant des recettes assurées sur la base de la seule courbe concave ne peut encore être garanti avec des formules tarifaires alternatives : les consommateurs HTA ou BT y ayant intérêt vont optimiser leurs tarifs, en choisissant la formule tarifaire la plus avantageuse pour eux, ce qui va automatiquement se traduire, pour chaque niveau tarifaire, par des baisses de recettes pour les opérateurs de réseaux. La CRE expose que la perte de recettes liée à l'adoption des tarifs horosaisonnalisés est de l'ordre de 75 millions d'euros (soit 3,7 % des recettes attendues du tarif HTA), que les coefficients ont été recalculés pour compenser cette perte, mais que les données de consommation ayant augmenté par rapport aux hypothèses de 2001, ces coefficients du tarif HTA sont finalement demeurés pratiquement inchangés. Le Conseil ne peut porter d'appréciation sur ces éléments, n'ayant pas reçu communication du détail des calculs pour les tarifs HTA et BT.

L'évaluation de l'impact des tarifs sur les recettes attendues dépend du modèle de calcul des optimisations tarifaires retenu ; or la base de données

clientèle d'EDF ne permet pas de simuler les recettes à attendre du barème, client par client, mais uniquement par classe tarifaire. La simulation effectuée par la régie de Metz, sur l'ensemble de ses clients et client par client, soit 150 000 clients constituant un échantillon représentatif des clients des distributions, met en évidence une baisse des recettes pour la distribution, par rapport à la formule concave et laisse supposer que les hypothèses retenues par la CRE pour calculer les optimisations seraient peut-être trop optimistes : la baisse calculée par la régie est de l'ordre de 2 à 2,5 % pour les tarifs verts, et de 2 % pour les tarifs bleus.

Globalement, cependant, le Conseil ne peut que s'en remettre au savoir-faire de la CRE sur le point de savoir si le niveau tarifaire retenu conduira à des recettes qui n'engendreront pas pour les gestionnaires des différents réseaux de rente traduisant une absence d'orientation vers les coûts. Par ailleurs, la séparation comptable entre le RTE et EDF production garantit qu'à supposer même que le niveau des recettes se révèle ex post sensiblement supérieur aux coûts, EDF production ne bénéficiera pas de subventions croisées directes de nature à la permettre de perturber le marché concurrentiel sur lequel elle est active.

Ces conclusions générales rassurantes s'accompagnent cependant d'un certain nombre d'interrogations qui portent, d'une part, sur le détail des différents éléments du tarif et, d'autre part, sur le risque de subventions croisées indirectes résultant de l'existence de «*trappes tarifaires*» ou d'effets de ciseau.

1146

Le niveau des différents éléments du tarif

Ainsi qu'il a été dit plus haut, l'absence de transferts croisés entre utilisateurs des réseaux suppose qu'un certain nombre de conditions chiffrées soient satisfaites. Dans la plupart des cas, le Conseil n'est pas en mesure de se prononcer, faute de disposer d'études adéquates.

En premier lieu, il est normal, au stade de l'élaboration du premier tarif, que des questions très difficiles n'aient pas été examinées en détail. Il s'agit, notamment, de l'évaluation comparée, même approximative, des inefficacités induites par le caractère relativement forfaitaire du tarif et du coût de la mesure des frais réels supportés par le réseau au moins pour les plus gros utilisateurs.

Mais, en second lieu, il est plus gênant de ne pas disposer de précisions sur ce que pourraient être les coûts des pointes, l'explicitation des objectifs d'étalement de la consommation et d'analyse de l'efficacité comparée des instruments utilisés pour désinciter aux consommations de pointe : saisonnalité, concavité du tarif et pénalités. On peut ajouter à ces instruments la prise en compte du foisonnement dans la mesure où l'affichage d'un correctif propre aux utilisateurs qui procèdent à des regroupements peut les inciter à maximiser leur foisonnement. Il n'est, dès lors, pas possible de se prononcer sur l'existence de distorsions significatives entre utilisateurs du réseau qui ne seraient pas justifiées par les coûts réellement supportés par ce dernier et qui seraient susceptibles d'engendrer des inefficacités sur les divers marchés sur lesquels les entreprises consommatrices d'électricité sont actives.

Un certain nombre de cas particulier seront en outre examinés ultérieurement.

La persistance de trappes tarifaires

Les clients pour lesquels la part réseaux résultant de la version optimisée du nouveau barème constituerait une partie importante des tarifs intégrés et qui seront prochainement éligibles ne seront pas incités à quitter EDF, car cette part d'acheminement ajoutée au prix de la fourniture d'électricité sur le marché serait supérieure au barème intégré d'EDF actuel. Cela pourrait constituer un frein à l'ouverture à la concurrence. Dès 2003, le seuil d'éligibilité descend à 9 gigawatts ; à l'horizon 2004, les professionnels pourront librement choisir leur fournisseur d'électricité, soit 70 % de la consommation. Un nombre significatif de clients pourraient ainsi, du fait de ces «*trappes tarifaires*», n'avoir aucun intérêt à faire jouer la concurrence entre producteurs.

Cet effet sera cependant limité par la refonte prochaine des tarifs intégrés. De plus, les simulations effectuées par la CRE, sur la base des données clients d'EDF, montrent que l'impact du tarif d'utilisation des réseaux sur les factures intégrées, une fois les optimisations effectuées, est beaucoup moins important que l'impact mesuré en 2001 sur la base de la seule formule concave. Si l'on considère que les clients prochainement éligibles seront les abonnés au tarif vert A, on constate que ceux d'entre eux qui connaissent encore des hausses importantes de facture sont peu nombreux : en Vert A8 Base, EJP MU et EJP TLU : environ 1 500 personnes sont concernées, soit moins de 1 % de clients d'EDF et 6,7 % des clients verts (consommant approximativement 7,9 TWh sur 109 TWh des clients verts).

De façon générale, les tarifs en temps réel sont frappés de plein fouet par les nouveaux tarifs ; leur pérennité est menacée, qu'il s'agisse des tarifs bleu EJP ou Tempo (850 000 clients en bleu EJP et 400 000 en bleu Tempo, soit en terme de puissance consommée, moins de 12,5 TWh sur 154 TWh du bleu) ou des jaune et vert (20 000 clients). Jusqu'alors, les tarifs intégrés d'EDF concentraient 70 % des coûts de réseaux sur les heures de pointe (les 400 heures du poste EJP).

S'agissant des clients éligibles, les prix intégrés de certains contrats Émeraude de clients HTB (vert B et C, actuellement éligibles) qui ont investi pour consommer en période creuse, sont plus intéressants que la sommation du coût du transport issu du nouveau tarif et du prix de marché de la fourniture d'électricité. Il semble que le nombre d'entreprises concernées par ce phénomène soit cependant limité, selon l'UNIDEN.

L'effet «*trappe à tarif*» semble donc limité ; dans l'attente de la réforme des tarifs intégrés, le surcoût devrait peser sur EDF production. Il convient de souligner à ce sujet que le besoin d'effacement à la pointe du producteur EDF va s'accroître dans les années à venir, les moyens de production de pointe étant appelés à manquer d'ici 2005-2010 ; l'impact de la disparition de certains tarifs à effacement chez les éligibles a été mis en évidence, lors des derniers froids de l'hiver 2001, au cours duquel EDF n'a pu faire face à la demande intérieure qu'en important de l'électricité à des prix extrêmement élevés, de l'ordre de 1 000 euros/MgW.

Le Conseil ne peut que recommander que les «*tarifs intégrés*» d'EDF soient réétudiés le plus rapidement possible et que, si des tarifs transitoires se

révèlent nécessaires pour éviter des «sauts tarifaires» trop brutaux, ces tarifs soient nettement limités dans le temps, la cible à atteindre étant clairement fixée.

Les effets de ciseau

Certaines concessions de distribution pourraient être en difficulté si leur clientèle est essentiellement constituée de clients raccordés en HTA ou en BT ; le tarif intégré aux clients captifs étant plafonné, ces concessions ne pourraient pas couvrir leurs charges, qui devraient alors être compensées par le Fonds de péréquation de l'électricité, dont on peut se demander s'il rentre dans sa vocation de compenser ce genre de déficit. En vertu du II de l'article 5 de la loi du 10 février 2000, *«tout ou partie des coûts supportés par les organismes de distribution et qui, en raison des particularités des réseaux publics de distribution qu'ils exploitent ou de leur clientèle, ne sont pas couverts par la part relative à l'utilisation de ces réseaux dans les tarifs de vente aux clients non éligibles et par les tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution»* sont compensés par le Fonds de péréquation de l'électricité (FPE). Ce fonds n'est donc pas chargé de remédier à des erreurs de «calage» des tarifs mais aux particularités techniques des réseaux, qu'il conviendrait alors de bien mettre en évidence.

Le Conseil remarque que l'exécution d'un contrat de fourniture d'électricité entre deux pays différents implique l'intervention de plusieurs gestionnaires de réseaux de transport (GRT), au titre des flux de transit et de bouclage et qu'il est indispensable que les coûts impliqués par ces flux transfrontaliers soient compensés par un système de versement entre les GRT. Dans l'hypothèse contraire, les pays centraux où ces flux sont concentrés ne seraient pas indemnisés des coûts supportés par les flux transfrontaliers et une telle conséquence serait préjudiciable au renforcement des réseaux d'interconnexion, condition nécessaire à l'émergence d'une concurrence sur la fourniture d'électricité en Europe.

Le Conseil souligne qu'il est aussi indispensable que les charges dues par chaque GRT au fonds ETSO soient distinguées des charges de réseau dues à leur fonctionnement interne. Il serait en effet inéquitable de répercuter sur les utilisateurs nationaux des coûts résultant d'une utilisation des réseaux par des tiers. Le choix du projet de décret de soumettre les producteurs à un tarif d'injection de 0,18 euro/Mgwh, est logique ; les producteurs concernés sont en effet EDF, la SNET (production de 2 TWh), Énergie du Rhône (filiale de la CNR et d'Electrabel ; production de 1,5 TWh) et les grosses cogénérations. L'électricité vendue par ces derniers opérateurs sur la bourse de l'électricité peut être exportée et ils contribuent donc bien aussi, avec EDF, aux exportations françaises. Le Conseil note que si seuls les producteurs branchés sur la très haute tension sont assujettis, les petites cogénérations étant exonérées, cette différence de traitement semble justifiée par la participation des premiers à l'essentiel des exportations françaises et à la prise en compte, pour les cogénérations, de leur faible utilisation du réseau, car elles alimentent généralement des clients situés à proximité.

S'agissant de transaction entre GRT, la répartition entre producteurs et consommateurs n'est pas indifférente, ainsi qu'il sera vu pour les charges internes du GRT national. Un tarif d'injection national qui frapperait les

exportations vers un pays qui ferait payer ses consommateurs donnerait lieu à une double tarification, alors que le flux inverse serait exonéré. Une harmonisation européenne est donc particulièrement souhaitable.

La hausse des tarifs par rapport au barème provisoire

L'UNIDEN expose que les tarifs d'utilisation des réseaux en valeur absolue semblent plus élevés que les tarifs provisoires mis en place par EDF en 1999, notamment pour les niveaux de tension HTA et HTB ; les clients éligibles vont donc payer une facture de transport de l'électricité plus élevée, d'autant qu'ils se verront également répercuter la contribution aux charges du service public de la production d'électricité de 2 centimes de francs par KWh, qui peut représenter jusqu'à 10 % d'augmentation de facture. Il faut cependant noter que le barème provisoire, établi à partir des coûts du RTE de 1998, n'avait pas été calculé pour assurer l'équilibre comptable de celui-ci, mais pour garantir, dès l'ouverture du marché, en février 1999, un accès rapide et facile aux réseaux ; il n'a pas été réévalué par la suite et n'a couvert, en 2001, les charges du RTE, qu'à la suite de rentrées exceptionnelles de recettes (dépassements de puissance de l'hiver 2001 ; facturation des exportations...). L'augmentation des tarifs de transport par rapport au barème provisoire n'est donc pas significative en soi, si ce barème était sous-évalué par rapport aux coûts. A supposer même que ces tarifs soient calés à un niveau artificiellement élevé afin de couvrir les déficits de l'activité distribution, il s'agirait de subventions croisées entre deux activités de monopole (le transport et la distribution). Il n'est pas davantage démontré, ni même allégué, que le niveau des tarifs de transport soit susceptible de pénaliser les importations et d'avantager EDF dans la fourniture d'électricité aux éligibles ; il semble, par ailleurs, que la concurrence ait suscité, au profit des consommateurs éligibles français, des baisses du prix de la fourniture d'électricité, ce qui tempère, en leur faveur, le constat du renchérissement des prestations de transport.

Avis / 02-A-05

1149

3. - L'imputabilité des tarifs

Le Conseil observe qu'un tarif à l'injection rendrait plus difficiles les subventions croisées qu'un tarif au soutirage ; en effet, dans l'hypothèse d'un tarif payé au soutirage, l'opérateur historique peut en cas de défaillance de contrôle du régulateur faire payer une baisse de ses prix de fourniture par une surfacturation des coûts d'acheminement, ce qui l'avantage sur le marché national et sur les marchés étrangers.

Le Conseil souligne que le type de répartition choisie n'est pas indifférent sur le plan de la concurrence. En effet, l'absence de tarif d'injection pour les producteurs avantage les exportations de l'opérateur historique, qui bénéficie, pour l'acheminement de ses 70 TWh exportés, d'une utilisation gratuite des réseaux de transport nationaux, les charges afférentes à cette utilisation étant mutualisées dans le tarif de soutirage payé par les consommateurs français. Par ailleurs, l'usage de partage producteurs/clients différents d'un pays à l'autre peut avoir une influence sur la compétitivité de certaines transactions. La plupart des pays limitrophes ayant choisi d'exonérer les

producteurs, il semble difficile à court terme, en l'absence d'une harmonisation européenne sur la part des coûts de réseaux recouverts par les tarifs d'injection, de prévoir en France, des taux d'injection trop élevés qui désavantageraient le producteur EDF ; toutefois, il serait souhaitable de prévoir, dans des délais aussi brefs que possible, un partage du paiement des tarifs entre les producteurs et les consommateurs (le rapport Champsaur prévoyait une répartition 1/3, 2/3), à condition qu'une harmonisation européenne soit mise en place.

Le Conseil souligne que la concurrence ne pouvant se développer, à court terme, en France, que soit grâce aux importations soit par le biais des capacités mises aux enchères par EDF, il convient de s'assurer que le système de tarification mis en place ne pénalise pas les importations, ou qu'à l'inverse, il ne subventionne pas les exportations au point que toutes les capacités mises aux enchères seraient utilisées à l'exportation ; dans la plupart des pays limitrophes de la France, les producteurs ne paient pas de tarifs d'injection ; leurs exportations en France ne sont donc taxées qu'en France, au soutirage ; il convient de signaler cependant le cas particulier de l'Allemagne qui soumet ses exportations à une taxe ; les importations en France, en provenance d'Allemagne sont donc taxées deux fois, une fois à l'exportation sur le territoire allemand, une autre fois sur le territoire français (tarif de soutirage). Les clients éligibles qui achètent de l'électricité en provenance d'Allemagne paient donc cette taxe (répercutée sur eux) et ce tarif de soutirage.

1150

Le projet de décret pourrait placer de ce fait mais aussi à cause des règles applicables en matière de transit, le RTE en position de faire payer aux consommateurs français un transport d'électricité dont ils ne bénéficient pas. Le Conseil rappelle que, dans un arrêt du 10 décembre 1991 (Port de Gênes), la Cour de justice des communautés européennes a jugé qu'une entreprise à laquelle sont conférés des droits exclusifs commet un abus de position dominante lorsqu'elle exige le paiement de services non demandés, et qu'un État membre crée une situation contraire à l'article 82 du traité lorsqu'il adopte une réglementation qui prévoit cet état de fait.

Plus généralement, la logique de la tarification «*timbre poste*» est celle d'une mutualisation des coûts de transport, par catégorie de tarif, quelle que soit la réalité du transport lui-même. Une telle logique suppose que le périmètre du réseau et celui de la mutualisation soient identiques. Appliquer des mutualisations nationales à un réseau qui, physiquement, est européen, ne peut que provoquer des problèmes. A terme, il paraît relativement évident que cette contradiction doit disparaître par la mise en place d'une tarification commune à l'ensemble du raisonnement. A court terme, au moins conviendrait-il que la contradiction entre le caractère européen du réseau et le niveau national de la mutualisation soit reconnue et traitée dans ses conséquences sur la base de compromis réalistes. Ces compromis pourraient comprendre deux voies : l'adoption de règles européennes communes, même si elles demeurent appliquées nationalement et une estimation, même approximative, des distorsions engendrées par la dysharmonie géographique entre la mutualisation et le réseau débouchant sur des paiements de réseau à réseau.

4. - Les cas particuliers et leurs leçons

La SNCF

Pour assurer la traction de ses trains, la SNCF achète de l'énergie à EDF. Elle est à ce titre le cinquième client d'EDF production (consommation de 8 Twh) et le premier client de RTE. Alimentée par 535 sous-stations faisant l'objet de 107 regroupements, la SNCF, client éligible, a bénéficié du tarif provisoire d'acheminement de l'électricité en 1999. L'application du nouveau barème se traduit, avec ou sans péage de regroupement, par une augmentation substantielle de sa facture : d'une facture de 735 millions de francs au titre de 2001 (tarif MADE), sa facture passe à 850 millions de francs sans regroupement et à 935 millions de francs avec regroupement. Ce deuxième chiffre est paradoxal : un client disposant de plusieurs branchements et qui foisonne ses consommations est censé faire peser un coût moindre sur le réseau. Sa situation en fait un client à part : elle ne consomme pas, en effet, simultanément en tous les points de raccordement de son réseau, mais la consommation en chacun de ces points croît lorsque les charges roulantes (locomotives) passent devant eux. Donc, en chacun de ses points de livraison, elle a une durée d'utilisation très courte ; elle paie donc relativement plus que les gros industriels qui ont une durée d'utilisation de l'ordre de 5 ou 6 000 heures.

La SNCF expose que le calcul du péage de regroupement la désavantage ; le choix d'une tarification à la puissance la désavantage déjà, car ses sous-stations sont proches du réseau du RTE et elle devrait logiquement moins contribuer aux pertes en ligne ; la réintroduction de la notion de distance pour le calcul des péages la désavantage encore : d'après ses calculs, la redevance de regroupement présenterait un intérêt lorsque le chemin électrique est inférieur à : 3 kms pour les lignes 63 à 90 kV (or, la distance entre deux stations de la SNCF varie entre 8 et 15 kms) ; 8 à 16 kms pour le réseau 225 KV (or cette distance est, pour la SNCF, comprise entre 30 et 90 kms) ; 3 kms pour le réseau HTA (cette distance étant, pour la SNCF, comprise entre 8 et 15). Au final, le prix moyen de l'acheminement payé par la SNCF s'élève à 10 centimes par KWh, alors qu'il ressort à 4 centimes pour les éligibles.

Le Conseil estime que les difficultés exposées par la SNCF illustrent la problématique plus générale des cas particuliers.

Ou bien, il n'y a pas de raison de traiter la SNCF de façon spécifique, c'est-à-dire qu'elle doit être soumise à une tarification de type timbre poste intégrant une correction de foisonnement. Dans ce cas, la règle générale qui doit lui être appliquée est que la distance parcourue par le courant ne doit pas être prise en compte ; est alors inopérant l'argument, avancé en séance par le RTE selon lequel la configuration du réseau ferré a imposé la construction de lignes spécifiques plus ou moins dédiées. De même, si la SNCF n'est pas un cas particulier, il semble qu'il ne convient pas, paradoxalement, de lui appliquer les règles de foisonnement de droit commun. En effet, ces dernières ont été calculées pour des consommateurs fixes, la distance entre les points de raccordement étant précisément calculée afin de s'assurer de la réalité du foisonnement. Or un train qui se déplace est, en lui-même, une

cause de foisonnement puisqu'il ne soutire du courant qu'au niveau des points de raccordement auprès desquels il passe. Traiter la SNCF comme un utilisateur «*normal*» imposerait donc paradoxalement de prévoir pour elle une règle de foisonnement *ad hoc*.

Ou bien, au contraire, notamment à cause des investissements spécifiques que le réseau doit consentir à cause de la configuration géographique du réseau ferré, il convient, dans la ligne de ce qui a été exposé plus haut sur l'opportunité de prévoir des dérogations, de réserver à la SNCF un traitement spécifique. Il s'agirait alors nécessairement de la faire échapper à la logique mutualisante de la tarification «*timbre poste*», par une recherche au moins approximative des coûts spécifiques supportés par le réseau pour alimenter la SNCF.

En ne prévoyant ni l'une ni l'autre de ces voies, le tarif soumis au Conseil est donc peut-être susceptible (sous réserve d'une expertise plus précise à laquelle le Conseil n'avait pas les moyens de se livrer) de faire supporter à la SNCF des coûts excessifs.

L'écèlement du dépassement de puissance des GRD

Une exception à la tarification des dépassements de puissance est prévue à l'alinéa 4, en faveur des GRD.

Cette disposition prévoyant, en faveur des GRD, un écèlement des pénalités dues pour dépassement de puissance en période de froid très rigoureux, semble introduire, en leur faveur, une discrimination par rapport aux clients éligibles, qui ne bénéficient pas d'un tel écèlement. Il semble qu'elle tire son origine de la circonstance que les GRD paient, en cas de grand froid, des dépassements de puissance au RTE (une baisse de température de 1 degré implique une consommation supplémentaire de 1 300 MgW), qu'ils ne peuvent répercuter sur leurs clients captifs, hormis sur la part variable de l'abonnement. Un dispositif identique existerait déjà en faveur des ELD (contrats de concession).

Le Conseil note que le décret-cadre du 26 avril 2001 a implicitement reconnu que l'utilisation du réseau de transport par les GRD présentait des spécificités justifiant un traitement particulier : les GRD ne figurent pas dans l'énumération des utilisateurs du réseau de l'article 3 et le mécanisme de reversement qui s'applique à eux est décrit dans un article distinct. Cette spécificité justifie sans un doute un traitement particulier pour les dépassements de puissance ; le Conseil estime toutefois que cette disposition est trop imprécise, en l'absence de définition de la notion de «*froid très rigoureux*» ; elle ne dit pas qui est chargé de la mettre en œuvre (on peut penser qu'il s'agit du RTE) et laisse place à l'interprétation quant à ses conditions d'application. EDF-RTE pourrait être soupçonné de commettre un abus de position dominante en avantageant indûment les GRD par rapport aux clients éligibles. Cette disposition mériterait donc d'être précisée, afin d'éviter qu'il en soit fait une application anticoncurrentielle.

D'une manière plus générale, l'étude de ces cas particuliers illustre une difficulté qui tient au caractère doublement artificiel du tarif par rapport à une tarification idéale au «*coût réel*» : d'une part, la tarification «*timbre poste*» est, en elle-même, de nature forfaitaire ; d'autre part, le tarif prévoit de nombreux

correctifs de caractère catégoriel, c'est-à-dire qui ne sont pas évalués utilisateur par utilisateur (écrêtement, foisonnement, concavité, saisonnalité différenciée selon les types de réseau, tarifs alternatifs). Pertinents pour certains cas particuliers qui ont permis de les calculer, ils peuvent, appliqués à d'autres utilisateurs, engendrer de fortes distorsions. La combinaison des multiples correctifs et du principe forfaitaire du «*timbre poste*» risque de devenir de plus en plus complexe à gérer s'il faut qu'elle soit elle-même amendée pour tenir compte des effets pervers qu'elle engendre : cette constatation est une incitation de plus à faire progresser la réflexion sur la tarification nodale.

V. - Questions diverses

■ 1. - Champ d'application

Le tarif d'utilisation des réseaux proposé ne s'appliquera directement, dans un premier temps, qu'aux clients éligibles. Les clients non éligibles continuent, en effet, à être soumis aux tarifs intégrés de vente, actuellement en vigueur, qui couvrent les coûts de fourniture et de réseaux.

Un décret réglementant les tarifs intégrés doit intervenir vers la fin de l'année, à la suite des conclusions de la mission confiée le 14 mai 2001, par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie et le secrétaire d'État à l'industrie, au chef de service de l'Inspection générale des finances et au vice-président du Conseil général des mines, sur les tarifs de vente aux consommateurs captifs. En vertu de l'article 2 du décret n° 2001-678 du 26 juillet 2001 relatif aux tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles, «*les tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles sont fixés par décret en Conseil d'État, après avis de la Commission de régulation de l'électricité et du Conseil de la concurrence*». C'est ce décret qui incorporera les tarifs d'utilisation des réseaux dans les tarifs intégrés de vente. Jusqu'à son entrée en vigueur, le tarif d'acheminement de l'électricité ne sera pas appliqué directement et immédiatement aux consommateurs non éligibles.

Le Conseil souligne, cependant, que, pour ces derniers, le tarif d'utilisation des réseaux revêt une importance immédiate : le I de l'article 5 du décret prévoit en effet que «*les tarifs d'utilisation des réseaux publics servent à l'établissement de la facture, qui est adressée à l'utilisateur par le gestionnaire du réseau public auquel il est raccordé*» et que le montant correspondant aux coûts d'utilisation des réseaux publics sera identifié sur les factures des clients non éligibles, au plus tard à compter du 1^{er} juillet 2002, et, dès l'entrée en vigueur du décret, sur les factures des clients éligibles qui n'ont pas mis en oeuvre leur droit à l'éligibilité ; cet affichage a un double impact :

- la sommation des tarifs d'acheminement payés directement par les éligibles qui ont fait valoir leur éligibilité et de la part correspondant aux tarifs d'acheminement figurant sur les factures intégrées représente l'ensemble des recettes des entités transport et distribution et sert de base au calcul des «*reversements*» entre ces entités ; leur périmètre comptable est donc défini par ces recettes ;

- l'affichage sert un objectif de transparence tarifaire et de pédagogie, non seulement pour permettre à tous les clients d'apprécier la part «réseaux» dans leurs factures intégrées, mais aussi pour permettre aux futurs éligibles, ou éligibles n'ayant pas encore exercé leur éligibilité, d'exercer cette faculté dans les meilleures conditions.

Le Conseil rappelle, à cet égard, qu'il est important d'afficher, dans un premier temps, un tarif simple et transparent, afin de permettre aux investisseurs éventuels de forger leurs anticipations, seule une observation fine du marché et des comportements des opérateurs permettant ensuite d'affiner le mode de tarification. Le Conseil a déjà estimé, dans les avis n° 98-A-21 du 1^{er} décembre 1998 et n° 97-A-09 du 26 mars 1997, que *«le barème des redevances, s'il intègre des critères de modulation, (doit) indiquer avec précision les objectifs poursuivis par chacun des éléments de la modulation, ainsi que ses conditions d'amplitude, afin que ces critères ne soient pas susceptibles de conduire à des discriminations entre opérateurs ayant une efficacité identique et que la multiplication des paramètres de variation des redevances ne conduise pas à une tarification complexe génératrice d'une insuffisance de transparence»*.

Il n'entre pas dans la compétence du Conseil de la concurrence de prévoir les mesures nécessaires à la mise en oeuvre concrète du tarif, ni la forme que ces mesures devraient revêtir ; toutefois, il semble que les déclinaisons pratiques du tarif ne doivent pas être laissées à la seule appréciation de l'opérateur historique ; à défaut, celui-ci serait systématiquement soupçonné d'utiliser, à son profit, les marges de manœuvre provenant des imprécisions ou des lacunes de la réglementation ; en outre, les DNN pourraient être pénalisés par un tel dispositif unilatéral, nécessairement opaque.

1154

■ 2. - Délais d'application du tarif

EDF demande que la date d'entrée en vigueur du décret soit reportée d'environ quatre mois. L'établissement public souligne qu'en l'état, le décret s'appliquera dès sa publication au *Journal officiel*. Chaque éligible devra donc, dès cette date, sur la base du décret, se voir proposer un contrat d'accès aux réseaux de distribution (CARD) ou de transport par les gestionnaires de réseaux. L'élaboration des contrats proposés par les GRD à leurs clients éligibles raccordés en HTA (1 300 clients pour les distributions d'EDF), pour lesquels trois versions tarifaires alternatives sont proposées, nécessite non seulement une réévaluation de la situation individuelle de chacun, mais aussi un calcul d'optimisation. Cette élaboration ne pourra être réalisée immédiatement ; à la réception de ce document, les clients pourraient utilement disposer d'un délai de réflexion.

Conclusion

Le Conseil formule un avis favorable :

- au principe d'un contrôle tarifaire du prix d'utilisation des réseaux publics de transport de l'électricité sur le fondement de l'article L.410-2 du code de commerce ;
- à l'adoption d'un mode de tarification dit «au timbre-poste» et à structure binôme, sous réserve que les transferts de charges entre utilisateurs résultant de l'adoption de cette technique forfaitaire n'entraînent pas, dans certains cas particuliers, des inconvénients dépassant l'avantage résultant de la simplicité de cette technique ;

Le Conseil relève le caractère discutable du choix qui consiste à faire payer par les consommateurs français le coût du transport d'une électricité qu'ils ne consommeront pas.

Le Conseil souligne, par ailleurs, que le choix de faire supporter la charge des tarifs d'utilisation des réseaux aux consommateurs (au soutirage) pourrait poser un problème de concurrence, la situation actuelle aboutissant à faire supporter, par les utilisateurs du réseau, les charges d'exportation du monopole historique, et insiste sur la nécessaire harmonisation européenne des règles tarifaires relatives à l'utilisation du réseau.

S'agissant du niveau général du tarif, le Conseil n'a pas d'observation particulière à formuler, sauf à attirer l'attention du gouvernement sur les risques inhérents à la non couverture des charges des gestionnaires de réseaux (EDF RTE ; EDF Distribution et DNN) qui serait de nature à entraver leurs investissements, à dégrader les services rendus, voire à rendre impossible l'exercice de leurs missions de service public et, ainsi, à freiner l'émergence de la concurrence ; le prix de l'acheminement de l'électricité, activité de monopole régulé, ne semble pas, en tant que tel, de nature, à favoriser des subventions croisées au profit du marché de la production ouvert à la concurrence ; c'est plutôt l'impression inverse qui se dégage du dossier, à savoir d'une pénurie de recettes à répartir entre deux activités régulées, la distribution et la production à destination de la clientèle captive.

S'agissant du niveau des différents éléments du tarif et de la répartition des charges entre les différents types de tarif, le Conseil estime ne pas disposer des moyens de porter un jugement sur les risques de transferts de charge entre utilisateurs que les choix opérés engendrent ni sur le point de savoir si le coût de l'inefficacité de ces transferts est ou non inférieur au bénéfice attendu du dispositif en termes de simplicité et de désincitation à la consommation de pointe. Le Conseil ne peut que recommander que des études soient menées sur ces différents points afin d'améliorer si nécessaire les prochains tarifs.

Le Conseil constate que :

- des «*trappes tarifaires*», de nature à freiner le passage des futurs éligibles à la concurrence, vont exister ; elles semblent avoir un impact limité, en pourcentage de la consommation intérieure d'électricité, mais elles devront disparaître sous l'effet du réaménagement des tarifs d'EDF dont il faut souhaiter qu'il intervienne rapidement ;
- les cas des «*charges roulantes*», concernant la SNCF et la RATP, ou de l'écêtement de puissance des GRD nécessitent des études techniques plus approfondies, semblent parfois révéler des incohérences dans l'application des règles et devraient conduire, d'une manière générale, à une réflexion sur les cas particuliers.

Délibéré, sur le rapport de M^{me} Luc, par M^{me} Hagelsteen, Présidente, présidant la séance, M. Nasse, M^{me} Pasturel, vice-présidents et M. Bidaud, membre.

Le rapporteur général,
Patrick Hubert

La présidente
Marie-Dominique Hagelsteen

Avis / 02-A-05

1155

02-A-06

Avis n° 02-A-06 du 4 mai 2002 relatif à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 21 février 2002 sous le numéro 02/0039/A, par laquelle la Commission de régulation de l'électricité a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 25 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, des propositions des opérateurs du secteur électrique relatives aux principes de séparation comptable entre activités de production, transport, distribution d'électricité et autres activités annexés à leurs comptes pour 2001 ;

Vu l'avis n° 00-A-29 du 30 novembre 2000 du Conseil de la concurrence, relatif à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité ;

Vu les délibérations de la Commission de régulation de l'électricité des 11 janvier et 15 février 2001 ;

Vu le livre IV du code de commerce 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, lors de la séance du 2 avril 2002,

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

La Commission de régulation de l'électricité a saisi le Conseil de la concurrence, sur le fondement de l'article 25 de la loi n° 2000-108 du 10 février 2000 relative à la modernisation et au développement du service public de l'électricité, des propositions des opérateurs relatives à la séparation comptable entre les activités de production, transport et distribution d'électricité ; ce texte dispose : *«La Commission de régulation de l'électricité approuve, après avis du Conseil de la concurrence, les règles d'imputation (des postes d'actif et de passif et des charges et produits de chaque activité), les périmètres comptables (de chaque activité) et les principes (déterminant les relations financières entre ces activités) (...) qui sont proposés par les opérateurs concernés pour mettre en œuvre la séparation comptable (...) ainsi que toute modification ultérieure de ces règles, de ces périmètres ou de ces principes. La Commission veille à ce que ces règles, ces périmètres et ces principes ne permettent aucune discrimination, subvention croisée ou distorsion de concurrence».*

Saisi, le 24 octobre 2000, par la Commission de régulation de l'électricité, des premières propositions des opérateurs, sur le fondement conjoint de l'article 25 et de l'article 39 de la même loi, qui prévoit que le président de

la Commission de régulation de l'électricité peut consulter le Conseil de la concurrence sur toute question relevant de sa compétence, le Conseil a rendu, le 30 novembre 2000, un avis n° 00-A-29 concluant à l'insuffisance de ces propositions et formulant un certain nombre de recommandations de nature à garantir le respect du droit de la concurrence.

Dans une délibération du 11 janvier 2001, la Commission de régulation de l'électricité s'est associée aux réserves émises par le Conseil de la concurrence et a décidé d'utiliser son pouvoir de réglementation unilatéral des grands principes comptables sur le fondement de l'article 37 § 6 de la loi du 10 février 2000. Dans une délibération du 15 février 2001, elle a fixé les règles des périmètres des activités dissociées, les règles d'imputation comptable et les principes déterminant les relations financières entre activités.

Sur la base de cette délibération, les opérateurs ont formulé de nouvelles propositions pour leurs comptes dissociés de 2001, reprenant textuellement les règles et principes contenus dans la délibération de la Commission de régulation de l'électricité. Ce sont ces propositions qui sont aujourd'hui transmises au Conseil, pour avis, par la Commission de régulation de l'électricité.

Le Conseil observe qu'il s'est déjà prononcé sur les principes comptables dans son avis du 30 novembre 2000 et que des propositions à caractère général, reprenant ces principes, n'appellent pas de sa part de nouveaux commentaires. Le Conseil relève toutefois que les règles d'affectation du passif, entre entités dissociées, ne sont pas explicitées dans les propositions d'EDF, alors que les bilans d'ouverture constituent, ainsi qu'il l'avait souligné dans ce précédent avis, l'une des principales sources possibles de subventions croisées.

Délibéré sur le rapport de M^{me} Irène Luc, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel et M. Nasse, vice-présidents.

Le rapporteur général,
Patrick Hubert

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Avis / 02-A-06

1157

02-A-07

Avis n° 02-A-07 du 15 mai 2002 relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe Seb

Le Conseil de la concurrence (section III A)

Vu la lettre du 4 mars 2002 enregistrée sous le numéro 02/0038/A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, en application des dispositions des articles L.430-1 à L. 430-7 du code de commerce, d'une demande d'avis relative à l'acquisition par la société Seb SA d'actifs de la société Moulinex SA dans le secteur de la vente d'appareils de petit électroménager ;

Vu le livre IV du code de commerce, et notamment ses articles L. 430-1 à L. 430-7, et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu les observations présentées par les représentants de la société Seb SA et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Seb SA entendus ;

Les représentants de la société DeLonghi France entendus conformément aux dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Adopte l'avis fondé sur les constatations et les motifs ci-après exposés :

1158

I. - Les entreprises parties à l'opération

■ A. - Le groupe Seb

Le groupe Seb est constitué d'une société holding, Seb SA et de ses filiales. Il opère dans le secteur du petit électroménager (PEM), à travers quatre marques (Seb, Téfal, Rowenta et Calor). En 2000, sept familles d'appareils ont représenté plus de [60-70] % des ventes consolidées : les articles culinaires anti-adhésifs, les autocuiseurs, les fers et générateurs vapeur, les bouilloires électriques, les friteuses électriques, les repas conviviaux et les préparateurs culinaires à moteur.

Le groupe est présent dans 120 pays. Pour l'exercice 2000, Seb a réalisé un chiffre d'affaires mondial consolidé de 1 825 millions d'euros, dont 56 % dans l'Union européenne et 485 millions d'euros en France (soit 26,6 %).

Le groupe Seb dispose de 16 sites de production ou d'assemblage dans le monde. Ces sites sont ainsi répartis : huit en France, un en Allemagne, quatre sur le continent américain (Etats-Unis, Mexique, Brésil et Colombie), trois dans le reste du monde (Chine, Russie et Iran). Ces sites industriels sont spécialisés par lignes de produits. Le budget de recherche et développement représente environ 2 % du chiffre d'affaires consolidé du groupe. L'effectif total est de 12 400 personnes, dont 6 600 en France.

■ B. - Le groupe Moulinex

En 1990, Jean Mantelet, fondateur de la société, cède la FINAP (holding de Moulinex SA) à la Financière Moulinex (société regroupant le personnel de Moulinex SA et de ses filiales). Les sociétés FINAP et Financière Moulinex, dont le capital est ouvert en 1994, sont absorbées en octobre 1997 par Moulinex SA. En 1991 le groupe s'est agrandi avec le rachat de la société allemande Krups.

A partir des années 1990, Moulinex, qui connaît des difficultés croissantes (2600 emplois supprimés entre 1996 et 1999), poursuit néanmoins son expansion à l'étranger : en Chine (1997) au Brésil (1998), en Argentine et en Inde (1999-2000). En décembre 2000, le groupe Moulinex-Brandt fusionne avec la société EL.FI., détentrice de 100 % des titres de Brandt SA, et entre sur le marché du gros électroménager. Cette activité est cédée au groupe israélien Elco en janvier 2002.

Dans le secteur du petit électroménager, la société Moulinex est présente sur plusieurs familles de produits, vendues sous les marques Moulinex et Krups. Le petit électroménager représente, en 2000, 40 % du chiffre d'affaires mondial consolidé. Au 31 août 2001, Moulinex employait 9 000 personnes dans le monde, dont environ 5 000 en France. Après la dernière restructuration, l'outil industriel de Moulinex pour la production du petit électroménager comprenait dix-huit sites au total, dont neuf en France, deux en Espagne, un en Allemagne, un au Mexique, un en Irlande, un en Chine, un en Egypte et deux au Brésil.

Pour l'exercice 2000, Moulinex a réalisé un chiffre d'affaires mondial consolidé de 2 663 millions d'euros, dont 35 % en France et 49 % pour le reste de l'Union européenne. En France, le chiffre d'affaires en petit électroménager s'est élevé à [...] millions d'euros, dont [...] % sous la marque Moulinex et [...] % sous la marque Krups.

Avis / 02-A-07

1159

II. - Les modalités de l'opération et la décision de la Commission européenne

■ A. - L'opération

1. - Les difficultés de Moulinex et les offres de reprise présentées au tribunal de commerce

Début 2001, la mise en place d'un plan de sauvetage du groupe Moulinex a échoué, faute d'accord entre les actionnaires et les banques pour son financement. Sur déclaration de cessation de paiement de la société, le tribunal de commerce de Nanterre a, par jugement du 7 septembre 2001, ouvert une procédure de redressement judiciaire. Deux administrateurs judiciaires, chargés de dresser le bilan économique et social de l'entreprise, ont été nommés et ont écarté la solution d'un plan de continuation au profit d'un plan de cession. Treize propositions de reprise ont été adressées au tribunal de commerce.

Neuf d'entre elles étaient des manifestations d'intérêt portant sur la reprise partielle de certains actifs incorporels, essentiellement la marque Krups, et ne pouvaient être analysées comme de véritables offres répondant aux conditions posées par l'article L. 621-83 du code de commerce (propositions des sociétés Arcelik, Conair, Sunbeam, Taurus, TTI, Electrolux, Princess Household et SAECO).

Trois autres propositions portaient sur la reprise totale ou partielle des actifs pour un franc symbolique. Celle présentée par les cadres de l'usine de Falaise ne répondait pas aux conditions des articles L. 621-83 du code de commerce, puisque qu'elle ne prévoyait pas la reprise des salariés. Celle de la société Euroland a été rejetée faute de garanties financières réelles. L'offre de la Société de Participations Industrielles a été écartée car, d'une part, elle n'était accompagnée d'aucune justification quant à sa faisabilité au plan financier, d'autre part, elle était assortie d'une condition suspensive prévoyant l'abandon quasi total de leurs droits par les créanciers, condition n'ayant pu être levée. Par jugement du 22 octobre 2001, le tribunal de commerce de Nanterre a donc arrêté, au profit de Seb, un plan de cession prévoyant la reprise de la totalité des éléments incorporels et de l'essentiel des actifs corporels, pour un montant de 15 millions d'euros. Cette décision a été assortie d'une clause d'inaliénabilité des actifs pendant une période de deux ans après l'entrée en jouissance, fixée au 29 octobre 2001, et d'une interdiction de tout licenciement économique des salariés repris.

Au soutien de sa décision, le tribunal de commerce de Nanterre a retenu les éléments suivants : Seb est un groupe important dont la capacité industrielle et les moyens financiers sont établis ; plus du tiers des contrats de travail sont maintenus, malgré la fermeture de certains sites ; toutes les conditions suspensives ont été levées ; enfin, il apparaît que si cette offre est écartée, la seule solution restante est la liquidation judiciaire immédiate, défavorable pour tous les intéressés (salariés, créanciers, organismes sociaux et clients).

L'appel interjeté par le comité central d'entreprise de la société Moulinex a été déclaré irrecevable par un arrêt de la cour d'appel de Versailles en date du 2 mai 2002.

2. - Le périmètre de la reprise

Il ne comprend pas l'ensemble des actifs industriels de Moulinex. Huit sites industriels sont conservés dont quatre en France, deux sites en Espagne, un site au Mexique et un site en Égypte. Au plan commercial, Seb conserve quatre des vingt-six filiales commerciales dans le monde (France, Allemagne, Espagne, États-Unis). En ce qui concerne les emplois, sur 5 000 personnes environ, 1 856 sont reprises en France, soit 45 % de l'effectif. De plus, Seb a conclu un contrat d'approvisionnement de deux ans avec CGME, sous-traitant de Moulinex pour la fabrication des moteurs électriques, devant permettre le maintien de 600 emplois.

■ B - La notification de l'opération et la décision de la Commission européenne

Dès le 25 septembre 2001, la Commission européenne a été informée par la société Seb de son projet de reprise du groupe Moulinex. Le 28 septembre 2001, elle a accordé à Seb une dérogation au caractère suspensif de sa saisine, pour les trois motifs suivants : en premier lieu, si l'opération envisagée pouvait présenter une menace pour la concurrence, cela ne conduirait pas à un préjudice irréparable pour le marché ; en second lieu, la dérogation concernerait non la réalisation de la totalité de l'opération mais seulement la gestion immédiate des actifs repris, le transfert de propriété devant intervenir après l'autorisation de la Commission ; enfin, un refus empêcherait Seb de confirmer au tribunal de commerce son offre de reprise faute de remplir les conditions exigées par les administrateurs judiciaires. La Commission souligne qu' *«un tel refus, et donc l'élimination d'une offre, diminuerait aussi les chances de Moulinex d'être repris et donc de rester un acteur actif sur le marché.»*

La Commission européenne a reçu notification du projet de reprise partielle des actifs de Moulinex le 13 novembre 2001. Elle a accepté, le 8 janvier 2002, de renvoyer aux autorités françaises compétentes l'analyse des effets de l'opération sur certains marchés français des appareils de petit électroménager. Concernant les 13 autres marchés européens affectés, la commission a autorisé l'opération le 8 janvier 2002, sous réserve d'engagements.

Dans sa décision, la Commission retient une définition des marchés de produits selon la fonction de l'appareil. Elle distingue ainsi treize marchés : les friteuses, les mini-fours, les grille-pains, les appareils à sandwich et les gaufriers, les appareils pour repas informels, les barbecues et grils d'intérieur, les cuiseurs de riz et les cuiseurs à vapeur, les cafetières électriques, les bouilloires électriques, les machines expressos, les mélangeurs et préparateurs culinaires, les fers à repasser/stations vapeur, les appareils de soin personnel.

En ce qui concerne la dimension géographique des marchés, la Commission opte pour une définition nationale des marchés en cause, en s'appuyant sur

Avis / 02-A-07

1161

les facteurs suivants : des parts de marchés très hétérogènes, une pénétration des marques différente selon la zone géographique, une politique d'approvisionnement nationale, des niveaux de prix variables selon les différents pays, des structures logistiques et de distribution nationales.

Sur les marchés examinés, la Commission constate un renforcement substantiel des parts de marché de la nouvelle entité au Portugal, en Grèce, en Belgique et aux Pays-Bas, et une augmentation des parts de marché moindre en Allemagne, en Autriche, au Danemark, en Suède et en Norvège. Le nombre de marchés affectés varie selon les pays : 10 au Portugal, de 1 à 6 dans les autres pays. La Commission a autorisé l'opération sous réserve que Seb s'engage à accorder une licence exclusive de fabrication des produits de la marque Moulinex pendant cinq ans, pour l'ensemble des treize catégories de produits du petit électroménager, pour les neuf Etats précités. Cet engagement est assorti d'une interdiction de vendre sur ces marchés pendant trois ans supplémentaires.

III. - Contrôlabilité

1162

Aux termes de l'article L. 430-1 du code du commerce : *«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».

Par ailleurs, l'article 27 du décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 précise que : *«Le chiffre d'affaires pris en compte à l'article 38 de l'ordonnance (article L. 430-1 du code du commerce) 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 mandataires vers l'étranger».*

Le seuil exprimé en chiffres d'affaires n'étant pas atteint par les entreprises parties à l'opération, il convient de rechercher si, sur les marchés concernés par cette opération, le seuil exprimé en parts de marché est atteint.

En 2000, sur les principaux marchés de produits, tels qu'ils sont définis ci-dessous, la part du nouvel ensemble a été de [70-80] % en friteuses, [70-80] % en mini fours, [50-60] % en grille-pain, [60-70] % en cafetières,

[60-70] % en préparateurs culinaires, [70-80] % en «*repas informels*» et [60-70] % en fers vapeurs.

L'opération est donc contrôlable par le Conseil, en application de l'article L. 430-1 du code du commerce.

Aux termes de l'article L. 430-2 du code du commerce : «*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 un groupe d'entreprise d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante.*»

Le jugement du tribunal de commerce de Nanterre, agréant le plan de reprise de Moulinex par Seb, prévoit la cession de l'ensemble des éléments incorporels, de la majorité des éléments corporels, de cinq filiales et de tous les salariés maintenus en activité. Les autres salariés sont licenciés économiquement et les éléments corporels non repris ne sont plus exploitables dans le cadre de l'activité d'origine du groupe Moulinex. En conséquence, la présente opération est contrôlable par le Conseil, en application de l'article L. 430-2 du code du commerce.

Le Conseil note cependant que la mise en œuvre par le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie des dispositions de l'article L. 430-5 pourrait entrer en conflit avec la décision juridictionnelle prise par le tribunal de commerce de Nanterre, en vertu de la législation relative au redressement judiciaire. L'article L.620-1 du code de commerce prévoit que cette procédure est destinée «*à permettre la sauvegarde de l'entreprise, le maintien de l'activité et de l'emploi et l'apurement du passif. Le redressement judiciaire est assuré selon un plan arrêté par décision de justice à l'issue d'une période d'observation. Ce plan prévoit, soit la continuation de l'entreprise, soit sa cession.*»

L'article L. 621-83 du code de commerce, qui concerne spécifiquement la cession, précise qu'elle «*a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés et d'apurer le passif. Elle peut être totale ou partielle. Dans ce dernier cas, elle porte sur un ensemble d'éléments d'exploitation qui forment une ou plusieurs branches complètes et autonomes d'activités.*»

La Cour de cassation a déduit de ces dispositions, d'une part, le caractère forfaitaire du plan de cession qui implique l'existence d'un aléa exclusif de l'application des garanties prévues dans le droit commun de la vente, d'autre part, que ce plan obéit à des règles propres édictées, en vue du maintien, au moins partiel, de l'activité, par une loi d'ordre public. En application de ces deux principes la chambre commerciale a, par exemple, décidé que l'administration fiscale ne peut procéder à un redressement de la valeur des biens cédés (arrêt du 16 juin 1998, société Audax c/ Direction générale des impôts).

L'article L. 621-63 du code de commerce précise, en son alinéa 3, que «*Les personnes qui exécuteront le plan, même à titre d'associés, ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation.*» Ce principe d'intangibilité du plan de reprise a également été confirmé par la Cour de cassation dans un arrêt du 27 avril 1993, Dessaye c/ Boye.

Certes, les buts d'ordre public économique poursuivis par les dispositions du code de commerce relatives aux plans de cessions ne coïncident pas nécessairement avec ceux poursuivis par ses articles L. 430-1 à L. 430-7 relatifs au contrôle des concentrations. Toutefois, le ministère public a la possibilité de présenter devant le tribunal de commerce des observations relatives aux avantages et aux inconvénients des différentes solutions en discussion au regard de leur impact, tant sur le maintien de l'activité de l'entreprise que sur la concurrence sur les marchés concernés, et de telles considérations sont susceptibles d'être prises en compte par le tribunal dans le choix de la solution la plus appropriée. En l'espèce, le procureur de la République devant le tribunal de commerce de Nanterre a soutenu le projet de Seb, sans émettre de réserves quant à ses risques éventuels pour la concurrence.

IV. - La délimitation des marchés concernés par l'opération

■ A. - Les marchés de produits

Au préalable, il apparaît que n'entrent pas dans le champ de l'opération, soit parce qu'ils n'étaient pas commercialisés par l'un des deux groupes, soit parce que, après la cession, la production Moulinex en a été abandonnée, les appareils de soins et d'hygiène corporelle, ainsi que les fours micro-ondes.

Le groupe Seb conteste la définition des marchés de produits retenue par la Commission européenne, estimant que son pouvoir de marché suite à l'opération doit s'apprécier en tenant compte de l'existence de produits non électriques, parfaitement substituables, vers lesquels la demande peut se reporter. Il considère que le taux d'équipement des ménages est un indicateur pertinent des possibilités réelles de substitution des produits non électriques par rapport aux appareils électriques remplissant la même fonction. Un taux d'équipement faible indiquerait que les appareils ou techniques traditionnels restent suffisamment substituables, tandis qu'un taux d'équipement élevé caractériserait une faible possibilité de substitution avec d'autres produits ou techniques.

Cependant, la fonction de l'appareil est certes un critère à prendre en compte pour apprécier la possibilité de substitution entre les appareils électriques et non électriques, mais la substituabilité des produits du point de vue des demandeurs dépend également d'autres facteurs, tels que :

- les contraintes d'utilisation : les friteuses ou les cafetières non électriques doivent être utilisées avec une autre source d'énergie ou un autre appareil, par exemple, une plaque de cuisson ou une bouilloire électrique ;
- le confort d'utilisation des appareils électriques par rapport au non électrique ;
- les écarts de prix.

Compte tenu de ces éléments, le Conseil est d'avis qu'il convient de distinguer les petits appareils électroménagers des appareils non électriques.

De même, au sein du petit électroménager, aucun élément d'appréciation particulier à la situation des marchés en France ne justifie une remise en cause de l'analyse faite par la Commission. Les marchés de produits à retenir sont donc les suivants :

- *Le marché des friteuses électriques* : cet appareil comporte un élément chauffant intégré et, le plus souvent, un couvercle et il est destiné à faire cuire un aliment dans un bain de friture.
- *Le marché des mini-fours* : Les mini-fours, d'un poids d'environ 20 kg, et d'une capacité variant de 10 à 35 litres qui servent à la cuisson de tous aliments, dans la limite de leur capacité, peuvent comporter des options telles que gril, chaleur tournante, tourne broche, grille-pain, préchauffage, catalyse ou encore plaque de cuisson intégrée. Selon Seb, les cuisinières et fours encastrables seraient parfaitement substituables aux mini-fours. Cette substituabilité est toutefois faible, compte tenu de la nette différence de capacité avec les autres fours, des fonctions plus complètes pour les encastrables et les cuisinières, et des différences de prix très sensibles.
- *Le marché des grille-pain* : la fonction de cet appareil consiste à griller le pain au moyen de résistances électriques appliquées de chaque côté de la paroi. Certaines fonctions peuvent être ajoutées telles que décongélation ou encore chauffe baguette, petits pains et viennoiseries.
- *Le marché des cafetières électriques* : cet appareil chauffe l'eau qui traverse ensuite le café moulu retenu dans un filtre, le café liquide obtenu ayant pour réceptacle un récipient d'une capacité de 0,5 à 1,5 litre.
- *Le marché des expressos* : cet appareil est dérivé des machines professionnelles servant à faire du café plus serré. Il est parfois doté d'une pompe qui assure la pression. Le réceptacle est constitué en général de 1 à 2 tasses individuelles. Certains modèles récents sont mixtes et combinent une fonction cafetière. Leur prix moyen en France est de 131 euros contre 27 euros pour la cafetière électrique.
- *Le marché des bouilloires électriques* : Ce type d'appareil est constitué d'un récipient muni d'une résistance intégrée qui permet de chauffer l'eau
- *Le marché des barbecues et grils électriques* : ce segment regroupe les barbecues et grils d'intérieur et d'extérieur utilisés pour la cuisson des viandes, poissons, brochettes, etc. Les produits de substitution seraient, selon Seb, les mêmes appareils assurant la cuisson au charbon de bois ou au gaz, comme le confirmerait un taux d'équipement limité à 28 %. Les barbecues électriques représentent actuellement un marché de 600 000 appareils, contre 6 millions pour le charbon de bois et 1 million pour le gaz. Cependant, il semble que l'utilisation des barbecues et grils électriques se soit développée car, générant peu de fumées, elle est plus facile à l'intérieur, et notamment en appartement. A l'inverse, les autres appareils sont réservés à l'usage extérieur.
- *Le marché des cuiseurs de riz/cuiseurs vapeur.*
- *Le marché des fers vapeurs* : ces appareils intègrent une chambre de vaporisation qui, sous l'effet de la chaleur transforme l'eau du réservoir en vapeur pour assurer l'humidification du linge. Le taux d'équipement des ménages, particulièrement élevé (98 %) confirme l'absence de substituabilité avec d'autres appareils, y compris les fers électriques dits «secs».
- *Le marché des aspirateurs.*

- *Le marché des appareils de préparation des aliments* : cette famille de produits regroupe une multiplicité d'appareils utilisés pour la préparation culinaire qui ne remplissent pas nécessairement des fonctions similaires.

Les produits spécifiques ont une fonction unique : les moulins à café, les centrifugeuses, les hachoirs à viande, les mini-hachoirs (moulinettes), les couteaux électriques, les ouvre-boîtes, les tranche tout, les sorbetières, les yaourtières, les sauciers et les presses agrumes.

Les robots ménagers complexes intègrent de nombreuses fonctions : hacher, mixer battre ou fouetter, râper, pétrir, presser des fruits, centrifuger des jus, mélanger ou émulsionner. Ces différentes fonctions se rapportent, en général, à un accessoire spécifique du robot qui est placé sur la sortie du moteur principal ou secondaire. D'autres appareils multifonctions ne sont généralement dédiés qu'à quelques types de préparations (de 1 à 3 types de fonctions). Il s'agit, notamment, des mélangeurs (ou blenders), des mixers plongeants et des batteurs.

Chacun de ces appareils, compte tenu, soit de son caractère mono-fonction, soit de prix unitaires sensiblement différents pour les mono-fonctions, d'une part, et les multi-fonctions, d'autre part, pourrait constituer un marché distinct. Toutefois, en l'absence de données statistiques par produits, et en tenant compte du fait que chaque type d'appareils pris séparément représente une faible part des ventes de l'ensemble du petit électroménager, l'impact de l'opération peut être apprécié sur un marché regroupant l'ensemble de cette famille de produits.

- *Le marché des appareils de repas informels* : ce marché regroupe lui aussi des appareils très divers, qui ont pour caractéristique commune de servir à la préparation de plats ou desserts conviviaux autour d'une recette à caractère régional ou exotique. Il s'agit notamment des pierrades (cuisson de la viande par contact sur une pierre chaude), des raclettes, des crêpières, des fondues (fromage, viande, poissons et crustacés), des appareils permettant la cuisson des gaufres, des croque-monsieur et des sandwiches, ainsi que des appareils divers inspirés par les cuisines mondiales ou exotiques (hamburger, mini pizzas, tex-mex, tajine, paninis, brochettes, etc.). Certains de ces appareils proposent plusieurs fonctions grâce, notamment, à des plaques de cuisson interchangeable (gaufres, sandwich, grill pour la cuisson des viandes, pierrades, raclettes et crêpières).

Comme pour les préparateurs culinaires, chaque appareil de cette famille est difficilement substituable à une autre du point de vue de sa fonction. Toutefois, pour les mêmes raisons que celles exposées ci-dessus, un marché unique sera retenu, englobant les appareils à sandwich et les gaufriers, que la Commission avait distingués, mais pour lesquels les données disponibles au niveau français ne permettent pas un suivi distinct de l'évolution des ventes dans le temps.

■ B. - La dimension géographique des marchés

La Commission, relevant que les parts de marchés des différents fabricants étaient très hétérogènes d'un pays à l'autre, que les niveaux de prix variaient selon les pays, et que les structures logistiques, d'approvisionnement et de distribution étaient nationales, a défini des marchés de produits limités aux territoires nationaux, avant de renvoyer aux autorités françaises l'examen de la situation sur les marchés français. Le Conseil n'entend donc pas remettre en cause la délimitation nationale des marchés de produits concernés.

■ V. - Bilan de l'opération sur la concurrence

■ A. - Les effets de l'opération sur les parts de marché

Les parts de marché du nouvel ensemble ont été déterminées, à fin 2001, par croisement des statistiques du Groupement interprofessionnel des fabricants d'appareils d'équipement ménager (GIFAM), des données communiquées par Seb et des chiffres retenus par la Commission pour son analyse des parts de marché. Par ailleurs, il a été tenu compte de l'effet sur les ventes de la cessation d'activité de certaines usines Moulinex et des réductions de capacités prévues à la suite du transfert de certaines productions des usines Moulinex vers des usines Seb (mini-fours et friteuses).

	Seb	Moulinex	Cumul
friteuses	[50-60] %	[10-20] %	[60-70] %
mini-fours	[50-60] %	[10-20] %	[60-70] %
grille-pain	[30-40] %	[10-20] %	[50-60] %
cafetières	[20-30] %	[20-30] %	[50-60] %
expressos	[moins de 10] %	[30-40] %	[40-50] %
bouilloires	[50-60] %	[10-20] %	[70-80] %
préparation culinaire	[20-30] %	[30-40] %	[60-70] %
repas informels	[70-80] %	[moins de 10] %	[80-90] %
barbecues/grills	[60-70] %	[moins de 10] %	[70-80] %
fers vapeur	[50-60] %	[moins de 10] %	[50-60] %

Pour deux catégories d'appareils, l'opération n'affecte pas sensiblement la structure du marché. Ainsi, les ventes de cuiseurs vapeur/cuiseurs riz du nouveau groupe représentent [30-40] % du total, dont seulement [moins

Avis / 02-A-07

1167

de 10] % provenant de Moulinex. De plus, les importations de produits dits «sans marques» sont fortement présentes sur ce marché avec 52 % des ventes. De même, sur le marché des aspirateurs, l'addition des marques du groupe Seb, Calor ([moins de 10] %) et Rowenta ([20-30] %) avec Moulinex ([moins de 10] %) aboutit, pour 2001, à une part consolidée de [20-30] %, qui ne tient pas compte de la réduction de la production Moulinex prévue par le plan de reprise, après fermeture de l'usine de Falaise. Le nouvel ensemble est précédé sur ce marché par Electrolux ([20-30] %) et suivi par Philips ([10-20] %), Hoover ([10-20] %) et Miele ([10-20] %).

L'opération permet au nouvel ensemble d'acquérir une part de marché importante pour trois catégories de produits : les grille-pain ([50-60] %), les cafetières ([50-60] %) et les appareils de préparation culinaire ([60-70] %). Elle renforce sensiblement (plus de 10 %) la part déjà importante antérieurement détenue par Seb sur deux marchés de produits : les mini-fours ([60-70] %) et les bouilloires ([70-80] %). Elle modifie peu la structure du marché en renforçant légèrement (moins de 10 %) la part déjà importante de Seb sur cinq marchés de produits : les friteuses ([60-70] %), les expressos ([40-50] %), les appareils de repas informels ([80-90] %), les barbecues et grills ([70-80] %) et les fers vapeurs ([50-60] %). Les cinq catégories de produits pour lesquelles le nouveau groupe renforce significativement sa part de marché représentent ensemble [30-40] % des ventes de petit électroménager en France.

Sur ces différents marchés, après l'opération, le deuxième offreur en termes de parts de marché est Kenwood pour les friteuses ([moins de 10] %) et pour les mini fours ([10-20] %), Philips pour les grille-pain ([10-20] %), les cafetières ([10-20] %), les fers vapeur ([10-20] %) et les bouilloires ([10-20] %), Magimix pour les expressos ([20-30] %), Braun pour les préparateurs culinaires ([10-20] %), Séverin pour les repas informels ([moins de 10] %) et les barbecues/grills ([10-20] %).

Les parts de marché désormais détenues par Seb sur certains marchés sont importantes, mais la part de marché n'est cependant que l'un des facteurs susceptibles de conférer à une entreprise une position dominante, c'est-à-dire 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. D'autres facteurs peuvent constituer des obstacles à l'exercice de ce pouvoir de marché. En particulier, la pression concurrentielle à laquelle sera soumis le groupe Seb après la réalisation de l'opération ne dépendra pas seulement de l'état actuel des marchés mais aussi des possibilités de développement des autres opérateurs, et donc des facilités d'accès aux marchés concernés.

■ B. - La présence sur les marchés concernés de grands groupes détenant des marques notoires

La notoriété des marques commercialisées par le groupe Seb pourrait ainsi, en cas d'attachement des consommateurs à la marque, constituer une barrière à l'entrée puisque l'acquisition d'une forte notoriété suppose des dépenses de publicité importantes qui sont éventuellement perdues en cas d'échec.

Les autres marques principales commercialisées sur le marché français sont cependant adossées à de grands groupes d'envergure internationale, tels Philips, Gillette-Braun, De Longhi/Kenwood, Bosch/Siemens, de taille et de réputation au moins équivalente à celle de Seb/Moulinex, qui disposent des moyens, tant financiers que techniques, de développer des gammes de produits nouvelles dans l'hypothèse où ils envisageraient de le faire. Ces groupes détiennent des marques notoires soit sur les marchés du petit électroménager, soit sur des marchés connexes. Ainsi, Bosch/Siemens a annoncé son intention de devenir un intervenant significatif en petit électroménager en France, en investissant dans la communication et en s'appuyant sur la notoriété acquise sur le marché voisin du gros électroménager. De même, Fagor, fabricant espagnol de gros électroménager, a annoncé son intention de capitaliser sur sa notoriété dans ce secteur afin de pénétrer le secteur du petit électroménager en France. De Longhi, également propriétaire de la marque Kenwood, qui ne commercialisait que deux produits il y a dix ans, est aujourd'hui actif sur tous les marchés du petit électroménager (hormis les couteaux électriques et les repas informels). Ses ventes d'appareils expressos ont progressé de 44 % par an en moyenne au cours des cinq dernières années, pour atteindre une part de marché de près de [10-20] % . Le groupe Conair/Babyliss, déjà présent sur le marché des appareils de soins de la personne, est sur le point de lancer une gamme de produits culinaires sous la marque «Cuisinart». Cette gamme sera développée dans les catégories de produits suivantes : mini-fours, grille-pain, cuiseurs vapeur, préparateurs culinaires et expressos.

Ces groupes sont en mesure de consentir des efforts importants en matière d'investissements publicitaires pour développer la renommée de leurs marques. Philips consacre environ 4 % de son chiffre d'affaires total mondial (soit 1,2 milliards d'euros) à son budget publicitaire, qui est douze fois plus élevé que celui de Seb. Braun (groupe Gillette), bénéficie également, pour son activité de petit électroménager, des investissements très importants en terme de communication effectués par Braun sur l'ensemble de ses activités, soit 9 % environ de son chiffre d'affaires total mondial, ce qui représente deux fois le budget publicitaire de Seb.

Par ailleurs, ces groupes disposent sur le nouvel ensemble d'un avantage concurrentiel en termes de coûts de production, lié à la localisation géographique de leur production. Pour l'essentiel, ces groupes produisent, en effet, en Asie, soit qu'ils y aient implanté leurs propres usines, soit qu'ils achètent des productions locales sur lesquelles ils font apposer leurs marques.

Les évolutions récentes constatées sur les marchés concernés confirment ce potentiel de développement des marques concurrentes de celles du groupe Seb sur les marchés français. En 2001, dans un contexte de net recul de la demande, ces groupes ont enregistré des progressions des volumes vendus très importantes. Ainsi, les ventes de cafetières du groupe Braun ont progressé de 18 %. De Longhi a multiplié ses ventes d'expressos par 3,3. En ce qui concerne les bouilloires, le groupe Bosch a enregistré une progression de 54 %, tandis que De Longhi a multiplié ses ventes par 3,4. Les ventes de De Longhi de fers à vapeur ont été multipliées par 6 et celles de mini-fours, par deux. En robots ménagers, Bosch a progressé de 63 % alors que, l'année précédente, De Longhi avait déjà multiplié ses ventes par 9.

Le Conseil constate donc que les concurrents du groupe Seb sur les marchés du petit électroménager sont de grands groupes au potentiel de recherche développement important, qui détiennent également des marques notoires et que, en ce qui les concerne, l'entrée sur les marchés ne pose pas de difficultés.

■ C. - Un fort potentiel de développement des produits «*sans marques*» et des marques distributeurs

Une étude, effectuée à la demande de la DIGITIP, caractérise les faiblesses structurelles des deux fabricants français Seb et Moulinex, en particulier face aux producteurs asiatiques de petit électroménager :

- une faible croissance du petit électroménager dans les pays industrialisés (+ 3 %) contre une croissance forte (+ 10 %) dans les pays émergents ;
- la forte progression en Europe des ventes des produits d'entrée de gamme avec une amélioration de leur qualité tant au niveau technique qu'au plan du design ;
- les économies d'échelle constatées pour certaines productions jouent désormais en faveur des producteurs asiatiques compte tenu des volumes produits ;
- la diminution des barrières liées à l'innovation, d'une part, en raison d'un ralentissement des innovations des producteurs européens, d'autre part, en raison de l'augmentation de la capacité des asiatiques à copier les dernières innovations ;
- l'accélération de la vitesse de développement des acteurs asiatiques caractérisée par l'émergence de leaders mondiaux chinois en termes de production, le fort développement des marques distributeurs et des produits dits «*sans marques*», associé à une logistique et un transport à un coût limité.

L'accroissement rapide de la pénétration du marché français du petit électroménager par les importations en provenance des pays asiatiques est illustrée par les données suivantes pour cinq catégories de produits, représentant 60 % des ventes d'appareils de petit électroménager.

	1998/1997	1999/1998	2000/1999	2000/1997
micro-ondes	+ 34 %	+ 38 %	- 22 %	+ 45 %
grils	x 7	x 2,5	+ 39 %	x 24
cafetières	+ 78 %	+ 34 %	+ 11 %	x 2,6
friteuses	x 12	x 3	+ 35 %	x 50
robots	- 3 %	+ 52 %	- 4,5 %	+ 41 %
fers vapeur	+ 43 %	+ 21 %	+ 30 %	x 2,2

En 2000, les importations de grille-pain ont progressé de 24 %, celles d'expressos de 12 % et celles de bouilloires de 17 %.

Selon les distributeurs, l'accroissement des importations en provenance des pays asiatiques est l'une des principales causes de la baisse des prix constatée dans le secteur du petit électroménager.

Il ressort de ce qui précède que, pour les produits entrée de gamme, ou à faible contenu technologique, aucun obstacle ne s'oppose au développement des importations de produits dits «*sans marque*» d'Asie du sud-est.

Le potentiel de production à bas prix en provenance des pays asiatiques peut également permettre le développement des marques de distributeurs. Les faibles écarts de prix avec les produits de marque sur l'entrée de gamme expliquent que, pour le moment, les efforts des distributeurs n'ont pas porté sur ce secteur. L'absence d'obstacles à l'entrée sur ces marchés est, cependant, de nature à renforcer le pouvoir de négociation des distributeurs.

■ D. - Le contrepoids de la grande distribution

Dans le secteur du petit électroménager, l'essentiel des ventes s'effectue par le canal de la grande distribution. Pour le groupe Seb, avant l'opération, la grande distribution alimentaire représentait environ [50-60] % de son chiffre d'affaires et la grande distribution spécialisée, [10-20] %, soit, ensemble, les trois quarts de ses débouchés. Les produits du groupe Moulinex étaient distribués à hauteur de [80-90] % par la grande distribution, soit [60-70] % pour la grande distribution alimentaire et [20-30] % pour la grande distribution spécialisée.

De plus, au sein de la grande distribution, les achats sont fortement concentrés. Les cinq premiers clients du groupe Seb en 2000 ont représenté [60-70] % de ses ventes. Les cinq mêmes premiers clients ont représenté, pour le groupe Moulinex, selon les types de produits, entre [60-70] % (friteuses) et [70-80] % (grille-pain) des ventes. En revanche, le poids des ventes de petit électroménager dans le chiffre d'affaires des distributeurs est faible. En grande distribution alimentaire, la part du petit électroménager varie entre 0,9 % et 1,2 %. En grande distribution spécialisée, le poids du petit électroménager sur l'ensemble du chiffre d'affaires varie de 2 % à 12 % selon les enseignes.

La forte concentration de la grande distribution en France et la puissance d'achat qu'elle confère aux enseignes donnent aux distributeurs un fort pouvoir de négociation vis-à-vis des fournisseurs. L'étude commandée par la DIGITIP, déjà citée, signale le développement des marques de distributeurs sur les produits d'entrée et de milieu de gamme, ainsi que le développement des premiers prix, dits «*sans marques*», et la pression croissante qu'ils exercent sur les prix. L'étude constate ainsi, sur longue période, une baisse continue et significative des prix et des marges du groupe Seb, malgré ses fortes positions sur les marchés en cause, alors que, dans le même temps, les marges brutes de la distribution augmentent.

Les déclarations des distributeurs font valoir leur liberté de choix face aux marques et leur volonté de diversifier leurs sources d'approvisionnement face au renforcement des parts de marché d'un fournisseur. Certains signalent qu'ils ont déjà réagi à la concentration Seb/Moulinex en offrant l'opportunité

aux fournisseurs concurrents de développer leur notoriété et leur présence dans les linéaires. Ainsi, Auchan s'est tourné vers Philips et vers Braun. Conforama a réorienté pour partie ses achats, notamment vers Magimix pour les expressos, De Longhi pour les fours et Bosch pour les friteuses et précise que : *«La concentration Seb/Moulinex a créé une opportunité véritable pour les marques qui voulaient se faire connaître et qui avaient du mal à se faire référencer. Ces marques ont permis de pallier les ruptures de livraison de Moulinex et ont conservé leur référencement pour 2002. Elles ont pu ainsi se développer dans le PEM.»*. Le BHV signale pour sa part que : *«le risque monopolistique [de la part du groupe Seb/Moulinex] ne saurait subsister que pendant une courte durée : en règle générale, les centrales d'achat ont réagi et déjà demandé aux autres fournisseurs-partenaires de prévoir des produits concurrentiels afin de ne pas laisser le groupe Seb en position monopolistique.»*. Leclerc note que : *«sur le plan concurrentiel, la volonté des acteurs de la grande distribution et des concurrents de Seb/Moulinex sera sans aucun doute de développer d'autres produits et d'autres sources d'approvisionnement»*. Enfin, le GITEM affirme que les effets de la concentration [permettront] *«au consommateur final la découverte d'autres marques, d'autres design, d'autres spécificités techniques et [donneront] la possibilité à certaines marques de développer leur part de marché et leur notoriété en France»*.

1172

Les déclarations des fabricants confirment que certains d'entre eux ont été contactés et référencés par les distributeurs en réaction au regroupement Seb/Moulinex. Ainsi le groupe Bosch/Siemens, a précisé : *«Nous avons d'ailleurs étoffé notre gamme parce que nous avons été sollicités par ces distributeur. Nous espérons d'ici 2005 être reconnus comme fabricant de PEM»*. De même, la société Magimix, opérateur qui commercialise des friteuses, des grille-pain, des expressos, des bouilloires, des robots à fonctions multiples, a indiqué : *«le nouvel ensemble ne bénéficiera pas d'un effet de gamme ou de portefeuille. La distribution s'y opposera et prendra les actions nécessaires en maintenant un niveau de concurrence élevé. En effet, pour la distribution, le marché du petit électroménager génère un niveau élevé de fréquentation des magasins. La distribution souhaite que l'innovation soit permanente afin d'inciter à l'innovation et aux lancement de nouveaux produits. Afin de préserver un niveau de prix attractif pour les consommateurs et pour elle-même, la distribution voudra maintenir ou développer la concurrence et favorisera de nouveaux entrants dans les différentes catégories de produits sur chacun des segments»*. Philips signale pour sa part que *«la distribution a d'ores et déjà orienté ses référencements vers ses marques propres ou vers les importations de produits dits «no names»»*.

Ainsi, il apparaît que sur les marchés français, la grande distribution constitue l'un des principaux débouchés des fabricants de petit électroménager et qu'elle exerce une pression concurrentielle forte sur ces fabricants en raison de sa puissance d'achat.

■ E. - L'absence d'effet de portefeuille

L'opération permet au groupe Seb d'ajouter les marques Moulinex et Krups à celles qu'il détenait déjà (Seb, Tefal, Rowenta et Calor), et de constituer ainsi un portefeuille de marques notoires, inégalé par ses concurrents. Un tel portefeuille pourrait renforcer le pouvoir de négociation du groupe vis-à-vis des distributeurs si une ou plusieurs de ces marques étaient incontournables, au sens où les distributeurs seraient contraints de les faire figurer dans leur rayon petit électroménager. Plusieurs éléments permettent toutefois de considérer qu'il n'est pas possible de faire jouer un effet de portefeuille sur ces marchés.

En premier lieu, les marques détenues par le groupe Seb/Moulinex bénéficient d'une grande notoriété mais ne peuvent être considérées comme incontournables.

La présence dans ce secteur d'autres marques à forte notoriété contrebalance en effet la valeur des marques détenues par le groupe Seb. De fait, il existe dans chaque catégorie de produit des marques de notoriété équivalente que le vendeur peut recommander au consommateur. Comme l'indique Bosch/Siemens : *«même pour les friteuses, où la notoriété de Seb est très importante, De Longhi est présent sur le marché, et un vendeur peut très bien recommander une friteuse de cette marque. En effet, dans la grande distribution spécialisée (Darty, Boulanger) le vendeur a un rôle de prescripteur en matière d'achat»*. Pour sa part, De Longhi présente la marque Magimix comme un concurrent redoutable sur les marchés de l'expresso et des robots ménagers. Comme le Conseil l'a déjà noté ci-dessus, des marques comme Philips, Gillette-Braun, Bosch/Siemens, sont également notoires, et le sont sur des gammes de produits beaucoup plus larges que Seb.

Par exemple, le fait que la reprise de la marque Moulinex n'ait suscité que deux manifestations d'intérêt devant le tribunal de commerce et que les licences exclusives d'utilisation de la marque Moulinex, que Seb s'est engagé, auprès de la Commission européenne, à accorder à des tiers n'ont pas encore trouvé preneur, relativise le caractère incontournable de la marque Moulinex.

De même, les démarches, déjà décrites ci-dessus, entreprises par les distributeurs, depuis l'annonce de la concentration Seb/Moulinex, afin de trouver d'autres interlocuteurs, confirment les déclarations des distributeurs, selon lesquelles ils ne considèrent pas qu'il existe dans ce secteur plusieurs marques, voire même une seule marque, incontournable.

De Longhi, concurrent de Seb, confirme également cette valeur toute relative de la marque lorsqu'il soutient que Seb est une marque incontournable sur le marché des friteuses, mais pas sur celui des bouilloires.

Au surplus, l'importance de la marque comme critère de choix doit elle-même être relativisée, les distributeurs et les principaux fabricants de PEM ne la plaçant qu'en 3e ou 4e position, selon les produits, après le prix et la qualité. Selon Carrefour, le développement des marques propres ainsi que le renouvellement permanent de l'offre prouve qu'il n'y a pas de marques dites *«incontournables»*. De même, Magimix indique qu'il ne lui *«apparaît*

Avis / 02-A-07

1173

pas qu'une marque soit actuellement incontournable sur le marché du petit électroménager». Enfin, Philips souligne qu'il «existe un certain nombre de marques très fortes dans l'esprit du consommateur (Moulinex, Philips, Seb, Calor) [mais que] la puissance relative des marques doit être pondérée [par le fait] que le premier critère retenu par les consommateurs est le prix».

En second lieu, les distributeurs ne se fournissent pas auprès du même fabricant pour l'ensemble de leur rayon petit électroménager, mais, au contraire, diversifient leurs approvisionnements, comme le font valoir les déclarations ci-dessous :

«Nous n'achetons pas obligatoirement toute la gamme d'un fournisseur. Cela dépend de la pertinence des produits et de la négociation. Nous réalisons nos choix de gamme en fonction de leur poids sur le marché et nous conservons une offre large et représentative de toutes les marques apportant une valeur ajoutée sur le marché» (Carrefour).

«Nous achetons uniquement par sous-ensemble de produits. Le critère prioritaire de sélection du produit passe par son adéquation aux attentes de nos consommateurs et non sur des remises possibles accordées par les fournisseurs sur des détentions de références ou détentions de gamme.» (OPERA).

«Les relations avec les fournisseurs et les critères de sélection sont les suivants : nombre suffisant de produits, connaissance des dates de sortie et de fin de vie des produits, garantie d'approvisionnement, souplesse de réapprovisionnement, prix marché avec marge suffisante. Compte tenu de ces critères, il ne peut être question d'effet de gamme ou d'effet de portefeuille» (La Redoute).

«Notre politique est d'offrir des gammes larges à nos clients. Cette politique n'entraîne pas d'inconvénients» (Darty).

«Conforama n'achète que des sous-ensembles et des sélections de produits en fonction de l'année N-1. Conforama n'achète pas toute une gamme chez un fournisseur mais effectue sa propre sélection à l'intérieur de cette gamme» (Conforama).

«Printemps n'achète jamais toute la gamme chez un fournisseur et ne travaille pas par gamme de produit, mais par fonctionnalité produit et gamme de prix» (Printemps).

«Auchan est libre de sa politique fournisseur, en fonction du positionnement de l'enseigne, nous déterminons l'intérêt de collaborer avec telle ou telle marque... Notre comportement de sélection des fournisseurs de produits de petit électroménager est variable selon les fournisseurs. S'agissant de Seb/Moulinex, l'historique récent de nos relations commerciales atteste que GALEC a sélectionné l'ensemble des gammes, étant précisé qu'aucun d'eux n'accordait d'avantages particuliers pour le fait de sélectionner certains produits ou certaines gammes en relation avec d'autres. Les ristournes de volume, en particulier, sont prévues dans les conditions générales de vente de ces fournisseurs, mais le calcul du volume des ventes pour l'octroi de la ristourne correspondante est effectué sans distinction des produits» (Leclerc).

Le chevauchement des marques du groupe Seb/Moulinex pour certaines catégories de produits (cafetières, bouilloires, friteuses) peut au contraire conduire le distributeur à arbitrer entre ces deux marques (Moulinex et Seb) pour n'en retenir qu'une seule. Comme en attestent certaines des déclarations citées ci-dessus, il existe pour ces produits des remises de volume, mais aucune remise liée au nombre de modèles achetés chez un même fabricant.

Il ressort des éléments d'analyse qui précèdent que malgré les fortes parts de marché détenues par le groupe Seb sur certains marchés français du petit électroménager, il n'occupera pas une position dominante dans la mesure où l'entrée sur ces marchés est aisée, sur les segments haut de gamme, en raison de la présence de grands groupes détenant des marques notoires et, sur les segments entrée et milieu de gammes, en raison de la possibilité pour les fabricants asiatiques de tirer profit des économies d'échelle et de proposer des produits à des prix particulièrement attractifs. De plus, la puissance d'achat de la grande distribution en France est un autre facteur susceptible de limiter le pouvoir de marché du nouveau groupe, notamment en ouvrant les linéaires à cette concurrence. L'un des principaux concurrents du groupe Seb, la société Magimix, estime ainsi que le rapprochement de Seb et Moulinex n'aura pas d'impact négatif sur ses activités : *«Le rapprochement entre Seb et Moulinex ne nous semble pas une menace ni pour le niveau de concurrence sur le marché, ni pour les consommateurs finaux. En effet, le marché du PEM tant en France qu'en Europe est un ouvert avec de multiples intervenants, y compris en provenance d'Asie, ce qui a pour effet d'entretenir un niveau de concurrence élevé. D'autre part, la distribution cherchera à équilibrer ses sources d'approvisionnements tant en terme de fournisseurs qu'en termes de marques. Il est ainsi probable que la part de marché future de Seb/Moulinex sera inférieure à l'addition des parts de marché de chaque entité avant leur rapprochement.»*

La pression concurrentielle décrite ci-dessus est d'ores et déjà perceptible dans les données statistiques du début de l'année 2002. Moulinex a ainsi continué à perdre des parts sur le marché des friteuses et, parallèlement, durant les mois de décembre 2001 et février 2002, Seb a également vu sa part de marché reculer, alors que celle de ses concurrents, essentiellement DeLonghi/Kenwood et Philips, augmentait (respectivement + 6,1 points et + 8,4 points). Au total, DeLonghi/Kenwood a augmenté substantiellement sa part sur ce marché, passant de [moins de 10] % en août 2001 à [10-20] % en février 2002.

Cependant, le commissaire du Gouvernement a estimé en séance que des doutes subsistaient quant à certaines conditions du fonctionnement concurrentiel du secteur du petit électroménager en France, sans cependant apporter d'éléments contraires à ceux mentionnés ci-dessus. En l'absence d'autres éléments d'analyse, tels que les différences de prix avec les autres pays européens ou les taux de rentabilité des fabricants présents sur les marchés concernés, qui auraient pu permettre de préciser les conditions de la concurrence sur les marchés en cause, le Conseil estime que Seb n'occupera pas une position dominante sur ces marchés, que ce soit en raison des parts de marché ou du portefeuille de marques détenus.

Avis / 02-A-07

1175

Il apparaît de plus qu'une dégradation éventuelle du fonctionnement de la concurrence sur les marchés concernés pourrait être imputée non à l'opération elle-même, mais à la défaillance du groupe Moulinex.

VI. - L'impact de la défaillance du groupe Moulinex

Cette défaillance a conduit à la cessation de paiement de la société et à l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire par le tribunal de commerce de Nanterre, le 7 septembre 2001. Les deux administrateurs judiciaires, chargés de dresser le bilan économique et social de l'entreprise, ont écarté la faisabilité d'un plan de continuation au profit d'un plan de cession.

De plus, aucune des autres offres déposées devant le tribunal de commerce n'a été considérée par celui-ci comme une alternative crédible à l'offre de Seb. D'une part, certaines d'entre elles ont été analysées comme de simples manifestations d'intérêt, ne pouvant être retenues, compte tenu des conditions posées par l'article L. 621-83 du code de commerce selon lequel la cession a pour but d'assurer le maintien d'activités susceptibles d'exploitation autonome, de tout ou partie des emplois qui y sont attachés, et d'apurer le passif. Or, les offres présentées par Philips, Electrolux, Arcelik, Babyliiss, Saeco, Sunbeam, Taurus, TTI, ne portaient que sur certains actifs du groupe sans reprise d'emplois ni apurement du passif. De surcroît, ces différentes propositions n'ont pas évolué après leur dépôt, bien que les administrateurs judiciaires aient fait valoir leur non-conformité à l'article L. 621-83 et aient reporté à plusieurs reprises la date limite de dépôt des offres pour laisser aux candidats intéressés un délai suffisant pour modifier ou finaliser leurs offres de reprise. D'autre part, les offres de reprise totale ou partielle des actifs de Moulinex (Euroland et Société Participation industrielle) n'ont pas été considérées comme une solution substituable à celle de Seb, faute de garanties financières suffisantes pour justifier de leur faisabilité, et faute de levée, à la date de l'audience, des conditions suspensives dont elles étaient assorties. Cette analyse a été confirmée par la cour d'appel de Versailles. Le jugement du tribunal de commerce de Nanterre indique que [l'offre] «*présentée par la société Seb reste donc en réalité la seule subsistant (...). Que, si elle ne porte que sur une partie des sites, elle a le mérite de sauvegarder malgré tout plus du tiers des contrats de travail*».

Le Conseil constate également que le fait que ces offres n'étaient que de simples manifestations d'intérêt, que la majorité d'entre elles ne comportaient pas de prix de cession, qu'elles n'étaient pas assorties de garanties bancaires suffisantes, ou qu'elles étaient subordonnées à la réalisation de conditions qu'il n'a pas été possible de lever, et donc, au total, qu'elles n'étaient ni réelles, ni sérieuses, aurait empêché d'en apprécier l'impact sur le fonctionnement de la concurrence sur les marchés concernés, quand bien même ce critère d'analyse aurait été mis au premier plan par le tribunal de commerce.

De même, l'éventualité d'une reprise d'actifs dans l'hypothèse d'une liquidation judiciaire de Moulinex ne peut être envisagée avec suffisamment de certitude. Du fait de l'absence de matérialité et de sérieux des offres déposées devant le tribunal de commerce, il est loin d'être certain qu'elles auraient été renouvelées dans l'hypothèse d'une liquidation de Moulinex. En tout état de cause, les deux dernières offres qui comportaient un prix (Sunbeam, Conair) ne concernaient que la marque Krups qui n'occupe qu'une très faible position en France et ne concerne que le marché des expressos. Aucune de ces offres ne portait sur la marque Moulinex, ou sur un actif corporel du groupe. Postérieurement à la décision du tribunal de commerce arrêtant le plan de reprise partielle au profit de Seb, la société Conair/Babyliss a adressé, le 15 février 2002, aux administrateurs judiciaires chargés de la liquidation des actifs restants non compris dans le périmètre de la cession à Seb, une offre portant sur la reprise de trois sites industriels (sans reprise d'emplois) mais à la condition expresse d'y inclure les marques Moulinex et Krups, ainsi que les brevets et autres droits de propriété intellectuelle et industrielle y afférents. Or, ces actifs incorporels sont inclus dans le périmètre de la cession à Seb et ne peuvent donc être cédés à un tiers. Les administrateurs ont donc logiquement écarté cette offre qui ne peut être considérée comme sérieuse, dans la mesure où elle comporte une condition irréalisable. Elle ne peut donc servir d'élément de comparaison dans l'analyse concurrentielle. Il s'agit de la seule offre déposée à ce jour auprès des administrateurs judiciaires portant sur les actifs restants non compris dans le périmètre de la cession à Seb.

De ce fait, l'unique alternative qui peut être envisagée, du point de vue de son effet sur la concurrence, est, soit l'offre de Seb, soit la disparition pure et simple des moyens de production de l'entreprise Moulinex ainsi que de la marque.

Or, le transfert des parts de marché constaté entre Moulinex et Seb, alors que la cession n'était pas encore effective, laisse penser que, en cas de retrait du marché des produits Moulinex, comme cela a été le cas pendant quelques mois, les parts de marché détenues par le groupe Seb n'auraient pas été très différentes de celles résultant de l'opération. En effet, en septembre 2001, l'activité industrielle et commerciale de Moulinex a brutalement cessé. Les distributeurs ont été approvisionnés sur les stocks existants à fin août 2001, non renouvelés après cette date. Au surplus, une partie des consommateurs, inquiets des éventuelles répercussions des difficultés de Moulinex sur la qualité du service après-vente, ont pu se détourner des produits de la marque. Ainsi, l'entreprise s'est trouvée momentanément dans une situation voisine de celle qu'aurait généré sa disparition, à une période où se concentrent les plus fortes ventes annuelles en petit électroménager.

Le tableau suivant montre l'évolution entre 2000 et 2001 des parts de marché de Seb et Moulinex calculées sur les quatre derniers mois de l'année :

Avis / 02-A-07

1177

	Seb, en points de parts de marché	Moulinex, en points de parts de marché
friteuses	+ 20,5	- 22,6
mini-fours	+ 21,4	- 22,5
grille-pain	+ 16,5	- 18
cafetières	+ 21	- 29,6
bouilloires	+ 14,5	- 20
préparateurs culinaires	+ 25,4	- 39
fers vapeurs	+ 4,4	- 9,6

L'importance du transfert des ventes de Moulinex vers Seb, suite à la disparition momentanée des produits de Moulinex du marché, est confirmée pour les sept marchés d'appareils culinaires sur lesquels, suite à l'opération de reprise, le groupe Seb acquerra une part de marché importante ou verra cette part renforcée, ces sept marchés représentant [60-70] % des ventes en valeur d'appareils culinaires du nouveau groupe.

Ces données sont confirmées par les chiffres et les graphiques fournis par Philips qui indiquent que les reports de parts de marché des produits de marque Moulinex ont suivi une évolution régulière en faveur de Seb, à partir du mois de septembre 2001 jusqu'en janvier 2002. Les statistiques GIFAM pour ce même mois indiquent également des reports de parts de marché identiques pour les mêmes catégories de produits, aussi bien sur les produits pour lesquels Moulinex a quasiment disparu (friteuses, fours, cuiseurs vapeur et fers à vapeur) que pour ceux où Moulinex est resté présent (grille-pain, cafetières, bouilloires et préparateurs culinaires).

L'ensemble des éléments ci-dessus répond aux conditions définies par la jurisprudence communautaire (arrêt de la CJCE du 31 mars 1998 Kali + Saltz) pour considérer que la concentration n'est pas la cause du renforcement des parts de marché de l'entreprise qui a acquis l'entreprise en difficulté et que l'opération est donc neutre quant à son impact sur la concurrence. S'agissant des transferts de parts de marché, la Cour a considéré que : *«En fait, l'introduction de ce critère vise à assurer que l'existence d'un lien de causalité entre la concentration et la détérioration de la structure concurrentielle du marché ne peut être exclue qu'au cas où la détérioration de la structure concurrentielle du marché, faisant suite à l'opération de concentration, se produirait pareillement même en l'absence de cette opération. Dès lors, le critère de l'absorption des parts de marché, bien qu'il ne soit pas considéré par la Commission elle-même comme suffisant à lui seul pour exclure le caractère préjudiciable de l'opération de concentration pour le jeu de la concurrence, concourt à assurer la neutralité de cette opération par rapport à la dégradation de la structure concurrentielle du marché, ce qui est conforme à la notion de causalité figurant à l'article 2, paragraphe 2, du règlement.»*

VII. - Le bilan économique

Le rapport commandé par la DIGITIP mettait l'accent sur les handicaps du secteur du petit électroménager en France : une production localisée en France, alors que la plupart des autres producteurs européens ou américains ont délocalisé leur production, avec pour conséquence une moindre compétitivité du secteur en termes de coûts face à la concurrence asiatique ; des difficultés de positionnement des produits ; des surcapacités chroniques.

Pour compenser ces handicaps, ce rapport suggérait, en particulier, le regroupement des productions à forts effet d'échelle sur un seul site et le recentrage sur les produits haut de gamme où à fort contenu technologique, pour lesquels les atouts compétitifs face à la concurrence asiatique sont les plus forts.

Les restructurations envisagées par Seb répondent à ces recommandations. Le regroupement de certaines lignes de produits sur un site unique favorisera l'exploitation des économies d'échelle et permettra la résorption partielle des surcapacités. Selon les sites, l'augmentation des volumes, l'optimisation des effectifs et les économies de coûts de structure industrielle devraient permettre, selon Seb, de réduire les coûts unitaires de [moins de 10] % à [10-20] %. Au total, le gain d'efficacité provenant du regroupement et d'une meilleure productivité est estimé à [...] M€ pour les usines françaises de Seb et Moulinex.

De plus, l'opération doit permettre le maintien des sites de production en France, favorisant une production de qualité avec des standards supérieurs aux normes réglementaires et des processus exigeants de contrôle de la qualité et de sélection des fournisseurs et une plus grande réactivité et flexibilité de l'approvisionnement des distributeurs.

Enfin, la reprise de Moulinex permet de maintenir les 270 centres de réparation agréés qui réalisent environ 25 % de leur chiffre d'affaires avec Moulinex et d'assurer ainsi la continuité du service au consommateur final. Seb s'est engagé à assurer les garanties des produits Moulinex vendus avant la reprise et à produire les pièces détachées nécessaires aux réparations pendant cinq ans.

Les gains d'efficacité ainsi obtenus doivent permettre au groupe Seb, tout en maintenant de emplois en France, de rester compétitif sur des marchés sur lesquels les prix moyens ont constamment baissé au cours des cinq dernières années, principalement sous la pression des importations.

Sur la base des considérations qui précèdent, le Conseil de la concurrence est d'avis :

Que la concentration résultant du plan de reprise partielle d'actifs du groupe Moulinex par le groupe Seb arrêté par le tribunal de commerce de Nanterre n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés, et contribue au progrès économique.

Avis / 02-A-07

1179

Délibéré, sur le rapport oral de M^{me} Wibaux et M. Komiha, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente, MM. Nasse et Jenny, vice-présidents, M. Bidaud, membre.

La rapporteure générale adjointe,

Nadine Mouy

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

NOTA : 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 8 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence.

02-A-08

Avis n° 02-A-08 du 22 mai 2002 relatif à la saisine de l'Association pour la promotion de la distribution de la presse

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu la lettre enregistrée le 19 septembre 2001 sous le n° A 341, par laquelle l'Association pour la promotion de la distribution de la presse (APDP) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié pris pour l'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement, entendus au cours de la séance du 11 décembre 2001 ;

Est d'avis de répondre à la question posée dans le sens des observations qui suivent :

L'Association pour la promotion de la distribution de la presse (APDP) a saisi le Conseil de la concurrence, d'une demande d'avis relative au réseau de dépositaires de presse couvrant l'ensemble du territoire.

L'APDP est un organisme professionnel, constitué le 13 juin 2001, sous la forme d'une association de la loi de 1901, dont les membres défendent «*dans l'esprit de l'article 1^{er} de la loi Bichet, le juste équilibre entre la liberté, l'existence d'une concurrence dans ce secteur, la mutualisation et le partage des moyens*». Elle a pour objet essentiel d'œuvrer à la modernisation de l'ensemble des outils de distribution mis à la disposition de tous les éditeurs et de leurs différents partenaires du réseau. Cette association constitue une organisation qui a qualité pour saisir le Conseil au titre de l'article L. 462-1 du code de commerce.

Selon l'APDP le statut du réseau de dépositaires de presse peut être défini de deux façons différentes. Il peut constituer soit «*un ensemble d'entités et de moyens relevant purement du droit commun de la libre concurrence et soumis pleinement aux règles du marché, supposant que les détenteurs de ces moyens en disposent à leur guise, tant sur le plan tarifaire que sur le plan de l'accès au système d'information*», soit «*une facilité essentielle à la disposition de l'ensemble des éditeurs pour assurer la diffusion de leurs publications, et qu'à ce titre, il convient de s'assurer qu'aucune distorsion de concurrence – tarifaire ou technique – ne doit venir pénaliser tel ou tel éditeur au détriment de tel autre, quelle que soit la messagerie à laquelle il a confié la distribution de ses titres*».

L'APDP, qui plaide en faveur de la deuxième conception, fait, notamment, valoir que l'organisation de la presse en France est fondée sur le principe de la mise en commun et de l'impartialité des moyens entre les éditeurs, quel que soit le mode de distribution de leurs titres, et que le principe de neutralité du réseau a été rappelé à plusieurs reprises aussi bien dans des textes législatifs que dans des rapports parlementaires.

Avis / 02-A-08

1181

I. - La distribution de la presse

■ 1. - Le régime juridique

Le régime juridique de la presse est régi par la loi n° 47-535 du 2 avril 1947, relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, dite «*loi Bichet*», qui pose trois principes fondamentaux : la liberté de distribution pour l'éditeur, l'impartialité de la distribution et l'égalité économique entre les différents titres.

La presse connaît plusieurs modes de distribution : la vente dite au numéro, passant par le canal des messageries de presse, la vente au numéro, assurée directement par les éditeurs, la vente par abonnement postal et la vente par portage à domicile.

La distribution de la presse repose sur le principe selon lequel l'éditeur demeure propriétaire de ses publications jusqu'à leur acquisition par le lecteur. Les exemplaires invendus sont repris aux agents de la vente suivant des conditions prévues contractuellement.

La vente au numéro représente 70 % de la distribution de la presse. Lorsque la presse est vendue au numéro hors abonnement et hors portage, la loi Bichet prévoit que si l'éditeur n'assure pas lui-même la diffusion de ses titres, «*le groupage et la distribution de plusieurs journaux et publications périodiques ne peuvent être assurés que par des sociétés coopératives de messageries de presse soumises aux dispositions de la présente loi*» dont le fonctionnement est organisé par le titre 1^{er} de la loi. Ces sociétés coopératives constituées par les éditeurs peuvent remplir elles-mêmes la fonction de messageries, en assurant par leurs propres moyens le groupage et la distribution de la presse éditée par leurs adhérents. C'est le cas des Messageries lyonnaises de presse (MLP). Mais les coopératives peuvent également confier à des sociétés commerciales l'exécution des opérations de groupage et de distribution des titres de leurs adhérents. C'est le cas des Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) et de la Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries parisiennes Transport presse (SAEM TP).

■ 2. - Les messageries de presse

A l'heure actuelle, il existe trois sociétés de messagerie qui assurent la distribution de la presse :

- Les Nouvelles messageries de la presse parisienne (NMPP) : le capital de cette société créée en 1947 est détenu à 51 % par cinq coopératives d'éditeurs (parts A), comme mentionné ci-dessus, et à 49 % par la Librairie hachette (parts B) qui a la qualité d'opérateur. Les cinq sociétés coopératives précitées ont conclu un contrat d'adhésion de groupage et de diffusion avec les NMPP. Cette adhésion comporte notamment l'exclusivité de la vente par les soins des NMPP.

Pour la région parisienne, Paris diffusion presse (PDP) est un département autonome qui assure l'ensemble des fonctions commerciales, d'animation du réseau et logistiques avec six centres de distribution qui servent directement les diffuseurs sur la zone spécifique d'intervention constituée de Paris et des communes limitrophes.

- La Société auxiliaire pour l'exploitation des messageries Transport presse - SAEM «*Transport presse*» est une société à responsabilité limitée constituée de sociétés coopératives et de la société anonyme Sopredis (dont Matra Hachette détient 87,3 % des parts). La société Transport presse ne disposant pas de moyens logistiques et informatiques suffisants, a progressivement confié la plupart des opérations de distribution de ses titres aux Nouvelles messageries de la presse parisienne.
- Les Messageries lyonnaises de presse (MLP) sont actuellement la seule coopérative à vocation nationale remplissant directement le rôle de messagerie pour le compte de ses adhérents, soit 495 petits éditeurs. Elles sont spécialisées dans la distribution de publications périodiques, à l'exclusion des journaux quotidiens.

Sur les trois dernières années, les parts de marché des MLP ont été de 12,3 % en 1998, de 13,4 % en 1999 et de 16 % en 2000. Pour les Nouvelles messageries de la presse parisienne, elles ont été de 87,7 % en 1998, de 86,6 % pour 1999 et de 85 % en 2000.

Le principe de base posé par la loi Bichet, qui est la liberté de la presse, a pour conséquence que les sociétés coopératives sont obligées d'accepter un éditeur, même si les taux d'invendus de sa publication sont très importants. Au sein de chaque messagerie, existe un système de péréquation tarifaire qui fait que les éditeurs ayant un taux de vente important et un faible taux d'invendus participent au financement du transport des publications des éditeurs à faible tirage dont le taux d'invendus est important. La facturation des éditeurs repose sur des barèmes qui sont votés par les sociétés coopératives. Ils sont les mêmes pour tous et ils sont connus de tous. Il n'y a pas de négociation de gré à gré entre éditeurs et sociétés de messageries.

Les types de produit distribués et la proportion d'invendus expliquent des structures de coûts différentes pour les deux messageries. Les MLP distribuent essentiellement des publications à périodicité au moins mensuelle, qui engendrent de fort taux d'invendus (60,7 %). Les NMPP distribuent à la fois des publications mensuelles mais également des hebdomadaires et des quotidiens (26 quotidiens nationaux). Elles distribuent près de 3 500 titres, soit 2,8 milliards d'exemplaires, dont 1/3 de quotidiens et 2/3 de publications. Les quotidiens, compte tenu de leur caractère «éphémère», ne supportent aucun retard de livraison et exigent une logistique très lourde qui contribue à l'augmentation des coûts de distribution. Par ailleurs, la presse quotidienne nationale connaît une crise importante qui se traduit par une baisse de la vente au numéro alors que les coûts de distribution sont en constante augmentation notamment en raison des charges sociales. Il en résulte que la distribution des quotidiens, assurée par les seules NMPP, est une activité déficitaire.

Avis / 02-A-08

1183

■ 3. - Le réseau de distribution de la presse

Il comprend, d'une part, les dépositaires et d'autre part, les diffuseurs.

Les dépositaires centraux de presse

Le réseau dit de niveau 2 est un réseau unique constitué de dépositaires qui distribuent la presse qui leur est confiée par les trois messageries et par certains éditeurs, notamment de la Presse quotidienne régionale (PQR), aux diffuseurs de presse. Les dépositaires ne sont pas en concurrence entre eux et bénéficient d'une exclusivité de distribution de la presse sur une zone géographique donnée. En province, on compte trois grandes catégories de dépôts qui sont les agences de la Société d'agences et de diffusion, les dépôts gérés et les dépositaires centraux.

La Société d'agences et de diffusion

La SAD est une société anonyme ayant pour objet l'exploitation d'un réseau national de dépôts de journaux et de publications ainsi que divers produits de papeterie et d'articles divers, livres etc. C'est une filiale des NMPP, détenue à 80 % par ces dernières et à hauteur de 20 % par Hachette. Elle compte 20 agences qui approvisionnent plus de 7 000 points de vente et réalisent environ 20 % des ventes au numéro. La taille des agences et l'importance de leur équipement informatique leur permet d'assurer des prestations spécifiques qui font d'elles de véritables plates-formes de distribution régionales. Elles assurent en effet pour les Nouvelles messageries de la presse parisienne la double fonction de centre régional d'expédition et de centre régional d'inventures.

Les dépôts gérés

Les Nouvelles messageries de la presse parisienne contrôlent et gèrent les 20 gros dépôts implantés dans d'autres villes françaises, de taille moins importante que les agences SAD. Ils représentent environ 12,5 % du chiffre d'affaires de la vente au numéro et servent environ 2 300 points de vente.

Les dépositaires centraux indépendants

Ils sont environ 300 et représentent 50 % du chiffre d'affaires de la vente au numéro. Le mode d'exploitation d'un dépôt de presse peut être très différent selon sa taille et le nombre de diffuseurs servis est très variable selon les dépôts. Ils servent environ 22 000 points de vente.

Sur la région parisienne, le rôle de dépositaire est assuré :

- Pour les NMPP, par Paris diffusion presse (PDP), entité autonome. Six centres parisiens approvisionnent en moyenne 350 points de vente chacun, soit au total 2 000 points de vente dont 222 relais H et 376 kiosques.
- Pour les MLP, par l'agence MLP Paris. Elle assure la distribution de ses titres sur les mêmes points que PDP.

Par l'intermédiaire des SAD, des dépôts gérés et de PDP, les NMPP réalisent 46,1 % du chiffre d'affaires des déposataires pour la vente au numéro assurant ainsi la maîtrise d'une part importante du réseau des déposataires.

Les diffuseurs de presse

Ultime maillon de la chaîne de distribution de la presse, les diffuseurs de presse, au nombre de 32 000, assure la vente au public. Les contrats-types entre déposataires et diffuseurs rappellent en introduction certains principes, notamment que les journaux et publications demeurent la propriété des éditeurs jusqu'à leur achat par le lecteur, et définissent les principales missions du diffuseur : mettre en vente toute la presse livrée sans discrimination entre les titres ; respecter la politique commerciale des éditeurs ; mettre à la disposition des déposataires les titres invendus dans les délais impartis et ne se fournir en titres de presse qu'auprès du déposataire qui a l'exclusivité de la distribution de ces titres.

Le système informatique de suivi de la distribution chez les déposataires

Les déposataires utilisent pour le suivi de la distribution de la presse, un logiciel appelé Presse 2000, conçu en 1990 par les NMPP qui en accordent, moyennant le paiement d'une redevance, une licence d'utilisation aux déposataires. Certaines fonctionnalités de Presse 2000, dénommées «*tronc commun*», sont partagées par les Nouvelles messageries de la presse parisienne, SAEM transport presse et les MLP. Elles permettent aux déposataires d'exercer les fonctions essentielles de leur mission, réceptionner les produits, les répartir, reprendre les invendus et assurer la comptabilisation de ces opérations. Ces fonctionnalités sont les suivantes : référencement des diffuseurs, référencement des titres, préparation de la distribution, gestion des invendus, gestion des réassortiments diffuseurs, gestion des réclamations diffuseurs, création de tous bordereaux et documents comptables.

Les MLP ont, quant à elles, développé leur propre système informatique qui assure la transmission des informations chez le déposataire. Celles-ci sont ressaisies de façon manuelle par le déposataire, sur disquette, pour être utilisées par Presse 2000. Le travail supplémentaire généré pour le déposataire est de 1 heure environ. Les informations qui remontent (fournis et invendus par titres et par points de vente) sont retransmises automatiquement par Presse 2000 sur la disquette pour être introduite ensuite sur le poste TID (système informatique des MLP).

Les MLP souhaiteraient un lien direct dans les deux sens, sans nécessité de ressaisir les données. Pour elles, une connexion directe avec Presse 2000 représente un enjeu majeur. Elles considèrent qu'elles sont pénalisées par les manipulations relatives à la gestion de leurs publications, qui provoquent des perturbations dans le retour des invendus notamment.

Un accord de coopération informatique conclu le 24 avril 1998 entre les NMPP et les MLP, concernant la gestion des informations au niveau des

Avis / 02-A-08

1185

dépositaires, prévoyait de faciliter l'accès des MLP au tronc commun en mettant en place un transfert automatique de fichiers entre le TID et Presse 2000 pour les trois fonctions suivantes :

- transfert automatique du fichier d'annonces de parutions des titres MLP en remplacement de la saisie à laquelle procède actuellement le dépositaire,
- transfert des commandes réassorts du dépositaire MLP,
- remontée quotidienne des informations sur les ventes et les invendus des diffuseurs des titres MLP issues de la facturation ou du traitement de clôture en conservant les structures de fichiers actuellement envoyées par les dépositaires aux MLP.

En juillet 1999, l'accord a été dénoncé par les NMPP et la Société d'agences et de diffusion. Conformément au protocole d'accord, les MLP ont fait appel à un tribunal arbitral, qui, dans sa sentence du 21 octobre 2000, a prononcé la résolution du protocole d'accord pour inexécution en ce qui concerne le volet informatique, condamné les NMPP à restituer aux MLP les sommes versées pour la mise en œuvre du dispositif informatique et considéré que les parties se trouvent replacées à l'égard de la réclamation portant sur l'accès à une partie des fonctions du système informatique dans l'état antérieur au protocole du 24 avril 1998. Les MLP ont fait appel de cette décision devant la cour d'appel de Paris.

II. - L'analyse du Conseil

Le Conseil de la concurrence a déjà considéré, dans sa décision n° 89-MC-01 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la SARL Publi-Cazal, que les dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 précitées s'appliquent au secteur de la presse et, plus généralement, comme il l'a précisé dès son rapport 1991, que *«les statuts législatifs dont bénéficient certaines professions ou certaines autorités pour des motifs spécifiques : professions libérales, mutuelles, coopératives, banques, compagnies d'assurances, entreprises de production audiovisuelle, de presse etc., ne sauraient, en l'absence de disposition législative expresse, les dispenser, dans l'exercice des activités de production, de distribution ou de prestation de services, de respecter les obligations résultant de l'ordonnance du 1^{er} décembre 1986»*.

La question de savoir si l'existence d'une sentence arbitrale relative à un protocole d'accord passé entre les deux principales sociétés de messageries, qui a fait l'objet d'un appel devant la cour d'appel de Paris, laquelle n'a pas encore rendu sa décision, rend le Conseil incompétent pour répondre à la présente demande d'avis, doit être examinée à titre liminaire. En effet, le Conseil a déjà considéré dans des affaires précédentes que l'avis sollicité ne pouvait le conduire à intervenir dans une procédure pendante devant les juridictions de l'ordre judiciaire ou de l'ordre administratif (avis n° 89-A-09 du 23 mai 1989 – rapport 1989 – p. 209 ; avis n° 89-A-10 du 5 juillet 1989).

La sentence arbitrale ne porte pas sur une question de droit de la concurrence mais sur le respect du protocole d'accord passé entre les parties et, plus particulièrement, sur le respect de la clause contractuelle concernant la mise en place d'un transfert automatique des fichiers des MLP au tronc commun informatique Presse 2000.

La demande d'avis adressée au Conseil par l'APDP porte, en ce qui la concerne, sur le point de savoir si le réseau de dépositaires et de diffuseurs de presse, ainsi que le logiciel de suivi de la distribution par les dépositaires, Presse 2000, développé par les NMPP, peuvent être qualifiés de facilité essentielle, dans le sens de la jurisprudence du Conseil. Il n'y a donc pas de risque de contradiction ou d'immixtion entre la décision que la cour d'appel sera amenée à prendre et l'avis du Conseil.

Il convient, en outre, de rappeler qu'il n'appartient pas au Conseil de la concurrence, saisi d'une demande d'avis sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur est contraire aux dispositions des articles L. 420-1 et L.420-2 dudit code. Seules une saisine contentieuse et la mise en oeuvre d'une procédure pleinement contradictoire, prévue par le livre IV du code susmentionné, 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.

Pour autant, le Conseil considère qu'en application de la procédure prévue à l'article L. 462.1 du code susvisé, 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.

Au cas d'espèce, la question de principe posée par la demande d'avis est celle de la définition de la notion de facilité ou de ressource «essentielle» en droit de la concurrence.

La notion de facilité, ou d'infrastructure, essentielle est, à l'origine, une création jurisprudentielle des tribunaux américains appliquant les dispositions des sections 1 et 2 du Sherman Act. La première application de cette notion remonte à l'affaire United States vs Terminal Railroad. Dans cette affaire, le financier américain Jay Gould avait, en formant une association, notamment avec des sociétés de transport ferroviaire, acquis le contrôle de la totalité des infrastructures nécessaires pour charger ou décharger le fret et permettre le trafic passager des deux cotés du Mississippi aux alentours de Saint Louis. Le gouvernement fédéral attaqua l'association sur le fondement des dispositions du Sherman Act qui prohibent la monopolisation. La Cour suprême des États-Unis, qui se prononça sur cette affaire en 1912, fût cependant sensible aux arguments des parties qui soutenaient que la réunion des infrastructures permettant de traverser le Mississippi à Saint Louis dans une même entité était de nature à permettre des gains d'efficacité substantiels. Pour permettre l'exercice de la concurrence à l'aval dans le secteur du transport ferroviaire, sans pour autant renoncer aux gains d'efficacité permis par la concentration, la Cour suprême des États-Unis choisit d'une part, d'obliger

l'association à admettre en son sein toute compagnie ferroviaire qui en ferait la demande, aux mêmes conditions que celles qui avaient été consenties aux compagnies ferroviaires déjà membres de l'association et, d'autre part, de permettre aux compagnies ferroviaires qui ne souhaitaient pas devenir membres de l'association de pouvoir accéder aux infrastructures à un coût qui assurerait qu'elles ne seraient pas désavantagées dans la concurrence par rapport aux compagnies membres de l'association. Ainsi fut posé, pour la première fois en droit de la concurrence, le principe selon lequel une entreprise en situation de monopole ou de position dominante, qui détient une infrastructure à laquelle les entreprises opérant sur un marché aval (ou amont) doivent nécessairement avoir accès pour concurrencer l'entreprise détentrice de l'infrastructure, doit permettre l'accès à cette dernière sur une base équitable et non discriminatoire.

Même si la Cour suprême des États-Unis n'a pas, à l'époque, utilisé le terme d'infrastructure essentielle (terme qui sera défini pour la première fois en 1977), elle avait posé un principe de limitation de la liberté contractuelle qui, depuis, a été précisé et adapté dans de nombreux droits nationaux, dans le droit communautaire et dans le droit français de la concurrence.

Dans sa décision *Sea Container contre Sealink* (décision 94/19/CE de la Commission du 21 décembre 1993, relative à une procédure d'application de l'article 86 du traité CE - IV/34.689), la Commission des communautés énonçait l'applicabilité de la doctrine des facilités (ou infrastructures) essentielles en indiquant «*Le propriétaire d'installations essentielles qui utilise son pouvoir sur un marché pour protéger ou renforcer sa position sur un autre marché apparenté, en particulier en refusant d'accorder l'accès à ces installations à un concurrent ou en lui accordant l'accès à des conditions moins favorables que celles dont bénéficient ses propres services, et donc impose un désavantage concurrentiel au concurrent, commet une infraction*».

La notion d'infrastructure essentielle a également inspiré, dans le secteur des télécommunications, les principes de base devant garantir l'accès au réseau de l'opérateur national par les nouveaux entrants. Les résolutions ou projets de directives pris au niveau européen pour la libéralisation de ce secteur prévoient que les exploitants des structures essentielles doivent faire droit aux demandes raisonnables d'accès à ces structures présentées par leurs concurrents sur les marchés de services avals et que les conditions financières offertes pour l'accès à la structure essentielle par son exploitant devront être non discriminatoires par rapport aux conditions qu'il s'applique, pour sa propre production de services concurrencés, et devront être proportionnées au service fourni, orientées vers les coûts, transparentes et relever de critères objectifs.

La première application de cette notion par le Conseil de la concurrence remonte à 1990 dans la décision n° 90-D-22 du 26 juin 1990 (même s'il y a lieu de noter que l'appellation de structure essentielle ou de facilité essentielle ne figure pas dans la décision). Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence était saisi des pratiques de la Société de manutention de carburant aviation (SCMA) dont le capital était détenu à égalité par les six principales compagnies pétrolières opérant sur le territoire national (Shell, Esso, Mobil, BP et Total) et qui disposait d'un monopole d'acheminement aux

aéronefs et de stockage du carburéacteur sur les aéroports de Roissy et d'Orly. Le Conseil avait noté que les compagnies pétrolières, et en particulier les compagnies concurrentes de celles participant au capital de la SCMA étaient tenues d'utiliser les installations de cette dernière société pour l'approvisionnement de leurs clients.

L'accès, dans des conditions équitables et non discriminatoires, au réseau souterrain d'alimentation des aéronefs, possédé et géré par la SCMA, laquelle disposait d'une concession d'occupation du domaine public accordée par Aéroport de Paris, était donc nécessaire pour que les compagnies concurrentes des compagnies pétrolières actionnaires de la SCMA puissent effectivement concurrencer ces dernières. Il n'était pas allégué, dans cette affaire, que cet accès aurait été refusé aux concurrents des actionnaires de la SCMA, mais il était soutenu que les conditions tarifaires auxquelles les passeurs, c'est à dire les compagnies pétrolières qui n'étaient pas actionnaires de la SCMA mais étaient concurrentes de ces derniers pour le ravitaillement des avions sur cette plate-forme aéroportuaire, pouvaient avoir accès aux infrastructures, étaient discriminatoires et anticoncurrentielles. Dans sa décision, le Conseil a cependant estimé qu'il n'y avait pas d'infraction au droit de la concurrence en observant notamment, d'une part, qu'il n'était pas établi que la dégressivité du barème de la SCMA en fonction des quantités traitées relevait d'une discrimination et, d'autre part, que le capital de la SCMA n'étant pas fermé, les passeurs avaient la possibilité d'entrer dans le capital de cette société à parité avec les autres compagnies pétrolières s'ils estimaient avantageux de devenir actionnaire de la SCMA.

La qualification «*d'infrastructure essentielle*» a, pour la première fois, été utilisée par le Conseil dans une décision 96-D-51, Héli-inter assistance. En confirmant cette décision dans un arrêt du 9 septembre 1997, la cour d'appel de Paris a contribué à préciser les critères de cette notion : «*Considérant que les ressources essentielles désignent des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec les clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables*» ; ... ; «*Considérant que lorsque l'exploitant monopoliste est en même temps le concurrent potentiel d'une entreprise offrant un service exigeant le recours à cette facilité, cet exploitant peut restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché aval du service en abusant de sa position dominante ou de la situation de dépendance économique dans laquelle se trouve son concurrent à son égard en établissant un prix d'accès à cette facilité injustifié, non proportionné à la nature et à l'importance des services demandés, non transparent et non orienté vers les coûts encourus relevant de critères objectifs*».

Certains auteurs ont soutenu que l'utilisation du principe susmentionné dans le droit de la concurrence porte atteinte au droit de contracter librement et au droit de propriété. Cela est exact. En effet, le détenteur d'une facilité essentielle est soumis à deux contraintes : d'une part il doit offrir un accès à ses concurrents, à l'amont ou à l'aval, à l'infrastructure qu'il détient, ou qu'il contrôle, et il n'a pas la liberté de refuser de contracter ; d'autre part, il doit offrir cet accès dans des conditions équitables et non discriminatoires, ce qui l'expose à voir contester les conditions qu'il offre à ses concurrents.

L'observation selon laquelle les conditions posées par le droit de la concurrence à la détention d'une facilité essentielle portent atteinte au droit de contracter librement et au droit de la concurrence, doit cependant être tempérée par deux considérations.

En premier lieu, le droit de la concurrence est, pour l'essentiel, constitué par des contraintes limitant la liberté de contracter, justifiées par le fait que certains contrats (par exemple une entente anticoncurrentielle ou un contrat commercial constituant un abus de position dominante) peuvent avoir un effet destructeur du mécanisme de la concurrence sur un marché, c'est à dire un effet indésirable pour la collectivité dans son ensemble. En d'autres termes, c'est dans les cas dans lesquels l'intérêt privé des parties à une pratique diverge de l'intérêt collectif, en faussant le jeu de la concurrence sur un marché, que le droit de la concurrence intervient pour limiter la liberté contractuelle des parties. A cet égard, le principe selon lequel le détenteur d'une infrastructure essentielle voit sa liberté contractuelle encadrée pour préserver l'ordre public de la concurrence s'inscrit dans la logique du droit de la concurrence.

En deuxième lieu, le droit de propriété étant l'un des fondements nécessaires au fonctionnement de l'économie de marché et au développement dynamique de nos sociétés, l'expropriation implicite que représente pour le détenteur d'une facilité essentielle, l'obligation de permettre à ses concurrents (à l'aval ou à l'amont) d'accéder à la facilité qu'il détient, est étroitement encadrée, afin d'éviter que l'intervention de l'autorité de concurrence n'ait pour effet de décourager l'investissement dans de telles infrastructures et de nuire à l'efficacité économique.

Comme l'indique la Cour de justice des communautés européennes dans son arrêt Oscar Bronner GmbH & CoKG contre Mediaprint Zeitungs und Zeitschriftenverlag GmbH & CoKGa (affaire C-7/97 du 26 novembre 1998) *«En premier lieu, il apparaît que le droit de choisir ses partenaires contractuels et de disposer librement de sa propriété sont des principes universellement consacrés dans les systèmes juridiques des Etats membres, en revêtant parfois un caractère constitutionnel. Les atteintes à ces droits exigent d'être soigneusement justifiées. En second lieu, la justification, sur le plan de la politique de la concurrence, d'une immixtion dans la liberté de contracter d'une entreprise dominante exige souvent de procéder à une soigneuse mise en balance de considérations divergentes. Sur le long terme, il est généralement favorable à la concurrence, et dans l'intérêt des consommateurs, de permettre à une société de réserver à son propre usage les installations qu'elle a développées pour les besoins de son activité. Par exemple, si l'accès à une installation de production, d'achat ou de distribution était trop aisément accordé, un concurrent ne serait pas incité à créer des installations concurrentes. Ainsi, tandis que la concurrence s'amplifierait à court terme, elle se réduirait à long terme. De surcroît, une entreprise dominante serait moins encouragée à investir dans des installations efficaces si ses concurrents pouvaient, sur demande, en partager les bénéfices. Ainsi, le simple fait qu'une entreprise conserve un avantage sur un concurrent en se réservant l'usage d'une installation ne saurait justifier d'exiger l'accès à celle-ci. En troisième lieu, il est important de ne pas perdre de vue, en appréciant ce*

problème, que l'objectif premier de l'article 86 est d'empêcher les distorsions de concurrence - et, en particulier, de sauvegarder les intérêts des consommateurs - plutôt que de protéger la position de concurrents particuliers».

La jurisprudence et la doctrine se sont donc attachées à préciser les conditions d'applicabilité du principe limitant la liberté économique du détenteur d'une infrastructure essentielle. A cet égard, il y a lieu de noter que les principes dégagés aux Etats-Unis sont, pour l'essentiel, les mêmes que ceux dégagés dans le droit européen ou le droit français de la concurrence. La limitation de la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle s'applique lorsque :

- En premier lieu, l'infrastructure est possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ;
- En deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure est strictement nécessaire (ou indispensable) pour exercer une activité concurrente sur un marché amont, aval ou complémentaire de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient un monopole (ou une position dominante) ;
- En troisième lieu, l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ;
- En quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure est refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées ;
- En cinquième lieu, l'accès à l'infrastructure est possible.

L'infrastructure susceptible de constituer une facilité essentielle peut être une infrastructure physique (un réseau de tuyaux comme dans le cas de la décision concernant le carburéacteur dans la décision 90-D-22, ou un héliport dans le cas de l'affaire Heli-inter-assistance, qui a donné lieu à la décision du Conseil de la concurrence n° 96-D-51).

Rien ne s'oppose, *a priori*, à ce qu'un élément autre qu'une infrastructure physique (par exemple un droit de propriété intellectuelle) puisse être considéré comme une infrastructure essentielle. Ainsi, par exemple, dans l'affaire Magill (affaires C-241/91 et C-242/91), le Tribunal de première instance des communautés européennes, puis la Cour de justice des communautés européennes ont estimé que des chaînes de télévision irlandaises qui disposaient d'un droit de propriété intellectuelle sur leur programmation, et étaient «*par la force des choses les seules sources d'information brute sur cette programmation, matière première indispensable pour créer un guide hebdomadaire de télévision*», abusaient de leur position dominante en refusant de fournir ces informations brutes à un éditeur. En effet, pour la CJCE, ces chaînes faisaient obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision.

L'absence de solution alternative pour les concurrents est cependant primordiale. Dans la décision 90-D-22, le Conseil de la concurrence, saisi des pratiques de la Société de manutention de carburant aviation (SCMA), avait noté qu'elle disposait d'une concession d'occupation du domaine d'Aéroports de Paris et d'un réseau de tuyaux souterrains permettant d'acheminer le carburant aux aéronefs, qui ne pouvait pas, pour des raisons juridiques et économiques, être dupliqué par les compagnies pétrolières concurrentes de SCMA. Dans une décision NC Numéricable, (99-MC-01), le Conseil a également considéré

qu'il n'était pas exclu que les réseaux câblés construits dans le cadre du Plan Câble, et dont la propriété a été transférée à France Télécom, revêtent pour les autres câblo-opérateurs, tels NC Numéricâble, le caractère d'une facilité essentielle, au motif, d'une part, que les contrats signés entre les collectivités locales et les câblo-opérateurs portent sur la diffusion de programmes audiovisuels sur des réseaux câblés et non par voie hertzienne ou par satellite et, d'autre part, que la construction sur un même site géographique d'un deuxième réseau câblé ne pourrait pas être rentabilisée en l'état actuel du marché, l'exploitation des réseaux câblés existants étant déjà déficitaire. L'analyse du Conseil dans cette décision a été confirmée par la cour d'appel dans un arrêt du 15 mars 1999 : *«qu'après avoir justement retenu l'existence actuelle d'un seul réseau câblé sur lequel la société NC Numéricâble peut faire transporter ses programmes audiovisuels et dont la requérante est propriétaire, il (le Conseil) en déduit exactement que cette dernière s'avère seule susceptible de fournir la prestation de transport des signaux audiovisuels sur chacun des sites concernés ; ... Qu'en l'état du caractère déficitaire du marché de l'exploitation commerciale des réseaux câblés, seul en cause, le Conseil énonce avec pertinence qu'il ne peut être exclu que la société NC Numéricâble ne dispose d'aucune autre solution que d'utiliser ceux de la société France Télécom pour l'exploitation de ses sites et que ces infrastructures revêtent pour elle un caractère essentiel»*.

1192

Ainsi, dans le cadre d'une activité économique donnée, un logiciel informatique ne pourrait constituer une facilité essentielle que s'il était établi que l'usage de ce programme est strictement nécessaire pour exercer cette activité économique et qu'une entreprise, concurrente de celle qui a mis au point le logiciel, ne pourrait pas développer un logiciel concurrent du premier. Si, à l'inverse, il était établi, soit que l'accès à ce logiciel n'est pas strictement nécessaire en raison du fait, par exemple, que des concurrents seraient prêts à exercer l'activité économique en question sans utiliser ce logiciel, soit que les concurrents, auxquels l'accès au logiciel considéré est dénié, pourraient être capables d'innover en développant, dans des conditions économiques raisonnables, un logiciel équivalent du premier, le logiciel considéré ne revêtirait pas les caractéristiques d'une facilité essentielle au sens de la jurisprudence. En effet, dans l'un et l'autre de ces derniers cas, le refus d'accès ne peut avoir pour effet d'éliminer ou de réduire substantiellement la concurrence, tant à court terme qu'à long terme, au détriment des consommateurs.

De la même façon, un réseau de distributeurs ou de diffuseurs pourrait, dans certaines circonstances, constituer une *«facilité essentielle»*. Dans l'affaire Oscar Bronner, en réponse à une question préjudicielle, la Cour de justice des communautés européennes a eu l'occasion de s'interroger sur la question de savoir si Mediaprint devait donner à Oscar Bronner, éditeur du Standard, accès à son système de portage à domicile. Dans son avis, la Cour de Justice indique clairement le test pertinent en énonçant que : *«Bien que Bronner puisse n'être pas elle-même en mesure de reproduire le réseau de Mediaprint, il dispose de nombreuses solutions de remplacement, quoique moins commodes, pour effectuer la distribution. Cette conclusion est corroborée par les propres assertions du Standard selon lesquelles 'le Standard' bénéficie d'une croissance spectaculaire, tant du point de vue*

des nouveaux abonnements (augmentation de 15 %) que des publications d'annonces publicitaires (augmentation de 30 % en comparaison de l'année dernière). De telles assertions ne semblent guère compatibles avec la thèse selon laquelle le système de portage à domicile de Mediaprint est essentiel au standard pour lui permettre de concourir sur le marché des journaux». Ainsi, et par analogie, pour qu'un réseau de distribution propriétaire puisse être considéré comme une facilité essentielle, encore faudrait-il qu'il n'existe pas d'alternatives, même moins commodes, pour accéder au marché.

Délibéré, sur le rapport de M^{me} Guillot, par M. Jenny, vice-président, président la séance, M^{me} Pasturel, vice-présidente, M. Nasse, vice-président, MM. Charrière-Bournazel et Robin, membres.

La rapporteure générale adjointe Le vice-président, président la séance,
Nadine Mouy Frédéric Jenny

Avis / 02-A-08

1193

02-A-10

Avis n° 02-A-10 du 10 juillet 2002 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

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 21 juin 2002 sous le n° 02/0058/A par laquelle l'Autorité de régulation des télécommunications 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 désignation des opérateurs concernés par les dispositions de l'article L. 34-8 dudit code et considérés comme exerçant une influence significative sur le marché du service téléphonique au public entre points fixes et sur le marché des liaisons louées ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 pris pour son application ;

Vu la directive n° 97/33/CE du Parlement européen et du Conseil du 30 juin 1997 modifiée 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) ;

Vu le code des postes et télécommunications, modifié par l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001, et notamment ses articles L. 34-8, L. 36-7 (7°) et D. 99-11 à D. 99-22 ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

1194

I. - Le cadre d'analyse

La code des postes et télécommunications dispose en son article L. 36-7 (7°), que l'Autorité de régulation des télécommunications «*établit, chaque année, après avis du Conseil de la concurrence, les listes des opérateurs considérés comme exerçant une influence significative* :

- a) *Sur un marché pertinent du service téléphonique au public entre points fixes ;*
- b) *Sur un marché pertinent des liaisons louées ;*
- c) *Sur un marché pertinent du service de téléphonie mobile au public ;*
- d) *Sur le marché national de l'interconnexion.*

Est réputé exercer une influence significative sur un marché tout opérateur qui détient une part supérieure à 25 % de ce marché. L'Autorité de régulation des télécommunications peut décider qu'un opérateur détenant une part inférieure à 25 % d'un marché exerce une influence significative sur ce marché ou qu'un opérateur détenant une part supérieure à 25 % d'un marché n'exerce pas une influence significative sur ce marché. Elle tient compte de la capacité effective de l'opérateur à influencer sur les conditions du marché, de son chiffre d'affaires 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.»

Les opérateurs, figurant sur les listes ainsi établies, sont soumis à des obligations particulières, notamment en matière d'interconnexion et d'accès, telles que la publication d'un catalogue d'interconnexion préalablement approuvé par l'Autorité de régulation des télécommunications et le respect des principes de non-discrimination et d'orientation des tarifs vers les coûts.

Le Conseil de la concurrence est saisi par l'Autorité de régulation des télécommunications sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications, précité, en vue d'établir pour l'année 2003 les listes des opérateurs considérés comme exerçant une influence significative sur les marchés visés au (a) et au (b) de cet article. Une saisine complémentaire devra intervenir ultérieurement afin de couvrir les marchés visés au (c) et au (d) de ce même article.

Le Conseil rappelle que l'approche retenue dans la directive 97/33/CE au sujet des marchés de télécommunications (téléphonie fixe, liaisons louées, interconnexion et téléphonie mobile), définis de manière quasi-réglementaire, n'a aucune incidence sur l'analyse qui pourrait être effectuée dans le cadre de procédures contentieuses ou d'avis rendus en application du critère de substituabilité utilisé de manière constante par les autorités de concurrence.

Avis / 02-A-10

1195

II. - Les éléments fournis par l'Autorité de régulation des télécommunications sur le marché du service téléphonique au public entre points fixes et sur le marché des liaisons louées

L'Autorité de régulation des télécommunications se fonde, d'une part, sur des données qu'elle a recueillies au cours de l'année 2001 auprès des opérateurs titulaires d'autorisations individuelles et, d'autre part, sur les chiffres d'affaires, parcs et, le cas échéant, volumes, communiqués par la société France Télécom.

Ces résultats révèlent que la part de France Télécom, en 2001, sur le marché du service téléphonique au public entre points fixes est supérieure à 75 % en volume, à 85 % en valeur et à 99 % en nombre de lignes d'abonnés.

La part de France Télécom sur le marché des liaisons louées est supérieure à 85 % en valeur.

Compte tenu de ces données et de l'évolution du secteur, il est fortement improbable que la part de France Télécom sur l'un ou l'autre des marchés considérés s'établisse à moins de 25 % en moyenne sur l'année 2003.

III. - La situation de France Télécom sur les marchés considérés

Compte tenu des éléments avancés par l'Autorité de régulation des télécommunications, le Conseil est d'avis de considérer que la société France Télécom exercera en 2003 une influence significative, au sens de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications, sur le marché du service téléphonique au public entre points fixes et sur le marché des liaisons louées.

En ce qui concerne les autres opérateurs, le Conseil souhaite se prononcer sur le fondement des données individuelles qui lui seront transmises à l'occasion de la demande d'avis complémentaire qui lui sera adressée par l'ART avant la fin de l'année.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Soriano, par M^{me} Hagelsteen, présidente, MM. Nasse et Jenny, vice-présidents.

La rapporteure générale adjointe,
Nadine Mouy

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen.

02-A-11

Avis n° 02-A-11 du 2 septembre 2002 relatif à des questions posées par le syndicat l'Union nationale des professionnels de la formation des automobilistes (UNPFA) concernant les pratiques de la société Engineering printel systems (EPS)

Le Conseil de la concurrence, (section III B),

Vu la lettre enregistrée le 21 janvier 2002 sous le numéro 02/0007 A, par laquelle le syndicat l'Union nationale des professionnels de la formation des automobilistes (UNPFA) a saisi le Conseil, sur le fondement de l'article L. 462-1 du code de commerce, d'une demande d'avis relatif aux modalités d'attribution des places d'examen du permis de conduire au regard des règles de concurrence ;

Vu le livre IV du code de commerce, notamment son article L. 462-1, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 ;

Vu la circulaire du 16 mai 1984 du directeur de la sécurité et de la circulation routières au Ministère des transports portant sur la convocation des candidats à l'examen du permis de conduire et sur la méthode de répartition des places d'examen (dite circulaire «*Mayet*») ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 28 mai 2002 ;

Le représentant de la sous-direction de la formation du conducteur à la direction de la sécurité et de la circulation routières auprès du ministère de l'équipement, des transports et du logement entendu conformément aux dispositions de l'article L. 463-7 du code de commerce ;

Est avis de répondre aux questions posées dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre enregistrée le 21 janvier 2002, l'UNPFA a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis, au titre de l'article L. 462-1 du code de commerce, relative aux modalités d'attribution des places d'examen au permis de conduire et plus précisément aux conditions d'utilisation d'un serveur télématique transmettant les places réparties par logiciel pour le compte des services répartiteurs des préfectures.

En application de la circulaire du ministère des transports en date du 16 mai 1984, dite circulaire «*Mayet*» du nom du directeur de la sécurité et de la circulation routières qui en est l'auteur, l'attribution de places d'examen du permis de conduire est le fait des services de répartition des préfectures suivant une méthode prévisionnelle dite «*de la première demande*». Cette répartition se fait en deux temps.

Avis / 02-A-11

1197

Dans un premier temps, au mois M, le délégué départemental du ministère des transports calcule un «*coefficient de disponibilité*» en procédant à la division du nombre d'heures de disponibilité de ses inspecteurs pour le mois considéré par la moyenne mensuelle et départementale des dossiers de première candidature déposés au cours d'un quadrimestre de référence allant de M-5 à M-2. Ce coefficient propre à chaque département est saisi par les services répartiteurs préfectoraux et affiché sur le serveur Printel à la fin du mois M, sous la forme de droits fictifs correspondant à une répartition de la disponibilité au prorata de la moyenne des places obtenues sur les six mois précédents par chaque école, voire au prorata des résultats obtenus par chaque école sur cette période.

Les écoles de conduite disposent alors de quelques jours pour communiquer - par serveur télématique ou renseignement direct - au service répartiteur de la préfecture compétente leurs vœux («*réservations*») en places d'examen pour le mois considéré. Début M+1, les préfectures saisissent les demandes et calculent alors des «*droits*» prévisionnels aux places d'examen en utilisant le logiciel de Répartition assistée par ordinateur (RAO) : les vœux émis se voient appliquer le coefficient dit de «*disponibilité*». Le produit de la multiplication est constitutif d'un «*droit*» à un certain nombre de places d'examen. Révisant ces droits en fonction des désistements/annulations (10 à 15 %) provenant des auto-écoles, le logiciel de RAO propose une liste de «*convocations*» laissée à la discrétion des services de répartition.

Les «*convocations*» sont diffusées par le serveur Printel (minitel, Internet, Extranet) ou distribuées directement aux écoles de conduite par l'utilisation de la fonction de sortie papier du logiciel de RAO.

Ainsi que le rappelle la circulaire, la méthode dite «*de la première demande*» est fondée sur «*un principe simple : la répartition, pour un mois donné, du temps d'inspecteur disponible au prorata des dossiers de «premières demandes» déposés par chaque auto-école au cours d'une période de référence*». La circulaire rappelle que «*cette méthode de répartition assure l'égalité de traitement entre les auto-écoles (...) sur des bases incontestables : le nombre de candidats s'inscrivant à l'examen pour la première fois*». En outre, «*la garantie d'un minimum de places peut aussi être accordée aux auto-écoles à activité très faible ou saisonnière ou encore à des enseignants ayant temporairement interrompu leur activité*», et de tels arrangements «*peuvent aussi répondre, mais de façon exceptionnelle, au cas d'établissements qui s'adressent spécifiquement à des publics défavorisés, comme les candidats non francophones ou illettrés*».

Depuis 1990, la société Engineering printel systems (EPS) propose aux préfectures, sous le régime d'une mise à disposition à titre gratuit, l'utilisation du logiciel de Répartition assistée par ordinateur (RAO) pour gérer la méthode de la première demande. Fin septembre 2001, la société EPS faisait fonctionner son service de répartition assistée par ordinateur dans 88 départements. 11 préfectures et les 700 écoles qu'elles renseignent n'utilisaient pas la RAO fournie par EPS. Sur ces 11 préfectures, 10 procédaient à la gestion manuelle des inscriptions, et une (Chartres) disposait d'un logiciel de RAO élaboré par ses propres services.

Parallèlement, la société EPS fournit aux auto-écoles le serveur télématique Printel susmentionné qui permet à ces dernières d'envoyer aux préfectures leurs vœux de réservation et de consulter sur minitel (3616 Printel), Internet ou Extranet leurs attributions de place, les coefficients de disponibilité ainsi que les convocations aux examens. Jusqu'au 1^{er} octobre 2001, les consultations du serveur Printel étaient facturées aux écoles de conduite par France Télécom (fonction «*Kiosque-micro*») : le coût du service était inclus dans la facture téléphonique ; il comprenait un coût de connexion de 3 F (0,46 euro) et variait en fonction de la durée de connexion (1,28 F/min soit 0,20 euro).

Depuis le 1^{er} octobre 2001, eu égard à la «*disparition prochaine des services Kiosque liée à la montée en charge d'Internet*», les connexions au réseau d'informations proposé aux écoles sur le 3616 Printel sont suspendues et le système de tarification du réseau Printel est modifié en profondeur dans le sens d'une facturation directe du service. Une nouvelle page d'accueil indique la mise en service d'un nouveau serveur 3614 Printel, dont l'accès est subordonné à la souscription d'un forfait. Les écoles sont désormais classées en cinq catégories en fonction du nombre moyen de places d'examen obtenues dans les 6 mois précédents ; à chaque catégorie d'établissement correspond un forfait de 3, 6 ou 12 mois permettant un accès illimité au serveur par minitel (3614 Printel), Internet ou Extranet (Printel Direct). Les écoles ne souhaitant pas souscrire de forfait se voient ouvrir un accès sur 3617 Printel 2, facturé en fonction du temps de connexion à la manière du 3616, et présenté comme pouvant être supprimé «*si France Télécom modifie ou supprime le système de facturation Kiosque*».

Le calcul du forfait ne fait l'objet d'aucune précision. Son prix hors taxes varie de 4 à 16 euros/mois pour le forfait trimestriel, et de 3 à 15 euros/mois pour le forfait annuel. Les frais d'ouverture du dossier en sus sont de 10 euros. Au prix du forfait s'ajoutent les frais de connexion et de communication dus à France Télécom. Le prix du service 3617 Printel 2 s'élève à 0,337 euro/minute. Ce même service permet de solliciter des places d'examen supplémentaires en cas de disponibilités, notamment à la suite de désistements d'autres établissements d'enseignement de la conduite.

A la suite d'une expérience réussie d'association avec une société de vente de produits et prestations destinés à l'enseignement de la conduite, la société EPS propose sur un site Internet distinct de son serveur («*permis-enligne.com*») une série de prestations liées à l'apprentissage de la conduite, depuis octobre 2001. Ces prestations, fruit d'un partenariat prenant la forme d'une filiale détenue à 50 % (Teledis) avec une entreprise de vente d'accessoires pédagogiques par correspondance (Ediser), consistent en la vente de cartes-forfaits permettant l'accès à un site Internet comprenant des tests de code et des fonctionnalités de suivi des élèves consultables par minitel par les écoles de conduite.

Au regard de ces faits, l'UNPFA souhaite recueillir l'avis du Conseil sur la légalité du dispositif, notamment sous trois aspects essentiels :

- «*à quelles conditions un système d'attribution de places d'examens par serveur télématique peut-il permettre de préserver le jeu de la concurrence sur le marché d'enseignement de la conduite ?*

- *«la fixation d'un niveau de tarification sans rapport direct avec le coût de la prestation peut-il avoir pour effet de limiter l'accès au marché des plus petits établissements d'enseignement de la conduite ?*
- *«l'activité commerciale de l'entreprise chargée de la gestion du système est-elle compatible avec la «mission de service public» et, dans l'affirmative, suivant quels critères ?»*

A titre liminaire, le Conseil rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre de la réponse à une demande d'avis, de se prononcer sur la question de savoir si telle ou telle pratique d'un opérateur est contraire aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce. Seules, une saisine contentieuse et la mise en œuvre de la procédure pleinement contradictoire prévue par les articles L. 463-1 et suivants du code de commerce sont de nature à conduire une appréciation de la licéité de la pratique considérée au regard des dispositions prohibant les ententes illicites ou les abus anti-concurrentiels de position dominante ou de dépendance économique.

I. - Analyse

1200

■ A. - Présentation du contexte économique

1. - Données générales sur l'enseignement de la conduite

La demande d'apprentissage de la conduite automobile correspond au besoin d'acquisition des connaissances nécessaires à la maîtrise d'un véhicule en vue de l'obtention du permis de conduire. Ceci est le fait d'environ 13 000 écoles de conduite.

La profession des enseignants de la conduite automobile est exercée en règle générale par des exploitants individuels qui s'y consacrent à titre exclusif. Des associations ou des franchises telles que l'«*École de conduite française*» connue sous l'enseigne «*ECF*» ou des «*centres d'éducation routière*» qui ont pour enseigne «*CER*», se sont néanmoins développées, opérant des regroupements d'exploitants qui exploitent leur fonds de commerce sous une enseigne commune. Le secteur conserve néanmoins un caractère artisanal.

L'exploitation d'une auto-école est soumise à un agrément délivré par le préfet de chaque département après une enquête administrative et à la possession d'un certificat d'aptitude professionnelle et pédagogique.

2. - Caractéristiques du secteur

Délimitation géographique des marchés

Les candidats à l'examen du permis de conduire recherchent habituellement des auto-écoles proches de leur domicile ou de leur lieu de travail ; les candidats

lycéens ou étudiants fréquentent volontiers des auto-écoles proches de leurs établissements d'enseignement. Toutefois, eu égard à la dépense entraînée, il n'est pas rare que la clientèle soit attirée par des auto-écoles relativement plus éloignées dès lors qu'elles proposent des conditions de prix attractives. La zone de chalandise des auto-écoles est, par ailleurs, d'autant plus vaste qu'occasionnellement elles viennent chercher leurs clients à domicile. Enfin, en proposant à prix forfaitaire un nombre donné - voire illimité - d'heures pour l'apprentissage du code de la route, un volume horaire pour l'apprentissage de la pratique de la conduite et un nombre variable de présentations aux épreuves du code et de la conduite, certaines auto-écoles contribuent à accroître la mobilité des clientèles entre les localités et les quartiers des villes.

Alors que, jusqu'à une époque récente, les marchés pouvaient être délimités selon un critère simple de distance, désormais les stratégies commerciales des prestataires accroissent la capillarité des marchés locaux pour les rendre connexes les uns aux autres.

Structure de l'activité

L'activité d'enseignement de la conduite est le fait d'écoles à taille très variable. Pour les écoles unipersonnelles, le gérant accomplit l'activité d'enseignement et les tâches de gestion. Certaines de ces écoles de petite taille présentent moins d'une demi-douzaine de candidats à l'examen par mois ; leur chiffre d'affaires reste donc très limité.

Les écoles de taille plus grande disposent de plusieurs dizaines de salariés, aux fonctions précisément délimitées. Elles gèrent un parc de plusieurs voitures, et se livrent, pour les plus importantes, à l'enseignement de la conduite sur poids-lourd et moto.

Il existe une disparité très forte entre les établissements opérant en zone rurale, disposant d'une clientèle réduite et captive, et ceux exerçant leur activité en zone urbaine, capables de définir une véritable stratégie commerciale vis-à-vis de leurs concurrents les plus proches.

3. - Données économiques et techniques de l'attribution de places d'examen du permis de conduire

Contexte juridique de l'attribution des places d'examen

Dans la mesure où, dépendant de la disponibilité des services d'examen, les places sont en nombre limité, leur attribution fait l'objet de la répartition prévisionnelle susmentionnée. La circulaire du ministère des transports, en date du 16 mai 1984, précitée, régit la méthode de répartition des places d'examen du permis de conduire et de convocation des candidats.

Enjeux pour les écoles

L'établissement d'enseignement à la conduite s'engage, en effet, auprès de l'élève à le présenter à l'examen du permis de conduire. Dans cette mesure, il est essentiel pour les écoles de bénéficier d'un système de répartition des places d'examen en adéquation avec leurs attentes et besoins.

Plus précisément, la difficulté d'accéder aux places d'examen pose des problèmes de gestion de la scolarité des élèves (engorgement, délais très longs entre la fin de la formation et la présentation à l'examen...), voire de gestion de l'établissement (le développement de la pratique des forfaits implique que plus la scolarité de l'élève s'allonge, moins l'école est rentable). La difficulté d'accès aux places résiduelles en fonction d'éventuels désistements des auto-écoles afin de présenter à nouveau des candidats ayant précédemment échoué est, à cet égard, un exemple tangible des problèmes rencontrés.

■ B. - Les marchés concernés par la saisine

Les marchés à retenir

Le Conseil rappelle la définition qu'il a donnée du marché pertinent dans son avis n° 96-A-05 du 2 mai 1996 : *«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 (...) 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 les moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande».*

En l'espèce, deux marchés peuvent être identifiés dans les questions soulevées par l'UNPFA : un premier marché afférent à l'organisation des examens du permis de conduire lie les écoles d'enseignement de la conduite aux services préfectoraux qui collectent les réservations des places issues des écoles, offrent la répartition de ces places et transmettent les convocations de places d'examen. Le second marché concerne l'offre d'accessoires et prestations destinés à l'enseignement de la conduite.

1. - Le marché de la transmission des données afférentes à l'organisation de l'examen du permis de conduire

La répartition des places d'examen au permis de conduire consiste en la rencontre d'une demande de places d'examen par les écoles de conduite et d'une offre de places déterminée par la technique de répartition susmentionnée. Reposant sur une détermination mensuelle des droits des écoles aux places d'examen offertes par la préfecture, cette technique de gestion prévisionnelle fait appel à la rencontre de deux courants d'information, les réservations effectuées par les écoles, d'une part, le coefficient de disponibilité des examinateurs émanant du ministère des transports, d'autre part.

Sur ce marché, la société EPS offre deux prestations distinctes. La première consiste à mettre à la disposition des préfectures un logiciel de Répartition assistée par ordinateur (RAO). Cette mise à disposition est gratuite. EPS se rémunère sur les formations payantes à la RAO fournies aux personnels des services répartiteurs. Ainsi qu'il a été indiqué précédemment, le logiciel calcule

les «*droits*» théoriques des écoles aux places d'examen et fournit aux préfectures des convocations tenant compte des éventuels désistements/annulations.

La seconde prestation lie la société EPS aux écoles de conduite par un serveur télématique consultable sur minitel, Internet, et Extranet, et consiste en la transmission ascendante - vers les préfectures - des réservations de places d'examen effectuées par les écoles, puis en la transmission descendante - des préfectures vers les écoles - des convocations aux examens proprement dites. La transmission des données par serveur télématique est facturée aux écoles de conduite dans les conditions susmentionnées.

Il est important de relever que les deux prestations sont indépendantes, et que le fait de souscrire à l'utilisation de la RAO ne préjuge en aucune manière du mode de transmission des données entre auto-écoles et préfectures. Une préfecture, utilisant la RAO pour répartir les places d'examen, dispose de la possibilité de renseigner directement les écoles de conduite sur les convocations dont elles peuvent ainsi bénéficier, par téléphone, fax, lettre ou tout autre moyen. De même, il est possible pour les écoles le souhaitant d'effectuer leurs réservations directement auprès des préfectures.

Dans la mesure où seules les préfectures utilisant la RAO sont en mesure d'utiliser le serveur, il apparaît que les marchés géographiques pertinents pour l'appréciation des pratiques sur le marché de la transmission de données afférentes à l'organisation des épreuves du permis de conduire sont constitués par chacun des départements ayant adopté le logiciel de RAO susmentionné.

2. - Le marché de la fourniture d'accessoires et de prestations destinés à l'apprentissage de la conduite

Dans un avis n° 94-A-22 du 13 septembre 1994 relatif à l'acquisition de la société Codes Rousseau par la société Média Communication (secteur des produits et prestations destinées à l'enseignement de la conduite) le Conseil de la concurrence a relevé qu'il existe «*un ensemble de produits et de prestations complémentaires concernant l'enseignement de la conduite qui se compose d'instruments pédagogiques destinés aux moniteurs d'auto-écoles et à leurs élèves, de documents officiels nécessaires à l'obtention du permis de conduire et de divers autres matériels utiles au fonctionnement courant des entreprises concernées*» formant «*un marché de la fourniture aux entreprises d'auto-écoles*». Ce marché est national, l'offre assurée par les sociétés Codes Rousseau, Ediser et Ecolauto couvrant les 13 900 entreprises d'auto-écoles présentes sur le secteur.

La société Teledis, co-détenue à 50 % par EPS et par Ediser (fournisseur d'accessoires pédagogiques), offre sur le serveur Printel consultable par minitel, Internet ou Extranet les prestations commerciales susmentionnées (ventes de cartes permettant l'accès à un programme d'assistance sur un site Internet distinct «*permis-enligne.com*»). Ediser édite différents ouvrages d'apprentissage à la conduite automobile et distribue, à l'instar de la société Code Rousseau, des produits destinés à répondre aux différents besoins des entreprises d'auto-écoles, son catalogue couvrant les mêmes rubriques (offre d'ouvrages pédagogiques, ouvrages officiels, logiciels, imprimés administratifs et équipements pour auto-écoles, mobilier, radios pour motocyclettes, etc.).

■ B. - Les opérateurs et leur situation respective sur chacun des marchés concernés

1. - Les opérateurs

La société Engineering printel systems (EPS), ancienne filiale du Crédit agricole située à Perpignan, a proposé, dès 1990, aux préfetures le système informatique (RAO et Printel) décrit ci-dessus dans le cadre de la gestion de la circulaire «Mayet». EPS est une SARL fondée en 1984, d'un effectif de 10 personnes, au chiffre d'affaires de 3 499 793 F (533 540 euros). EPS est actuellement sous contrat avec 88 préfetures.

La société Ediser est une filiale de Média Communication (filiale de Bertelsmann) créée en 1992. Ediser imprime et édite différents ouvrages d'apprentissage à la conduite automobile et vend par correspondance, à l'instar de la société Codes Rousseau, des produits destinés à répondre aux différents besoins des entreprises d'auto-écoles (offre d'ouvrages scolaires et didactiques, ouvrages officiels, logiciels, imprimés administratifs et équipements pour auto-écoles, mobilier, radios pour motocyclettes, matériel audiovisuel). EDISER est une SARL, au capital de 150 000 F (22 867,35 euros), comprenant des effectifs de 11 personnes et réalisant une activité de 13 999 172 F (2 134 160 euros).

2. - La situation des opérateurs sur chacun des marchés concernés

En ce qui concerne la transmission de données (demandes de réservations et convocations), la société EPS dispose, dans chaque département fonctionnant avec le logiciel de RAO, d'un quasi-monopole.

Il existe, certes, des alternatives au serveur télématique de transmission des convocations aux examens. Dans la mesure où la préfecture dont elle dépend ne s'y oppose pas (certaines préfetures, comme celle des Yvelines, ayant notifié aux écoles de conduite leur volonté de ne plus assurer le renseignement téléphonique), il est possible pour toute école de déposer ses réservations directement auprès des services compétents, et d'être informée dans les mêmes conditions des convocations diffusées sur le serveur. Selon EPS, entre 3 et 5 % des écoles s'informent ainsi, sans consulter les serveurs, en se déplaçant auprès des préfetures, en procédant à l'envoi de courrier, ou par tout autre moyen. Pour certaines préfetures (Ardèche, Haute Savoie), ce pourcentage avoisinerait les 50 %.

Le Conseil relève cependant qu'au regard de l'informatisation progressive et quasi-complète de la répartition ainsi que de la réduction des effectifs des services concernés (300 personnes environ sur les préfetures disposant de la RAO), les services de répartition préfectoraux tendent à fortement réduire leur activité de renseignement au profit de la consultation directe des serveurs par les écoles de conduite. Il est donc prévisible que ce mouvement ira en s'amplifiant. Par ailleurs, s'il ne semble pas contestable que les démarches

directes auprès des préfetures offrent une facilité d'utilisation équivalente à la consultation d'un serveur télématique, surtout lorsqu'il s'agit pour une école d'obtenir des places supplémentaires, l'information directe auprès des préfetures ne paraît toutefois qu'imparfaitement substituable à la consultation du serveur télématique qui dispose d'une supériorité technique évidente. La position de leader dont bénéficie EPS s'en trouve renforcée.

S'agissant du marché de la fourniture d'accessoires et de prestations destinées à l'apprentissage de la conduite, la société Ediser détenait, en 1993, une part de marché de l'ordre de 2,7 % (avis n° 94-A-22 du 13 septembre 1994) pour un chiffre d'affaires de 3 123 000 F (476 098,28 euros). En 1999, son chiffre d'affaires s'est élevé à 13 999 172 F (2 134 160 euros), contre 96 332 000 F (13 490 513 euros) pour son concurrent les Codes Rousseau (96 332 000 F, soit 14 685 718,73 euros en 1993). Sa part de marché pour 1999 avoisinerait les 15 %.

II. - Les conditions d'exercice de la concurrence

Si le Conseil ne peut, dans le cadre d'une procédure de demande d'avis, se prononcer sur le caractère prohibé ou non d'une pratique particulière et la qualifier, rien ne s'oppose, en revanche, 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.

D'une façon générale, les questions posées par l'UNPFA concernent les conditions de coexistence, sur un marché, d'un opérateur bénéficiaire d'un quasi-monopole de fait et des entreprises clientes dépendant fortement du service de transmission de données assuré par cet opérateur. Il s'agit aussi de voir comment l'opérateur précité pourrait être conduit à abuser de la position dominante qu'il détient sur ce premier marché dans le cadre d'une activité annexe, exercée sur un second marché, celui de la fourniture de prestations commerciales.

1. - Sur les conditions auxquelles doit répondre un système d'attribution de places d'examens par serveur pour préserver le jeu de la concurrence sur le marché d'enseignement de la conduite

Le Conseil observe, à titre liminaire, que la réalisation de la répartition des places à l'examen du permis de conduire par un logiciel de répartition assistée par ordinateur (RAO) ne porte pas, en soi, atteinte, au droit de la concurrence.

A cet égard, le Conseil relève que la répartition des tâches incombe aux seuls services préfectoraux qui disposent de la pleine maîtrise du logiciel, notamment de son paramétrage, indépendamment de toute intervention de l'opérateur propriétaire du logiciel.

Par ailleurs, la procédure de sélection décrite plus haut repose sur la multiplication d'une moyenne des premières candidatures issue de chaque école sur le quadrimestre antérieur par un coefficient de disponibilité d'origine administrative. Le Conseil relève que les écoles, présentant un nombre relativement faible de primo-candidats (on pourrait penser aux écoles spécialisées dans l'apprentissage de la conduite aux non-francophones ou aux écoles n'affichant qu'un faible taux de réussite au premier examen), pourraient être désavantagées par rapport aux écoles classiques puisqu'elles ne bénéficient pas de la répartition *a priori*, et doivent rechercher un nombre de places restituées important. Mais, sur ce point, c'est alors le mode de calcul issu de la circulaire *Mayet* qui serait en cause, et non le logiciel de répartition. De surcroît, le Conseil relève que cette circulaire vise expressément à assurer l'égalité entre écoles de conduite en précisant que «*la méthode de la première demande assure l'égalité de traitement entre les auto-écoles (...) sur des bases incontestables : le nombre de candidats s'inscrivant à l'examen pour la première fois*». En outre, «*la garantie d'un minimum de places peut aussi être accordée aux auto-écoles à activité très faible ou saisonnière ou encore à des enseignants ayant temporairement interrompu leur activité*», et de tels arrangements «*peuvent aussi répondre, mais de façon exceptionnelle, au cas d'établissements qui s'adressent spécifiquement à des publics défavorisés, comme les candidats non francophones ou illettrés*».

S'agissant de l'usage du serveur télématique, les établissements d'enseignement de la conduite automobile exercent leur activité en présentant des candidats aux épreuves théoriques et pratiques de l'examen de conduite. Il est donc important pour eux de disposer d'un système performant d'information sur la répartition des places d'examen pour conduire leur activité commerciale d'enseignement de la conduite.

Ainsi que le Conseil l'a notamment énoncé dans son rapport annuel d'activité pour l'année 1990, les pratiques d'abus anticoncurrentiels mises en œuvre par des entreprises en position dominante peuvent revêtir deux formes : «*il peut s'agir de pratiques ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'éliminer des concurrents, ou de comportements qu'une entreprise ne pourrait adopter sans compromettre son propre intérêt sur un marché concurrentiel ou si elle ne disposait pas d'une puissance de marché*».

Le Conseil observe qu'une entreprise bénéficiant d'une position dominante sur un marché doit s'abstenir de tout comportement pouvant avoir un effet d'éviction ou de restriction de la concurrence et ne présentant pas de «*nécessité objective*» (décision n° 93-D-36 du 28 septembre 1993 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la vente des pièces détachées pour appareils photographiques). Dans le cas d'un opérateur privé fournissant un service de transmission d'informations d'origine administrative, une telle pratique pourrait résulter de pressions sur les préfetures afin qu'elles suppriment les alternatives existantes à la transmission d'informations par serveur, à savoir le renseignement direct obtenu par les écoles de conduite auprès des services répartiteurs, ou entreprennent des démarches techniques allant dans ce sens. A cet égard, la dissociation du serveur télématique et du logiciel de RAO qui procède, notamment, de la possibilité d'effectuer une impression papier des pages d'écran du logiciel de RAO présente l'avantage de permettre aux préfetures disposant de la RAO de renseigner les écoles ne souhaitant pas consulter le serveur.

Plus généralement, l'entreprise en position dominante doit s'abstenir de tout comportement tiré de son pouvoir de marché. Le refus de vente, la vente à des conditions discriminatoires ou la rupture de relations commerciales établies constituent des abus prohibés par l'article L. 420-2 du code de commerce. S'agissant de l'exercice d'une activité d'aide à l'attribution de places d'examen, il convient, pour l'opérateur dominant, de veiller à la préservation de l'accès de tous les établissements de conduite à son serveur, sans discrimination anticoncurrentielle entre ceux-ci.

De même, les relations contractuelles entre un opérateur gérant un serveur de transmission de données et les auto-écoles peuvent donner lieu à des abus soit au travers de clauses anticoncurrentielles soit pour inexécution des obligations stipulées au contrat. Dans la mesure où l'atteinte à la concurrence est démontrée (décision n° 92-D-26 du 31 mai 1992 relative à la situation de la concurrence sur le marché du calcium-métal), le fait de ne pas fournir un service de qualité normale a pu être considéré comme un abus de position dominante (voir l'avis n° 94-A-15 du 10 mai 1994 relatif à une demande d'avis sur les problèmes soulevés par la diversification des activités d'EDF et de GDF ou encore la décision n° 92-D-26 du 31 mai 1992 relative à la situation de la concurrence sur le marché du calcium-métal).

2. - Sur la barrière à l'accès au marché que pourrait représenter pour les plus petits établissements d'enseignement de la conduite la fixation d'un niveau de tarification sans rapport direct avec le coût de la prestation

Le Conseil considère que le comportement, visant à la création ou au renforcement d'une barrière à l'entrée sur un marché, n'est constitutif d'une pratique anticoncurrentielle que s'il tend à empêcher ou limiter de manière artificielle l'entrée sur le marché de concurrents. Ont ainsi, notamment, été qualifiés de barrières artificielles : un effet de ciseau tarifaire (décision n° 2001-D-46 relative à des pratiques mises en oeuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1999), une clause d'exclusivité (décision n° 99-D-51 relative à des pratiques constatées dans le secteur des applications thermiques de l'énergie), une tarification de transport trop élevée (avis n° 98-A-05 relatif à une demande d'avis sur les principes à respecter ou les dispositions à prévoir pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE), ou encore une orientation artificielle de la clientèle (décision n° 97-D-84 relative à des pratiques mises en oeuvre par le syndicat intercommunal à vocation unique des pompes funèbres des communes associées de la région brestoise dans le secteur des pompes funèbres) et l'instauration réglementaire d'une capacité de financement (avis n° 98-A-08 relatif à un projet de décret modifiant le décret n° 90-200 du 5 mars 1990 relatif à l'exercice de la profession de commissionnaire de transport de marchandises). Constituent au contraire une barrière naturelle à l'entrée sur un marché un niveau élevé de coûts fixes et l'importance des économies d'échelle dans le secteur (avis n° 2001-A-03 relatif à l'acquisition de l'activité vitamines de la société Takeda par le groupe BASF), ou encore, l'importance des investissements nécessaires à cette entrée (déci-

sion n° 99-D-14 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Télédiffusion de France).

Le Conseil rappelle que les pratiques discriminatoires portant sur les tarifs peuvent être assimilées à des abus de domination (décision n° 93-D-50 du 23 novembre 1993 relative à des pratiques relevées dans le secteur des matériels et des films destinés aux arts graphiques industriels) dans la mesure où les différences de prix s'effectuent sur le même marché (décisions n° 90-D-22 Secteur des carburants d'aviation et n° 99-D-21 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentée par le Conseil national des professionnels de l'automobile) et sont réellement discriminatoires (décision n° 92-D-67 du 8 décembre 1992 relative à une saisine de la société Applicam) et non justifiées, notamment au regard de l'inexistence de différences de coûts (décision n° 89-D-30 relative au domaine de la distribution de semence de taureau), ou si elles visent à augmenter de manière artificielle le coût de produits ou services indispensables à une entreprise pour se maintenir sur le marché (décision n° 94-D-21 relative aux pratiques de l'Office d'annonces, régisseur exclusif de la publicité dans les annuaires de France Télécom).

En outre, l'entreprise dominante doit pratiquer la transparence tarifaire entre ses utilisateurs (par exemple, décision n° 99-D-85 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).

Le Conseil précise qu'une tarification sans rapport direct avec le coût de la prestation ne présente un caractère anticoncurrentiel que dans la mesure où son objet ou son effet participent d'une restriction de la concurrence, notamment en empêchant, sans nécessité objective (décision n° 93-D-36, préc.), l'accès au marché (décision n° 93-D-42 du 19 octobre 1993 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Elf Antar France et Total Réunion Comores sur le marché de la distribution du carburéacteur dans le département de la Réunion). De manière générale, lorsqu'un service fourni est indispensable à l'exercice d'une activité, les tarifs fixés ne doivent pas représenter un coût tel que l'entrée sur le marché des plus petits opérateurs s'en trouve compromis. Plus précisément, une tarification forfaitaire, indépendante de toute utilisation effective du serveur et exigible même en cas de non-utilisation de ce dernier, pourrait constituer pour les nouveaux opérateurs une barrière à l'entrée sur le marché de l'enseignement de la conduite si elle est fixée à un niveau excessif et représente une part importante de la redevance totale (avis n° 97-A-09 du 26 mars 1997 relatif à un projet de décret concernant les redevances d'utilisation du réseau ferré national).

Plus généralement, le Conseil rappelle que, par une décision n° 90-D-06 du 16 janvier 1990 relative à des pratiques de la société Pompes funèbres générales à Fontainebleau, il a estimé que la diminution artificielle du rapport qualité-prix des prestations offertes aux demandeurs de services par des entreprises en position dominante est constitutive d'un abus de position dominante. En outre, et comme le Conseil l'a rappelé récemment dans une décision n° 2000-D-27 du 13 juin 2000 relative à une saisine de l'UFC du Val-d'Oise, les prix pratiqués par une entreprise en position dominante peuvent

être illicites parce que manifestement trop élevés, en particulier lorsqu'ils sont trop éloignés de la valeur du service correspondant et à la condition que l'entreprise en cause détienne un monopole qu'aucune autre entreprise n'est susceptible de venir contester.

3. - Sur la compatibilité et les conditions de l'activité commerciale de l'entreprise chargée de la gestion du système avec sa «*mission de service public*»

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'autres textes que le livre IV du code de commerce ou les articles 81 et 82 TCE.

En première analyse et en fonction des éléments dont dispose le Conseil dans le cadre du présent avis, il apparaît que l'entreprise visée dans le contexte de la demande d'avis n'exerce pas elle-même de «*mission de service public*», mais apporte les moyens nécessaires aux préfectures pour remplir leur mission de service public en matière d'attribution de places d'examen au permis de conduire. Quoi qu'il en soit et ainsi que le rappelle l'arrêt du 20 novembre 2001 de la cour d'appel de Paris, l'abus de position dominante commis sur un marché distinct du marché dominé peut être sanctionné, dès lors qu'existent un lien de connexité suffisant entre les deux marchés et un rapport de causalité entre la domination de l'un d'eux et les pratiques relevées sur l'autre. La conjugaison d'une position dominante et d'une activité concurrentielle sur un marché connexe présente tout particulièrement les risques d'abus suivants :

- agissements déloyaux

De manière générale, une entreprise en position dominante ne doit pas pouvoir subordonner ses relations commerciales sur le marché «*dominé*» à la réalisation de relations sur un marché annexe. Ce type d'agissement déloyal a été sanctionné par la décision n° 87-D-8 du 28 avril 1987 par laquelle le Conseil a sanctionné les pressions déloyales dont usaient les NMPP, en position dominante, afin de vendre leur ligne de mobilier aux candidats à un agrément, ou encore dans la décision n° 2000-D-50 du 5 mars 2001 relevant des pratiques identiques par La Française des jeux à l'encontre de ses distributeurs.

- abus contractuels

La pratique de réductions ou remises de fidélité peut constituer un abus de position dominante, lorsqu'elle peut avoir pour effet de fermer l'accès au marché à un fournisseur concurrent. Dans une décision n° 90-D-27 du 11 septembre 1990 relative au marchés des tuiles et briques en Alsace, le Conseil a qualifié d'abus de position dominante l'attribution de remises de fidélité procurant un avantage substantiel aux négociants qui s'engageaient à ne pas commercialiser de produits substituables visant ainsi à fermer l'accès au marché en pénalisant la diversification des approvisionnements.

- refus de vente/rupture des relations commerciales, vente discriminatoire

A cet égard, le Conseil rappelle qu'une pratique subordonnant le maintien

d'une prestation de transmission à des objectifs de vente ou de consommation sur un marché connexe pourrait être qualifiée d'abusive. Il en est de même, de la pratique de conditions commerciales et tarifaires discriminatoires vis-à-vis d'établissements satisfaisant ou non aux critères de vente de produits commerciaux, un tel comportement étant, en outre, susceptible de relever de l'article L. 442-6, I, 1° du code de commerce. Enfin, seraient aussi susceptibles d'être considérées comme abusives, des discriminations mises en œuvre par un opérateur entre les établissements adhérant exclusivement à ses offres commerciales et ceux faisant appel, à titre accessoire ou principal, à des fournisseurs de matériels concurrents. (cf. à cet égard : décision n° 2000-D-75 du 6 février 2001 concernant les réseaux Interflora).

Le Conseil tient à souligner que cet avis ne préjuge ni de l'appréciation qui pourrait être portée dans les années à venir sur la situation de tel ou tel marché géographique, ni de celle qui pourrait être effectuée sur le fondement de l'article L. 420-2 du code de commerce.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Fontaine, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel et M. Jenny, vice-présidents, M^{me} Perrot, MM. Charrière-Bournazel, Lasserre et Robin, membres.

La rapporteure générale adjointe,

Valérie Michel-Amsellem

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

02-A-12

Avis n° 02-A-12 du 1^{er} octobre 2002 relatif à une demande d'avis du ministre de l'économie, des finances et de l'industrie sur un contrat cadre relatif à la situation du marché de la pêche et nectarine

Le Conseil de la concurrence (section III B),

Vu la lettre enregistrée le 2 août 2002 sous le numéro 02/0073 A, 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 concernant un contrat cadre relatif à la situation du marché de la pêche et nectarine conclu le 19 juillet 2002 ;

Vu le traité du 25 mars 1957 modifié, instituant la Communauté européenne, et notamment ses articles 81 et 82 ;

Vu le livre IV du code de commerce, notamment ses articles L. 420-4, I, 1° et L. 462-1, le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application et le code rural, notamment son article L. 611-4 ;

Vu le règlement CE n° 2200/96 du 28 octobre 1996 portant organisation commune des marchés dans le secteur des fruits et légumes ;

Vu le contrat cadre du 19 juillet 2002 relatif à la situation du marché de la pêche et nectarine ;

Vu les pièces du dossier ;

Le rapporteur, le rapporteur général et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 18 septembre 2002 ;

Est avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

Par lettre enregistrée le 2 août 2002 sous le numéro 02/0073 A, le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis concernant un contrat cadre relatif à la situation du marché de la pêche et nectarine conclu le 19 juillet 2002 entre plusieurs organisations professionnelles de producteurs et distributeurs de pêches et nectarines, dans le cadre des dispositions de l'article L. 611-4 du code rural.

Cet article dispose que :

«Pour faire face aux crises conjoncturelles affectant les productions de produits agricoles périssables ou de produits issus de cycles courts de production ou les productions de la pêche maritime ou des cultures marines et correspondant à des situations où le prix de cession de ces produits par le producteur est anormalement bas par rapport à la moyenne des prix observés lors de périodes correspondantes des trois précédentes campagnes, et afin d'adapter l'offre en qualité et en volume aux besoins des marchés, des contrats peuvent être conclus entre des organisations professionnelles représentatives de la pro-

Avis / 02-A-12

1211

duction ou des groupements de producteurs reconnus et des organisations professionnelles représentatives de la transformation, de la commercialisation ou de la distribution, pour un ou plusieurs produits, et pour une durée déterminée qui ne peut excéder trois mois.

Ces contrats ne peuvent comporter d'autres restrictions de concurrence que les suivantes :

- 1°) Une programmation des mises en production ou des apports ;*
- 2°) Un renforcement des normes et critères de qualité requis pour la mise en marché ;*
- 3°) La fixation des prix de cession au premier acheteur ou la reprise des matières premières.*

Les dispositions contenues dans ces contrats sont au nombre des pratiques mentionnées au 1°) de l'article 10 [C.com., art. L. 420-4] de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Ces contrats sont notifiés, dès leur conclusion et avant leur entrée en application, au ministre chargé de l'agriculture, au ministre chargé de l'économie et au Conseil de la concurrence. Un avis mentionnant leur conclusion est publié au Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (...).

Le 19 juillet 2002, en application de ces dispositions, l'ensemble des organismes nationaux représentatifs de la production et de la distribution de pêches et nectarines (FNPF, FELCOOP, FNSEA, Bassin Rhône-Méditerranée, Bassin Grand Sud Ouest, ANEEFEL, FCD, UNFD, UNCGFL) a signé un contrat cadre relatif à *«la crise conjoncturelle été 2002 pêche et nectarine»*.

L'objet principal du contrat cadre est, selon ses considérants, *«d'adapter l'offre de produits, en qualité et en volume, afin de rechercher un meilleur équilibre du marché et d'assurer aux producteurs une rémunération en rapport avec leurs coûts de production»*, mais il indique également que *«l'effort des producteurs pour élaborer et sélectionner les produits correspondants doit trouver sa contrepartie sur le marché par une rémunération appropriée, elle-même différenciée»*.

Les engagements des signataires peuvent être résumés comme suit :

Un article 1^{er} intitulé *«Prévision des apports»* stipule que les signataires échangent toutes informations en leur possession sur les volumes de pêches et nectarines à commercialiser chaque semaine.

Un article 2 intitulé *«Normes de qualité»* met en place une mention spécifique dite *«qualité gustative supérieure»* qualifiant les fruits présentant au moment de leur mise en marché un taux de sucre supérieur à 11°.

Enfin, un article 3 intitulé *«Prix de cession à la première mise en marché»* revalorise d'au moins 20 % par rapport aux cours de la semaine précédente, les prix de cession des produits conditionnés de *«qualité gustative supérieure»* par le premier metteur sur le marché.

Le contrat est prévu pour une durée de 8 semaines à compter du 22 juillet 2002.

L'avis du Conseil est sollicité sur le caractère et la portée de ces différents éléments au regard notamment des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-4, I, 1° du code de commerce.

I. - Le contexte économique

■ 1. - Données générales sur la culture des pêches et nectarines

On distingue quatre classes de pêches et nectarines : les nectarines et brugnons (40 % de la production en 2000), les pavies, destinées à l'industrie (3 %), les pêches à chair blanches (23 %) et enfin les pêches à chair jaune (34 %). En 2001 la production française a été de 445 100 tonnes de pêches, et s'agissant de la récolte 2002, les prévisions sont de 451 800 tonnes.

La production des pêches et nectarines est fortement saisonnière et connaît, en raison des aléas climatiques, de fortes fluctuations d'une année sur l'autre ; cependant, elle ne semble pas faire l'objet d'une tendance lourde à l'accroissement ou à la diminution. La campagne de récolte débute fin mai avec les premières pêches blanches précoces, les pêches jaunes atteignant leur plein rendement en juillet. La campagne se termine fin septembre.

Les importations se sont surtout développées grâce aux achats de la grande distribution qui a recherché un élargissement de ses sources d'approvisionnement, pour des raisons de prix et de variété de la gamme des produits offerts.

Les pêches sont destinées à 97 % à la consommation de bouche, et pour 3 % à la transformation dans l'industrie de la pulpe et de la purée, dont 1 % à l'exportation.

On constate, de manière générale, que la consommation française de fruits est en diminution sensible. Les dépenses des ménages français en fruits et légumes frais représentent 12 % de leurs dépenses alimentaires totales, et la consommation de fruits s'élevait à 38 milliards de francs en 1999.

■ 2. - Caractéristiques du secteur

Délimitation géographique des marchés

Le marché de la pêche et de la nectarine est fortement internationalisé ; les États membres de l'Union européenne sont les partenaires privilégiés des échanges avec la France.

Les importations de fruits issus d'États membres de l'Union européenne et à destination de la France sont à 40 % assurées par l'Espagne et 8 % par l'Italie. La France est le troisième plus gros importateur de pêches et nectarines de l'Union européenne, après l'Allemagne et le Royaume-Uni.

Organisation de la profession

La culture des pêches est réalisée dans trois bassins de production : le premier en importance (61 %), dit du «*Sud-Est*» est constitué des régions PACA et Languedoc Roussillon, le second (35 %), dit de la «*Vallée du Rhône*» est constitué des régions Bourgogne et Rhône-Alpes, et le troisième (4 %), dit du Sud-Ouest, comprend l'Aquitaine et les Midi-Pyrénées.

Au plan national, la Fédération nationale des producteurs de fruits (FNPF), branche spécialisée fruit de la FNSEA, représente l'ensemble des producteurs de fruits.

Enfin l'INTERFEL (Interprofession nationale des fruits et légumes), reconnue par les pouvoirs publics, est composée de deux collèges, dont le premier représente la production (FELCOOP, FNPF, FNPL, et les huit comités économiques de bassin) et le second la distribution (ANEFEEEL, UNCGFL, UNFD, FCD). Son rôle est d'élaborer des accords interprofessionnels, d'organiser le débat interprofessionnel, et enfin de promouvoir la consommation et l'information du consommateur.

Ces groupements sont signataires du contrat cadre du 19 juillet 2002.

Contexte juridique

Le règlement n° 2200/96 du 28 octobre 1996 portant organisation commune des marchés dans le secteur des fruits et légumes comprend le considérant suivant :

«En vue de stabiliser les cours, il est souhaitable que les organisations de producteurs puissent intervenir sur le marché, en particulier en décidant de ne pas mettre en vente certaines quantités de produits, à certaines périodes (...)» ;

et dispose dans son article 23 :

«Pour les produits visés (...) les organisations de producteurs ou leurs associations peuvent ne pas mettre en vente les produits apportés par les associés, à concurrence des volumes et pendant les périodes qu'elles jugent opportuns».

Enfin, l'article 27 du même règlement dispose :

«Lorsque le marché d'un produit (...) connaît ou est susceptible de connaître des déséquilibres généralisés et structurels donnant lieu ou pouvant donner lieu à un volume trop important de retraits visés à l'article 23, il est fixé, selon la procédure visée à l'article 46 et avant le début de la campagne de commercialisation de ce produit, un seuil d'intervention dont le dépassement, apprécié selon le produit sur la base des retraits effectués pendant une campagne ou une période équivalente, ou sur la base de la moyenne des interventions effectuées pendant plusieurs campagnes, engage la responsabilité financière des producteurs».

II. - Les questions de concurrence soulevées par le contrat cadre

■ 1. - Observations générales

A titre liminaire, le Conseil rappelle qu'il ne lui appartient pas, dans le cadre de la réponse à une demande d'avis, de se prononcer sur la compatibilité d'une pratique d'un opérateur avec les dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 du code de commerce et 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, ni sur la possibilité d'une exemption sur le fondement de l'article L. 420-4, I, 1° du code de commerce. Seule, une saisine contentieuse menée selon une procédure contradictoire serait de nature à conduire une appréciation de la licéité de la pratique considérée.

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.

En l'espèce, le Conseil observe tout d'abord que le dispositif juridique qui lui est soumis s'analyse essentiellement comme une demande d'exemption des règles générales de la concurrence en application de l'article L.420-4 du code de commerce. L'article L. 611-4 du code rural précise, en effet, que :

Les dispositions contenues dans ces contrats sont au nombre des pratiques mentionnées au 1°) de l'article 10 [C.com., art. L. 420-4] de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.

Le Conseil rappelle que l'article L. 420-4, I, 1° du code de commerce est d'interprétation stricte, et que seules relèvent de son exemption les pratiques qui sont la conséquence directe et inéluctable de textes législatifs ou de textes réglementaires pris pour leur application.

Ainsi, ce n'est que dans la mesure où les clauses visées sont strictement conformes aux dispositions de l'article L. 611-4 du code rural que l'exemption de l'article L. 420-4, I, 1° du code de commerce pourra être utilement invoquée.

Le Conseil observe, en outre, que l'application de l'article L.611-4 du code rural est subordonné à la constatation par les autorités compétentes d'une situation de crise conjoncturelle pour laquelle la loi prévoit que certaines conditions doivent être remplies.

En l'espèce, le Conseil ne dispose pas d'éléments pour apprécier si les conditions permettant de conclure à l'existence d'une crise conjoncturelle sont réunies. En tout état de cause, il se réserve la possibilité d'apprécier si les atteintes à la concurrence qui résulteraient de l'application de ces accords ne sont pas manifestement excessives au regard de ce qui apparaîtrait comme nécessaire pour faire face à gestion de la crise.

■ 2. - Le contrat cadre du 19 juillet 2002 au regard de l'article L. 611-4 du code rural

1. - Sur l'article 1^{er} : «*Prévisions des apports*»

L'article 1^{er} du contrat cadre «*Prévisions des apports*» dispose que les signataires de l'accord «*décident d'échanger toutes informations en leur possession sur les volumes de pêches et nectarines à commercialiser chaque semaine*». Ces pratiques prohibées en situation normale ont pour objet de restreindre volontairement l'accès au marché des produits afin de faire face à une chute exceptionnelle des prix de cession.

Le Conseil observe que cet article ne fait que reprendre la restriction de concurrence prévue au 1^o de l'article L. 611-4 du code rural, à savoir «*une programmation des mises en production ou des apports*», qui implique nécessairement des échanges d'information. Cette programmation apparaît de surcroît, s'agissant d'un produit périssable touché par une situation de crise, contribuer au progrès économique. Les parties au contrat pourraient dès lors se prévaloir de l'exemption prévue par l'article L. 420-4, I, 1^o du code de commerce.

2. - Sur l'article 2 : «*Normes de qualité*»

L'article 2 du contrat cadre «*Normes de qualité*» met en place, en dehors de toute référence à la réglementation sur les labels agricoles, une appellation de «*qualité gustative supérieure*» pour les pêches et nectarines présentant un taux de sucre supérieur à 11 degrés brix «*au moment de leur mise sur le marché*».

La création et la gestion par les organismes signataires d'une norme qualitative peuvent présenter, à plusieurs titres, un objet ou un effet anticoncurrentiel. C'est notamment le cas lorsqu'une norme introduit une discrimination entre producteurs et n'est pas accessible à de nouveaux candidats non parties prenantes au dispositif initial.

En l'espèce, il n'est pas établi que les pêches et nectarines importées en France puissent bénéficier de la mention «*qualité gustative supérieure*» dans la mesure où les producteurs concernés ne sont pas signataires du contrat cadre.

Le fait pour les producteurs signataires de bénéficier de la norme induit un avantage concurrentiel sur les autres producteurs, notamment étrangers, dans la mesure où l'apposition de la mention «*qualité gustative supérieure*» sur leurs produits confère le bénéfice d'une présomption de qualité dont serait écarté tout concurrent ne pouvant se prévaloir de cette mention. L'article 2 «*Normes de qualité*» pourrait ainsi être qualifié de pratique anti-concurrentielle au sens de l'article L. 420-1 du code de commerce.

Cette clause pourrait également être qualifiée de contraire à l'article 81 TCE dans la mesure où l'accord ne concerne pas la production importée, que ces

importations représentent une part importante des pêches et nectarines consommées en France, et que les parties à l'accord représentant l'intégralité de la production française ; ce dernier pourrait donc affecter sensiblement le commerce intracommunautaire et constituer une entente prohibée par l'article 81 TCE.

Enfin et surtout, le Conseil observe que l'article 2 du contrat cadre, qui doit être lu en combinaison avec l'article 3 du même contrat, n'a pas pour objet de fixer un critère de qualité requis pour la mise en marché de l'ensemble de la production mais instaure une mention qualitative qui tend à créer une segmentation de l'offre en distinguant sur le marché deux qualités de fruits, et qu'ainsi il s'écarte du simple soutien des cours par l'adaptation de l'offre en qualité et en volume prévue à l'article L. 611-4 du code rural.

Dans la mesure où l'article 2 ne résulte pas directement de l'application des dispositions de l'article L. 611-4 du code rural, les parties au contrat ne sauraient se prévaloir de l'exemption prévue par l'article L. 420-4, I, 1° du code de commerce.

3. - Sur l'article 3 : *«Prix de cession à la première mise en marché»*

L'article 3 du contrat cadre *«Prix de cession à la première mise en marché»* stipule *«qu'au regard des surcoûts de production et de l'actualité du marché, les prix de cession par les premiers metteurs en marché des produits conditionnés de «qualité gustative supérieure» devront être revalorisés d'au moins 20 % par rapport à la moyenne des cotations SNM de la région pour la semaine précédente.»*.

Le Conseil observe que cet article 3 ne procède pas à la fixation des prix de cession au premier acheteur prévue à l'article L. 611-4 du code rural, mais met en oeuvre une revalorisation des cours pour un segment précis de la production.

Par suite, et sans qu'il y ait même lieu de s'interroger sur la compatibilité de l'article L. 611-4 du code rural avec les dispositions pertinentes des règlements communautaires du 28 octobre 1996 portant organisation commune de marché, le Conseil relève que cette intervention sur les prix n'a pas pour objet de répondre à une crise conjoncturelle de surproduction par la fixation, au bénéfice de tous les producteurs, d'un prix pour la première mise sur le marché ou le retrait des marchandises, mais de maintenir pour deux qualités de fruits mises sur le marché un écart de prix minimal de 20 %, indépendamment des fluctuations de cours constatées.

Dès lors que l'article 3 du contrat cadre ne résulte pas directement des dispositions de l'article L. 611-4 du code rural, et sans qu'il soit besoin d'apprécier son caractère proportionné à la situation économique ayant justifié la mise en oeuvre de mesures anti-concurrentielles, les parties au contrat ne sauraient se prévaloir de l'exemption prévue par l'article L. 420-4, I, 1° du code de commerce.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Fontaine, par M^{me} Hagelsteen, présidente, MM. Jenny et Nasse, vice-présidents, MM. Charrière-Bournazel, Lasserre, Piot et Robin, membres.

Le rapporteur général,

Thierry Dahan

La présidente,

Marie-Dominique Hagelsteen

Avis / 02-A-12

1217

02-A-14

Avis n° 02-A-14 du 13 décembre 2002 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

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 14 novembre 2002, sous le n° 02/0096/A, par laquelle l'Autorité de régulation des télécommunications 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 désignation des opérateurs concernés par les dispositions de l'article L. 34-8 dudit code et considérés comme exerçant une influence significative sur le marché des télécommunications ;

Vu le livre IV du code de commerce et le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 pris pour son application ;

Vu le code des postes et télécommunications, modifié par l'ordonnance n° 2001-670 du 25 juillet 2001, et notamment ses articles L. 34-8, L. 36-7 (7°) et D. 99-11 à D. 99-22 ;

Le rapporteur, la rapporteure générale adjointe et le commissaire du Gouvernement entendus lors de la séance du 10 décembre 2002 ;

Est d'avis de répondre à la demande présentée dans le sens des observations qui suivent :

I. - La saisine pour avis de l'Autorité de régulation des télécommunications

■ A. - La cadre d'analyse

Le code des postes et télécommunications dispose, en son article L. 36-7 (7°), que l'Autorité de régulation des télécommunications (ci-après ART) «*établit, chaque année, après avis du Conseil de la concurrence, les listes des opérateurs considérés comme exerçant une influence significative* :

- a) *Sur un marché pertinent du service téléphonique au public entre points fixes ;*
- b) *Sur un marché pertinent des liaisons louées ;*
- c) *Sur un marché pertinent du service de téléphonie mobile au public ;*
- d) *Sur le marché national de l'interconnexion.*

Est réputé exercer une influence significative sur un marché tout opérateur qui détient une part supérieure à 25 % de ce marché. L'Autorité de régulation des télécommunications peut décider qu'un opérateur détenant une part inférieure à 25 % d'un marché exerce une influence significative sur ce marché ou qu'un opérateur détenant une part supérieure à 25 % d'un marché n'exerce pas une influence significative sur ce marché. Elle tient compte de la capacité effective de l'opérateur à influencer sur les conditions du marché, de son chiffre d'affaires 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.»

Les opérateurs figurant sur les listes ainsi établies sont soumis à des obligations particulières énoncées aux II, III, IV et V de l'article L. 34-8 du code des postes et télécommunications en matière d'interconnexion, d'accès et d'accès spécial :

Obligations	Listes
Publier une offre technique et tarifaire d'interconnexion préalablement approuvée par l'ART	(a) et (b)
Faire droit aux demandes d'interconnexion et d'accès dans des conditions objectives, transparentes et non-discriminatoires et répondre aux demandes justifiées d'accès spécial	(a), (b) et (c)
Orienter les tarifs d'interconnexion vers les coûts	(a), (b) et opérateurs de téléphonie mobile du (d)
Orienter les tarifs d'accès et d'accès spécial vers les coûts	(a)
Mettre à disposition des usagers la sélection et la pré-sélection du transporteur	(a) et, le cas échéant, (b), (c) et (d)

Le Conseil de la concurrence est saisi, sur le fondement des dispositions de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications, d'un projet de décision de l'ART relative à l'établissement, pour l'année 2003, des listes des opérateurs considérés comme exerçant une influence significative sur les marchés visés au (a), (b), (c) et (d) de cet article. Dans sa décision n° 02-593 du 18 juillet 2002, prise après l'avis n° 02-A-10 du Conseil du 10 juillet 2002, l'ART a considéré que France Télécom devait figurer, pour l'année 2003, sur les listes établies en application du (a) et du (b) de cet article. Dans son avis susvisé, le Conseil avait souhaité se prononcer, s'agissant des autres opérateurs, sur le fondement de données individuelles à l'occasion du présent avis.

Conformément aux dispositions du code de commerce, notamment de ses articles L. 911-1 et L. 921-1, le Conseil est compétent pour se prononcer sur la situation des opérateurs exerçant leurs activités sur la France métropolitaine, les DOM ainsi que les collectivités territoriales de Mayotte et de Saint-Pierre et Miquelon.

■ B. - Les données fournies par l'ART

Afin d'évaluer la position des offreurs sur les marchés, l'ART a adressé un questionnaire aux opérateurs titulaires d'une autorisation délivrée au titre des articles L. 33-1 et L. 34-1 du code des postes et des télécommunications, portant sur les données constatées pour l'année 2001 et prévues pour l'année 2002. S'agissant des marchés visés au (c) et (d) de l'article L. 36-7 (7°) susvisé, l'ART a, en outre, procédé à une segmentation géographique fondée sur les zones sur lesquelles les opérateurs de téléphonie mobile sont autorisés à établir leur réseau.

Service téléphonique au public entre points fixes

Pour 2001, la part de marché de France Télécom s'établit à [...] % en chiffre d'affaires et à [...] % en volume de trafic sortant contre moins de [...] % pour chacun de ses concurrents.

Pour 2002, la part de marché de France Télécom pourrait s'établir à [...] % en chiffre d'affaires et à [...] % en volume contre moins de [...] % pour chacun de ses concurrents.

Liaisons louées

Pour 2001, la part de marché de France Télécom s'établit à [...] % en chiffre d'affaires contre moins [...] % pour chacun de ses concurrents.

Pour 2002, la part de marché de France Télécom pourrait s'établir à [...] % en chiffre d'affaires contre moins de [...] % pour chacun de ses concurrents.

Service de téléphonie mobile au public

Pour les activités de téléphonie mobile au détail (communications et vente de terminaux), l'ART a recueilli auprès de chaque opérateur une série de données constatées pour l'année 2001 et prévues pour 2002, en ce qui concerne le chiffre d'affaires réalisé, le volume de trafic sortant, le parc d'abonnés et le parc de lignes correspondant à des offres de services prépayés.

En métropole, les opérateurs Orange France, SFR et Bouygues Télécom sont autorisés à établir un réseau de téléphonie mobile.

Métropole	Orange France	SFR	Bouygues Télécom
Chiffre d'affaires	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%
Volume	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%
Parc d'abonnés	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%
Parc d'offres prépayées	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%

En Guadeloupe, à la Martinique et en Guyane, les opérateurs Orange Caraïbes, Bouygues Télécom Caraïbes et SFR sont autorisés à établir un réseau de téléphonie mobile. Toutefois, SFR ne dispose pas des fréquences nécessaires à la fourniture du service. Oceanic Digital FWI SAS est autorisé à établir un réseau en Martinique et en Guadeloupe mais n'a pas eu d'activité commerciale en 2002. Les opérateurs Dauphin Télécom, Saint-Martin Mobiles ainsi que Saint-Martin et Saint-Barthélemy Tell Cell sont, quant à eux, autorisés à établir un réseau sur les seules communes de Saint-Barthélemy et de Saint-Martin (Guadeloupe).

Guadeloupe, Martinique et Guyane	Orange Caraïbes	Bouygues Télécom Caraïbes	Autres opérateurs
Chiffre d'affaires	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%
Volume	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%
Parc d'abonnés	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%
Parc d'offres prépayées	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%

A la Réunion, les opérateurs SRR, Orange Réunion et Bouygues Télécom sont autorisés à établir un réseau de téléphonie mobile. Toutefois, Bouygues Télécom ne dispose pas des fréquences nécessaires à la fourniture du service.

Réunion	SRR (Réunion)	Orange Réunion
Chiffre d'affaires	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%
Volume	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%
Parc d'abonnés	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%
Parc d'offres prépayées	[...] % ([...])%	[...] % ([...])%

A Mayotte, SRR est autorisé, depuis le 26 avril 2001, à établir un réseau de téléphonie mobile. Son parc, estimé à [...] lignes au 31 décembre 2001, pourrait atteindre [...] lignes au 31 décembre 2002, sur une population totale recensée, en 1998, de 131 320 personnes.

SAS SPM Télécom a repris, le 21 juin 2000, les activités de téléphonie fixe et mobile du groupe France Télécom sur la collectivité territoriale de Saint-Pierre et Miquelon. Son parc, estimé à [...] lignes mobiles au 31 décembre 2001, pourrait atteindre [...] lignes au 31 décembre 2002, sur une population totale recensée, en 1999, de 6 316 personnes.

Interconnexion

L'activité d'interconnexion est évaluée par l'ART suivant, d'une part, le volume de trafic terminé par les opérateurs de boucle locale de téléphonie fixe et mobile et, d'autre part, le chiffre d'affaires y afférent, les communications internes et, pour les opérateurs de téléphonie mobile métropolitains, les communications provenant des réseaux concurrents, valorisées selon le chiffre d'affaires par minute réalisé sur les communications provenant des réseaux de téléphonie fixe situés sur le territoire en cause.

Métropole	France Télécom	Orange France	SFR	Bouygues Télécom
Volume	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)
Chiffre d'affaires	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)

Guadeloupe, Martinique et Guyane	France Télécom	Orange Caraïbes	Bouygues Télécom Caraïbes
Volume	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)
Chiffre d'affaires	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)

Réunion	France Télécom	SRR (Réunion)	Orange Réunion
Volume	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)
Chiffre d'affaires	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)	[...] % ([...] %)

A Mayotte, le chiffre d'affaires réalisé par SRR dans son activité d'interconnexion pourrait atteindre [...] k€ en 2002, contre [...] k€ pour France Télécom. La part de marché de SRR pourrait donc s'établir à [...] % en valeur.

L'opérateur SAS SPM Télécom ne dispose pas d'un système d'information lui permettant de distinguer, au sein de son trafic d'interconnexion interne, celui qui relève de la terminaison sur son réseau de téléphonie mobile et celui qui relève de la terminaison sur son réseau de téléphonie fixe. Il estime toutefois que [...] % (respectivement [...] %) de ses activités d'interconnexion en valeur pourraient relever de la téléphonie mobile en 2001 (2002).

II. - La situation des opérateurs sur les marchés considérés

■ A. - Les marchés à retenir

Le Conseil rappelle que l'approche retenue dans la directive 97/33/CE au sujet des marchés de télécommunications (téléphonie fixe, liaisons louées, interconnexion et téléphonie mobile), définis de manière quasi-réglementaire, n'a aucune incidence sur l'analyse qui pourrait être effectuée dans le cadre de procédures contentieuses ou d'avis rendus en application du critère de substituabilité utilisé de manière constante par les autorités de concurrence.

Par ailleurs, dans son avis n° 01-A-15 du 5 décembre 2001, le Conseil s'était interrogé sur les limites d'une évaluation de la position des opérateurs sur des marchés de dimension nationale dans la mesure où le Comité ONP, institué par la directive 90/387/CEE, recommande dans sa communication ONPCOM 99-03 du 13 janvier 1999 de retenir, comme dimension géographique des marchés par défaut, l'espace sur lequel les opérateurs concernés sont autorisés à établir et exploiter leur réseau.

S'agissant des activités relatives au service téléphonique au public entre points fixes et aux liaisons louées, l'ART propose de retenir des marchés nationaux eu égard à la disparité des zones sur lesquelles les opérateurs ont été autorisés à établir leur réseau. En outre, l'ART indique ne «*pas avoir enregistré sur ces marchés de signe traduisant le développement significatif d'un opérateur sur une partie limitée du territoire*». Le Conseil relève toutefois que les activités de téléphonie fixe de France Télécom à Saint-Pierre et Miquelon, exercées, dans les faits, en monopole, ont été cédées à l'opérateur SAS SPM Télécom. Dès lors, il convient de retenir un marché limité à ce territoire.

S'agissant des activités relatives au service de téléphonie mobile au public et à l'interconnexion, l'ART propose de retenir cinq zones géographiques : la France métropolitaine, les Caraïbes (Guadeloupe, Martinique et Guyane), la Réunion, Mayotte et Saint-Pierre et Miquelon. Le Conseil estime que cette segmentation permet d'apprécier de façon pertinente la position des opérateurs sur les marchés.

■ B. - La situation des opérateurs

Saint-Pierre et Miquelon

SAS SPM Télécom dispose d'un monopole de fait sur les activités de téléphonie fixe, de liaisons louées, de téléphonie mobile et d'interconnexion à Saint-Pierre et Miquelon, ce qui pourrait conduire à faire figurer cet opérateur sur les listes établies en application des (a), (b), (c) et (d) de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications, sous réserve que les critères subsidiaires mentionnés par cet article soient également remplis en l'espèce.

Avis / 02-A-14

1223

Toutefois, les obligations qu'il conviendrait d'imposer, à ce titre, à SAS SPM Télécom, telles que la publication d'une offre de référence en matière d'interconnexion, peuvent apparaître inadaptées aux dimensions de cet opérateur et du territoire en cause. Or, le Conseil note que le cadre réglementaire commun pour les réseaux et services de communications électroniques des directives 2002/19/CE, 2002/20/CE, 2002/21/CE et 2002/22/CE, dont les dispositions transposées devront s'appliquer à compter du 25 juillet 2003, prévoit, notamment, la possibilité d'imposer à un opérateur réputé puissant sur un marché des obligations variées suivant la situation de la concurrence effective ou potentielle sur le marché en cause. La position de SAS SPM Télécom pourra donc, dès l'an prochain, faire l'objet d'un examen plus adapté aux circonstances de l'espèce. A cette fin, il importe que cet opérateur puisse, dès à présent, tenir à la disposition des autorités compétentes les données nécessaires à cet examen.

Service téléphonique au public entre points fixes

Dans sa décision n° 02-593, l'ART a considéré que France Télécom devait figurer, pour l'année 2003, sur la liste établie en application du (a) de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications. Compte tenu des données individuelles avancées par l'ART dans la présente saisine concernant les autres opérateurs, le Conseil est d'avis que France Télécom est le seul opérateur à devoir figurer sur cette liste.

1224

Liaisons louées

Dans sa décision n° 02-593, l'ART a considéré que France Télécom devait figurer, pour l'année 2003, sur la liste établie en application du (b) de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications. Compte tenu des données individuelles avancées par l'ART dans la présente saisine concernant les autres opérateurs, le Conseil est d'avis que France Télécom est le seul opérateur à devoir figurer sur cette liste.

Service de téléphonie mobile au public

S'agissant de la France métropolitaine, des Caraïbes et de la Réunion, l'ART propose de faire figurer, pour l'année 2003, Orange France, SFR, Orange Caraïbes et SRR, pour ses activités à la Réunion, sur la liste établie en application du (c) de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications. Le Conseil estime également que ces opérateurs remplissent l'ensemble des critères énumérés par cet article, et ce, contrairement aux autres opérateurs de ces zones, notamment Bouygues Télécom Caraïbes et Orange Réunion, qui, bien que disposant de parts de marché en terme de parc supérieures à [...] %, réalisent moins de [...] % du chiffre d'affaires du marché de détail.

S'agissant de Mayotte, le Conseil est d'avis que le fait d'imposer dès à présent à SRR, pour ses activités de téléphonie mobile à Mayotte, pour lesquelles cet opérateur a été autorisé à établir un réseau le 26 avril 2001 seulement, des obligations exorbitantes du droit commun de l'interconnexion pourrait avoir pour effet de remettre en cause la croissance du marché. En outre, il note que le revenu moyen par minute dégagé par SRR à Mayotte

sur le marché de détail se situe dans la moyenne de ceux dégagés par les opérateurs des autres zones géographiques.

Interconnexion

S'agissant de la France métropolitaine, des Caraïbes et de la Réunion, l'ART propose de faire figurer, pour l'année 2003, Orange France, SFR, Orange Caraïbes et SRR, pour ses activités à la Réunion, sur la liste établie en application du (d) de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications. Le Conseil estime également que ces opérateurs remplissent l'ensemble des critères énumérés par cet article, et ce, contrairement aux autres opérateurs de ces zones, notamment Bouygues Télécom Caraïbes et Orange Réunion qui réalisent moins de [...] % du chiffre d'affaires du marché de l'interconnexion.

S'agissant de Mayotte, le Conseil note que le revenu moyen par minute dégagé par SRR à Mayotte sur le marché de l'interconnexion se situe également dans la moyenne de ceux dégagés par les opérateurs des autres zones géographiques.

Enfin, le Conseil prend acte du fait que l'ART n'a pas souhaité, dans sa décision n° 01-1206 du 14 décembre 2001, faire figurer France Télécom sur la liste établie en application du (d) de cet article dans la mesure où *« bien que France Télécom dispose d'une part de marché en volume prépondérante sur le marché national de l'interconnexion, sa désignation comme opérateur puissant sur ce marché ne l'assujettirait pas à des obligations supplémentaires au regard de celles qui résultent de sa désignation comme opérateur exerçant une influence significative sur le marché de détail de la téléphonie fixe et celui des liaisons louées. »*

En conclusion, le Conseil est d'avis, au vu des éléments en sa possession, que doivent figurer, pour l'année 2003, sur les listes établies en application des (a), (b), (c) et (d) de l'article L. 36-7 (7°) du code des postes et télécommunications, respectivement :

- (a) : France Télécom ;
- (b) : France Télécom ;
- (c) : Orange France, SFR, Orange Caraïbes et SRR, au titre de ses activités à la Réunion ;
- (d) : Orange France, SFR, Orange Caraïbes et SRR, au titre de ses activités à la Réunion.

Enfin, la situation de SAS SPM Télécom pourra, dès l'année prochaine, faire l'objet d'un examen plus adapté aux particularités des marchés de la collectivité territoriale de Saint-Pierre et Miquelon.

Délibéré, sur le rapport oral de M. Soriano, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente et M. Nasse, vice-président.

La rapporteure générale adjointe,
Nadine Mouy

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Avis / 02-A-14

1225

02-A-15

Avis n° 02-A-15 du 23 décembre 2002 relatif à la reprise de la société Ouest répartition pharmaceutique par la société Alliance santé distribution

Le Conseil de la concurrence (section III A)

Vu la lettre du 25 septembre 2002, enregistrée sous le numéro 02/0085/A, par laquelle le ministre de l'économie, des finances et de l'industrie a saisi le Conseil de la concurrence, en application des dispositions des articles L. 430-1 à L. 430-7 du code de commerce, d'une demande d'avis relative à la reprise de la société Ouest répartition pharmaceutique (ORP) par la société Alliance santé distribution, dans le secteur de la répartition pharmaceutique ;

Vu le livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence, et notamment ses articles L. 430-1 à L. 430-7, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant ses conditions d'application ;

Vu les observations présentées par les représentants de la société Alliance santé distribution et le commissaire du Gouvernement ;

Vu les autres pièces du dossier ;

Les rapporteurs, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement et les représentants de la société Alliance santé distribution entendus lors de la séance du 17 décembre 2002 ;

Adopte l'avis fondé sur les constatations et les motifs ci-après exposés :

I. - Les entreprises parties à l'opération

■ A. - La société Alliance santé distribution

1. Alliance santé distribution a été constituée à la suite de la fusion, en 1999, des sociétés IFP Santé, ORPEC et ERPI Santé. Elle est la filiale à 98,6 % de Alliance santé France, elle même filiale à 100 % du groupe britannique de distribution pharmaceutique Alliance UniChem qui assure 20 % des ventes au niveau européen et est classé quatrième au plan mondial. En France, Alliance santé, avec 55 établissements répartis sur le territoire, est le deuxième opérateur du marché avec un peu moins de 30 % de parts de marché. Son chiffre d'affaires s'est élevé à 4,8 milliards d'euros en 2001 soit 31,8 milliards de francs.

■ B. - La société Ouest répartition pharmaceutique

2. La société Ouest répartition pharmaceutique (ORP) a été créée à Auray, en 1991, par deux répartiteurs, COF de Niort et CERP Bretagne Nord. Depuis janvier 2002, son capital est réparti à parts égales entre six actionnaires dont l'un est Alliance santé distribution. Son chiffre d'affaires est passé de 139 millions de francs en 1994 à 1,5 milliards de francs en 2001, soit une multiplication par dix en sept ans. ORP, avec trois établissements implantés à Auray (56), Flers-en-Escrebieux (59) et à Rupt-sur-Moselle (88), est le cinquième opérateur sur le marché français avec 1,47 % de parts de marché.

3. ORP a un positionnement particulier sur le marché. Tout en continuant à assumer les obligations traditionnelles qui s'imposent à tout répartiteur (voir § 18), notamment quant aux stocks et aux pluri-livraisons journalières (full-liner), elle propose des mono-livraisons quotidiennes, voire hebdomadaires (short-liner). Les remises associées à ce type de service réduit sont plus importantes, sans pour autant dépasser les plafonds réglementaires.

Avis / 02-A-15

1227

■ II. - L'opération notifiée

■ A. - Les difficultés de la société Ouest répartition pharmaceutique (ORP) et les offres de reprise présentées au tribunal de commerce

4. ORP a été déclarée en état de cessation de paiement le 28 janvier 2002. Le bilan économique et social, établi par les administrateurs désignés par le tribunal de commerce de Nantes, relate les difficultés qui ont mené au dépôt de bilan et à l'ouverture de la procédure de redressement judiciaire. Il note que l'accroissement très sensible du chiffre d'affaires, passé de 21,19 millions d'euros en 1994 à 236 millions en 2001, a généré d'importants besoins en fonds de roulement qui n'ont pas été pris en compte par les gestionnaires. Ces besoins ont été d'autant plus importants qu'ORP a entrepris de livrer jusque dans le sud-est, à partir de ses établissements situés dans l'ouest et le nord, générant des coûts de transports élevés. Dans le même temps, l'entreprise a consenti aux clients des conditions commerciales plus favorables que celles couramment pratiquées dans la profession, provoquant ainsi une dégradation de la marge brute. En conséquence, le déficit a plus que décuplé en quatre ans, passant de - 89 779 € en 1997 à - 9 702 429 € en 2001.

5. A plusieurs reprises, les dirigeants d'ORP ont été alertés sur les risques générés par cette politique commerciale. En avril 2000, le conseil d'admi-

nistration note qu'un accord de collaboration commerciale conclu avec le groupement de pharmaciens Giropharm générera un besoin en capitaux propres de 50 millions de francs. A nouveau, le conseil d'administration du 19 décembre 2000 signale que les banques, constatant l'endettement croissant et la forte hausse du chiffre d'affaires, souhaitent «*vivement*» que les fonds propres soient renforcés, les besoins étant chiffrés à 60 millions de francs. Le bilan financier dressé lors du conseil d'administration du 26 novembre 2001 constate que, face à une hausse de 26 % du chiffre d'affaires, la marge brute ressort à - 0,27 %, la masse salariale a cru de 18 %, le transport sur vente est trop élevé, les pertes, à hauteur de 20,5 millions de francs, ont plus que doublé par rapport à la même période 2000, tandis que les capitaux propres sont de 33,2 millions de francs contre 53,7 millions en décembre 2000.

6. Les tentatives de recapitalisation d'ORP, faites en 2000 et 2001, échouent, notamment en raison des désaccords entre les actionnaires et de leurs exigences financières très élevées au vu de la situation de l'entreprise. En particulier, ORP a rejeté l'offre de la société Phoenix Pharma. Les ultimes négociations menées fin 2001 aboutissent à l'agrément, par le conseil d'administration du 9 janvier 2002, de la société Alliance santé comme nouvel actionnaire, et une assemblée générale extraordinaire est convoquée pour le 29 janvier 2002. Toutefois cette décision est trop tardive pour empêcher la mise en redressement judiciaire d'ORP, le 28 janvier 2002, par jugement du tribunal de commerce de Nantes. L'acquisition par la société Alliance santé distribution de la société Ouest répartition pharmaceutique s'effectue dans le cadre de cette procédure.

7. Un rapport d'expertise du 4 juillet 2002, établi à la demande des administrateurs judiciaires, expose diverses anomalies constatées dans la gestion de la société ORP. [...].

8. Par jugement en date du 26 juin 2002, le tribunal de commerce de Nantes arrête le plan de continuation soumis par Alliance santé, après avoir constaté qu'il s'agit de la seule offre présentée, en notant que ce plan permet d'envisager positivement la pérennité de l'entreprise, le maintien de la quasi totalité des emplois et un désintéressement non négligeable des créanciers.

■ B. - Le plan de continuation d'Alliance santé

9. Ce plan consiste essentiellement à maintenir l'activité et les effectifs dans leur intégralité, en conservant la société ORP dont Alliance santé sera le principal actionnaire avec plus de 80 % du capital. ORP accèdera aux services d'automatisation des agences, de télétransmission et d'informatique de réseau mis en place par Alliance et bénéficiera, auprès des fournisseurs, des conditions d'achat et de règlement négociées par le groupe.

III. - Contrôlabilité

10. La contrôlabilité d'une opération de concentration relève de la combinaison des articles L. 430-1 et L. 430-2 du code du commerce.

11. Aux termes de l'article L. 430-1 du code du commerce : *«I. Une opération de concentration est réalisée : 1°- Lorsque deux ou plusieurs entreprises antérieurement indépendantes fusionnent ; 2°- Lorsqu'une ou plusieurs personnes, détenant déjà le contrôle d'une entreprise au moins ou lorsqu'une ou plusieurs entreprises acquièrent, directement ou indirectement, que ce soit par prise de participation au capital ou achat d'éléments d'actifs, contrat ou tout autre moyen, le contrôle de l'ensemble ou de parties d'une ou plusieurs autres entreprises. (...)*

«III. Aux fins de l'application du présent titre, le contrôle découle des droits, contrats ou autres moyens qui confèrent, seuls ou conjointement et compte tenu des circonstances de fait ou de droit, la possibilité d'exercer une influence déterminante sur l'activité d'une entreprise, et notamment : .des droits de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens d'une entreprise ; .des droits ou des contrats qui confèrent une influence déterminante sur la composition, les délibérations ou les décisions des organes d'une entreprise.»

12. La société Alliance santé détient, après l'opération, 41 998 des 50 000 actions de la société ORP, soit 84 % de son capital. L'opération constitue donc une concentration au sens du texte précité.

13. L'article L. 430-2 du code du commerce définit les seuils de chiffre d'affaires au delà desquels une opération de concentration est contrôlable *«(...). le chiffre d'affaires total mondial hors taxes de l'ensemble des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales parties à la concentration est supérieur à 150 millions d'euros ; (...). le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par deux au moins des entreprises ou groupes des personnes physiques ou morales concernés est supérieur à 15 millions d'euros».*

14. Avec des chiffres d'affaires France consolidés s'élevant respectivement, pour 2001, à 228 millions d'euros pour ORP et 4,84 milliards d'euros pour Alliance santé, les deux entreprises se situent au delà des seuils rappelés ci-dessus.

Avis / 02-A-15

1229

IV. - Délimitation des marchés concernés par l'opération

15. Les deux sociétés concernées par l'opération ont, pour activité principale, la distribution des médicaments aux officines pharmaceutiques. Elles ont, pour activité accessoire, la distribution de produits de dermo-cosmé-

tique et de parapharmacie. Ces deux catégories de produits, dont la vente auprès du consommateur n'est pas réservée exclusivement au circuit officinal, sont principalement distribuées par d'autres canaux que celui des grossistes répartiteurs. Par conséquent, l'opération soumise à l'examen du Conseil n'a pas d'impact sensible sur la situation de la concurrence sur les marchés de ces deux catégories de produits.

16. Les effets de l'opération peuvent être appréciés à deux niveaux : celui, en amont, de l'approvisionnement des répartiteurs par les laboratoires, d'une part, celui, en aval, de l'approvisionnement des officines par les répartiteurs, d'autre part.

17. En ce qui concerne l'approvisionnement en spécialités pharmaceutiques des officines par les répartiteurs, les spécificités de cette activité permettent de considérer qu'elle constitue un marché pertinent.

18. En effet, il existe 300 laboratoires et environ 280 fabricants d'accessoires ou de dispositifs paramédicaux en France, et leurs produits sont distribués par 22 700 officines en métropole. 75 % des 7 300 spécialités pharmaceutiques se vendent, en moyenne, à moins d'une unité par mois et par officine et seulement 2 % se vendent à plus de 10 unités. Une pharmacie doit être en mesure de délivrer dans la journée les médicaments prescrits. Les grossistes-répartiteurs pharmaceutiques, intermédiaires logistiques entre les laboratoires et les pharmacies, sont organisés pour livrer sous quelques heures, et quel que soit l'endroit, les médicaments qui leurs sont commandés par les officines. Le code de la santé publique fixe les modalités d'exercice de l'activité de grossiste répartiteur. Chaque établissement doit justifier d'une autorisation d'ouverture et doit déclarer le territoire sur lequel il exerce son activité de répartition. Toute commune dans laquelle l'établissement dessert habituellement au moins une officine fait partie de ce territoire. L'établissement doit disposer en permanence d'un assortiment de médicaments comportant au moins 90 % des présentations effectivement exploitées en France avec un stock correspondant à 15 jours de vente. Il doit être en mesure de livrer, dans les 24 heures suivant la réception de la commande, tout médicament faisant partie de son assortiment et il doit pouvoir livrer tout médicament à toute officine qui le lui demande. Ainsi, les répartiteurs n'ont le choix ni de leurs fournisseurs ni de leurs clients.

19. En ce qui concerne l'étendue géographique de ce marché, la zone de chalandise couverte par chaque établissement est contrainte, d'une part, par la densité de la couverture du territoire en officines et, d'autre part, par les obligations réglementaires qui pèsent sur les répartiteurs en termes de stocks, de fréquence et de délais de livraison. Les coûts de transports et de logistique induits par une zone de chalandise trop étendue pèsent rapidement sur la rentabilité du répartiteur. Ainsi, les difficultés d'ORP sont nées en partie de l'extension de ses livraisons dans le sud-est du territoire, à partir de ses entrepôts situés dans le nord de la France.

20. Dans sa décision du 5 avril 1993 rendue à l'occasion de la prise de participation du groupe GEHE dans OCP, la Commission européenne expose que *«Si l'on considère (...) le marché pertinent du point de vue géogra-*

phique comme le territoire sur lequel l'offre et la demande se confrontent dans des conditions concurrentielles suffisamment homogènes, on ne peut délimiter que des marchés régionaux formés par les territoires de livraison des établissements des concurrents, territoires qui se chevauchent.»

21. Les données chiffrées communiquées par les opérateurs du marché confirment le caractère local des ventes aux officines. L'étendue de ces zones de chalandise est variable et dépend de la densité et de la qualité du réseau routier, de la densité de circulation, de la densité d'implantation des pharmaciens. Par exemple, pour Alliance santé, la distance maximale de livraison de l'établissement de Bastia est de 203 km, celle de l'établissement de Bayonne est de 148 km. Pour Amiens, le délai de livraison maximum est de 2 heures 15 minutes, pour Bordeaux, il est de 1 heure 15 minutes.

22. Enfin, bien que les trois principaux grossistes-répartiteurs soient présents sur l'ensemble du territoire national, on constate une grande disparité de leurs parts de marché au niveau local, celle d'Alliance santé variant par exemple de 60 % à Tours à 6,5 % à St Brieuc. Le troisième d'entre eux, CERP, est d'ailleurs organisé en quatre sociétés régionales indépendantes. En ce qui concerne les petits concurrents, tels ORP et Phoenix, leur implantation est concentrée sur certaines régions (nord pour ORP, région parisienne pour Phoenix).

23. En ce qui concerne l'approvisionnement des répartiteurs par les laboratoires et les fabricants d'accessoires ou de dispositifs paramédicaux, les politiques d'achat des trois grands grossistes répartiteurs sont centralisées au niveau national, y compris pour les CERP qui ont constitué une centrale d'achat nationale. Il y a donc lieu de considérer que ce marché est national.

Avis / 02-A-15

1231

V. - Bilan concurrentiel

■ A. - Le contexte concurrentiel préexistant à l'opération est peu favorable aux comportements offensifs

24. Outre ASD, qui a réalisé, en 2001, 28,3 % des ventes au niveau national, deux autres acteurs principaux sont présents sur le marché de la répartition pharmaceutique : OCP, filiale du groupe allemand Gehe, leader européen, détenait 40,1 % du marché en 2001 ; les CERP, coopératives de pharmaciens, totalisaient 25,92 % du marché, dont 12,82 % pour CERP Rouen, 7,07 % pour CERP Rhin-Rhône-Méditerranée, 3,97 % pour CERP Lorraine et 2,07 % pour CERP Bretagne/Nord. Le marché est donc très concentré, les trois principaux concurrents, OCP, Alliance santé et CERP Rouen totalisant 81,3 % du marché en 2001. Si les CERP sont considérées comme une seule entité, ce poids s'élève à 94,1 %. Dans ce dernier cas,

les parts de marché des membres de cet oligopole sont, de plus, relativement symétriques. Les autres entreprises présentes ont des parts de marché plus modestes : 3,34 % pour Phoenix Pharma, filiale d'un grand groupe allemand de répartition, 1,47 % pour ORP, 0,35 % et 0,25 %, respectivement, pour Sogiphar et RBP Pharma, récemment créées par des groupements de pharmaciens.

25. Sur ce marché, la réglementation rend les prestations et les prix extrêmement homogènes. De plus, la demande de médicament correspond à sa prescription par le corps médical ; elle est donc inélastique au prix. Cette rigidité au regard des prix est encore accentuée du fait de l'encadrement réglementaire des prix, des marges et des remises commerciales.

26. Le marché est rendu transparent d'une part, par l'existence d'un suivi mensuel et départemental des parts de marchés, établi par la chambre syndicale de la répartition pharmaceutique et, d'autre part, par l'existence de fortes relations de proximité avec l'officine.

27. L'entrée sur ce marché est confrontée à des barrières importantes. Les obligations réglementaires qui pèsent sur les répartiteurs en termes de stocks, de fréquence et de délais de livraison, conjuguées à la densité de la couverture du territoire en officines, en font une activité aux coûts fixes élevés. Les marges étant par ailleurs réglementées, la rentabilité des répartiteurs repose sur le développement des volumes de ventes. De plus, la demande des officines est relativement rigide, comme en témoignent les taux de reconduction très élevés des répartiteurs. Enfin, les laboratoires pharmaceutiques ont récemment mis en place des quotas de livraisons annuels, indexés sur les ventes des années précédentes, afin de lutter contre les circuits d'exportations parallèles, ce qui contribue encore à fermer l'accès à l'activité de grossiste-répartiteur.

28. Ainsi, ce marché présente la plupart des caractéristiques défavorables à l'exercice d'une concurrence effective entre les membres de l'oligopole. Le Conseil a déjà été amené à faire cette analyse en constatant que des accords de répartition des parts de marché avaient été négociés de 1993 à 1997 entre les sociétés OCP, ASD et CERP Rouen, pratiques qu'il a condamnées dans sa décision n° 01-D-07 du 29 mai 2001. Le Conseil avait notamment constaté dans cette décision, qu'en dépit de la réglementation des remises, la conquête de parts de marché par l'un des répartiteurs pouvait entraîner une guerre commerciale susceptible de le contraindre à respecter les accords de répartition : *«En trois semaines, du 1^{er} au 20 octobre 1996, les répartiteurs auraient perdu, à la suite de la guerre commerciale menée dans la région parisienne, un tiers de leur résultat et dégradé leur trésorerie de plusieurs dizaines de millions de francs.»*.

29. Plusieurs facteurs, susceptibles de favoriser une évolution vers un comportement concurrentiel plus offensif des principaux acteurs sur ce marché, peuvent cependant être signalés.

30. En premier lieu, une partie des achats des pharmaciens (spécialités non remboursables et génériques), sont faits directement auprès des laboratoires. Les génériques ne représentent pour le moment qu'une part limitée des spécialités pharmaceutiques mais devraient connaître une forte croissance,

favorisée par les pouvoirs publics. Ainsi, la remise peut s'élever à 10,74 % pour les ventes de génériques. De plus, les laboratoires ont fait des ventes directes une stratégie de conquête de parts de marché (le pharmacien est prescripteur de générique). Ce circuit de vente bénéficie par ailleurs d'un avantage de coût puisqu'il n'est pas soumis, contrairement aux ventes des grossistes répartiteurs, à la taxe ACOSS. La croissance de la part des achats de médicaments effectués par les officines directement aux laboratoires est d'ores et déjà perceptible : 11,15 % en 2001 contre 8,7 % en 2000 et 7,49 % en 1999.

31. En second lieu, l'entrée sur le marché de la répartition pharmaceutique est relativement plus facile pour une société affiliée à un groupement de pharmaciens, puisque ses adhérents ont un intérêt direct à travailler avec le répartiteur du groupement ce qui lui garantit un certain volume d'affaires lui permettant de rentabiliser son investissement. Sogiphar, qui est une émanation du groupement de pharmaciens Giphar (1 200 pharmaciens répartis sur toute la France), a atteint en 2001, année de sa création, 0,35 % de part de marché. Son représentant a déclaré que Sogiphar avait été créée pour réagir à la concentration du secteur : *« Cette décision, plus politique qu'économique, permet à notre coopérative de disposer d'un contre-pouvoir face à la toute puissance des trois groupes de répartition établis... »*. De même, RBP Pharma, créée en 2000 et apparentée au groupement Pharma référence, a atteint 0,26 % de part en marché en 2001. Le représentant du groupement de pharmaciens Népenthes (3 600 adhérents) indique également : *« Notre part de marché en nombre d'officines adhérentes est de 15 % du marché et nous avons l'intention d'organiser notre propre réseau de distribution »*.

Avis / 02-A-15

1233

■ B. - L'acquisition d'ORP par Alliance santé, ou sa disparition, ne sont toutefois pas de nature à avoir un effet négatif sur ce contexte concurrentiel

a) - L'opération ne renforce pas le pouvoir de marché d'Alliance santé

32. Au niveau national, l'apport de la part de marché d'ORP, soit 1,47 %, à Alliance santé porterait la part de la nouvelle entité à 29,8 %. Il apparaît donc trop limité pour avoir un effet sur le pouvoir de marché d'Alliance santé, tant sur le marché de l'approvisionnement des répartiteurs par les laboratoires, qu'en ce qui concerne la livraison des officines en médicaments.

33. Au niveau local, deux séries de données sont disponibles : l'une, communiquée par la société Alliance santé, donne les parts de marché par département, sachant que les zones de chalandise des établissements sont, en fait, plus larges ; l'autre compare les parts des acteurs présents sur les zones de chalandises d'OCP qui dispose de 33 établissements sur le territoire national.

34. Deux, au moins, parmi les trois principaux répartiteurs, opèrent sur chaque département. En conséquence, la disparition d'ORP laisse comme alternative aux officines au moins deux des principaux répartiteurs. Dans l'Ariège, où Alliance santé réalise, avant l'opération, une part majoritaire des ventes (57,4 %), les ventes d'ORP sont trop limitées (1,9 %) pour conférer au nouvel ensemble un avantage sensiblement accru. Dans les Hauts-de-Seine, il atteindrait 48,3 % (ORP avait 7,8 % et Alliance 40,5 %), contre 44,3 % pour OCP, CERP Rouen avoisinant 7,4 %.

35. En ce qui concerne les parts de marché sur les 33 zones de chalandises couvertes par les établissements OCP, l'acquisition d'ORP par Alliance santé ne modifie pas non plus significativement la répartition observée avant l'opération. Sur l'établissement du Mans, le nouvel ensemble atteint 57,17 % de parts de marché mais la situation préexistait à l'opération, l'apport d'ORP étant limité à 1 %. Sur l'établissement de Tours, le nouvel ensemble atteint 62,01 % de part de marché mais Alliance santé atteignait déjà 60,65 % avant l'opération.

36. L'opération n'est donc pas de nature à avoir un impact significatif sur la position occupée par le nouvel ensemble, quelque soit l'étendue du marché géographique considéré.

b) - ORP n'exerçait pas de pression concurrentielle soutenable sur le marché concerné

37. La politique commerciale d'ORP, basée sur un service réduit en échange de remises plus importantes, a pu être considérée comme gênante par les principaux acteurs du marché. Dans sa décision n° 01-D-07 précitée, le Conseil a, en effet, condamné des pratiques concertées mises en œuvre, en 1998, par CERP Rouen et OCP (Alliance santé n'y ayant pas participé) pour faire échec à l'implantation d'ORP dans la région Nord et en Seine-Maritime. Ces pratiques consistaient en l'amélioration très substantielle des conditions commerciales consenties aux pharmaciens ou en des mesures de rétorsion dirigées contre ceux qui choisissaient ORP.

38. Mais, on ne peut déduire de l'existence de mesures de rétorsion ciblées qu'ORP exerçait sur les membres de l'oligopole une pression concurrentielle significative de nature à les amener à améliorer, de façon prolongée, les conditions financières consenties ou la qualité du service rendu.

39. En effet, la politique de prix agressive d'ORP n'était pas soutenable puisque ces prix étaient insuffisants pour assurer sa rentabilité. Comme il a été constaté aux paragraphes 4 à 7 ci-dessus, il ressort du bilan effectué par les administrateurs judiciaires et des comptes rendus des conseils d'administration d'ORP que son incapacité à se maintenir sur le marché a eu pour cause une rentabilité insuffisante due à des erreurs de gestion. Faute de moyens financiers pour se développer, ORP a tenté de desservir la France entière depuis les trois établissements dont il disposait, tous situés dans le nord de la France. Les coûts de transport élevés supportés pour ces livraisons ont largement absorbé les économies faites par ailleurs sur la fréquence des livraisons et la gestion du stock. Ainsi, les coûts d'exploitation

d'ORP s'élevaient à [...] %, alors qu'il n'effectuait qu'une livraison par jour, tandis que les coûts d'exploitation d'Alliance santé ressortent à [...] %, pour deux à trois livraisons/jour. Dans ces conditions, les remises plus importantes accordées aux officines, correspondant au service limité de short-liner, ne permettaient pas d'assurer la rentabilité de l'activité. Même si, comme l'a relevé le Conseil, les pratiques condamnées dans la décision n° 01-D-07 pouvaient expliquer qu'ORP n'ait pas véritablement réussi à s'implanter en Seine-Maritime, elles ne sont pas la cause des difficultés de l'entreprise puisque, avec une marge brute négative, ORP ne pouvait améliorer sa situation financière en accroissant ses volumes de vente.

40. Il ressort de ce qui précède que l'acquisition d'ORP par Alliance santé, ou sa disparition, n'est pas de nature à affaiblir significativement la pression concurrentielle qui peut s'exercer sur les grands acteurs du marché.

41. Il doit, enfin, être observé qu'ORP faisait face à un déficit chronique élevé et à la faiblesse de ses fonds propres. Ces difficultés persistaient depuis au moins cinq ans et les différentes tentatives des actionnaires, notamment courant 2001, pour trouver de nouveaux partenaires avaient échoué. Cette défaillance a conduit à la cessation de paiement de la société et à l'ouverture, le 28 janvier 2002, d'une procédure de redressement judiciaire par le tribunal de commerce de Nantes.

42. Dans le cadre de cette procédure, outre le plan proposé par Alliance santé, les administrateurs judiciaires ont reçu, en février 2002, trois déclarations d'intérêt pour la reprise d'ORP, émanant respectivement d'un avocat pour le compte de clients non identifiés, des Éditions Quo Vadis, représentant un fonds d'investissement, et de la société Phoenix pharma qui a demandé communication des comptes *«afin de préparer une offre»*. Mais ces trois manifestations d'intérêt n'ont été suivies d'aucune offre de reprise ou de continuation. Le seul projet formalisé a été celui d'Alliance santé, adressé aux administrateurs judiciaires le 15 avril 2002.

43. La défaillance d'ORP était donc inéluctable et en l'absence d'offres alternatives à celle d'Alliance, la seule issue à la procédure collective ouverte ne pouvait être que la liquidation judiciaire, c'est à dire la disparition d'ORP. Or, même dans l'hypothèse où ORP aurait exercé une pression concurrentielle significative sur le marché, sa disparition serait aussi préjudiciable au fonctionnement de la concurrence que sa reprise par Alliance santé. Les conditions définies par la jurisprudence communautaire (arrêt de la CJCE du 31 mars 1998 Kali + Saltz) pour considérer que l'opération concerne une entreprise défaillante et est neutre quant à son impact sur la concurrence, sont donc réunies quelque soit l'appréciation que l'on porte sur les effets de l'opération.

44. Au surplus, il n'est pas exclu que l'acquisition d'ORP par Alliance santé soit moins préjudiciable pour la concurrence que sa disparition. En effet, dans la mesure où le repreneur a annoncé son intention de maintenir la marque et le concept de livraison, il favorise le maintien sur le marché d'une forme de vente, dite *«short liner»*, considérée par les autres opérateurs du marché comme un élément de différenciation de l'offre et comme un facteur de concurrence. Dès lors que cette catégorie de service répond à une

demande des officines, il s'agit d'une avancée qui pourrait être suivie par les principaux concurrents. Le groupement Plus Pharmacie considère ainsi que l'opération n'aura pas d'impact pour lui ou ses adhérents et que : «(...) *sans doute la concurrence entre grossistes va être plus forte.*». Le représentant du groupement de pharmaciens Népentès (3 600 adhérents) déclare également : «*l'autre opérateur (OCP) réagira en essayant de récupérer des parts de marché.*». Ses propos sont confirmés par OCP : «*le précédent ainsi créé par l'opération risque d'inciter d'autres groupements et d'autres sociétés à développer une activité de short-liner. Par un effet boule de neige, amplifié par l'accroissement constant du nombre de pharmaciens adhérents à un groupement, le fonctionnement du marché pourrait être totalement modifié.*».

Sur la base des constatations qui précèdent, le Conseil de la concurrence est d'avis :

Que la concentration résultant de la reprise de la société Ouest répartition pharmaceutique par la société Alliance santé distribution n'est pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés.

Délibéré, sur le rapport de M^{me} Joly et M. Komiha, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente, M. Jenny, vice-président, M^{me} Renard-Payen, MM. Bidaud, Flichy, Gauron et Ripotot, membres.

1236

La rapporteure générale adjointe,
Nadine Mouy

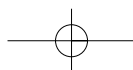
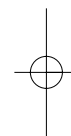
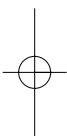
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

NOTA : 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 8 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence.



Décisions relatives à des demandes d'avis

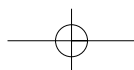
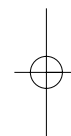
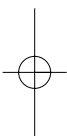


Décisions relatives à des demandes d'avis

Décisions relatives à des demandes d'avis 1237

Décision n° 02-DA-01 du 27 juin 2002 relative à 1241
une demande d'avis présentée par la Caisse nationale
des allocations familiales concernant l'acquisition
des licences de logiciels Microsoft

Décision n° 02-DA-02 du 27 juin 2002 relative à 1243
une demande d'avis présentée par la Mutuelle Préviade
concernant un projet de garanties optiques



02-DA-01

Décision n° 02-DA-01 du 27 juin 2002 relative à une demande d'avis présentée par la Caisse nationale des allocations familiales concernant l'acquisition des licences de logiciels Microsoft

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 29 mars 2002 sous le numéro 02/0045/A, par laquelle la Caisse nationale des allocations familiales (CNAF) a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative aux conditions de distribution des licences des logiciels édités par la société Microsoft ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus au cours de la séance du 29 mai 2002 ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 462-1 du code de commerce, 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 agréés, 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 à l'autre des catégories mentionnées dans cette énumération ;

Considérant que la CNAF est un établissement public national à caractère administratif, qu'elle ne peut en conséquence être regardée ni comme une collectivité territoriale, ni comme une organisation professionnelle, ni comme une organisation de consommateurs agréée au sens de l'article L. 462-1 du code de commerce précité ;

Considérant, dans ces conditions, que la CNAF n'est pas au nombre des personnes ou organisations autorisées par l'article L. 462-1 du code de commerce, à saisir le Conseil pour avis ; que sa demande doit être déclarée irrecevable.

Décide

Article unique : La demande d'avis enregistrée sous le numéro 02/0045/A est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport de M^{me} Bleys, par M^{me} Hagelsteen, présidente, M^{me} Pasturel, vice-présidente, M. Jenny, vice-président.

La rapporteure générale adjointe,
Valérie Michel-Amsellem

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

02-DA-02

Décision n° 02-DA-02 du 27 juin 2002 relative à une demande d'avis présentée par la Mutuelle Préviade concernant un projet de garanties optiques

Le Conseil de la concurrence (commission permanente),

Vu la lettre enregistrée le 5 avril 2002 sous le numéro 02/0046/A, par laquelle la Mutuelle Préviade a saisi le Conseil de la concurrence d'une demande d'avis relative à un projet de garanties optiques qu'elle souhaite mettre en place ;

Vu le livre IV du code de commerce, relatif à la liberté des prix et de la concurrence, le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 modifié, fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1^{er} décembre 1986, ainsi que le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du code de commerce ;

La rapporteure, la rapporteure générale adjointe, le commissaire du Gouvernement entendus au cours de la séance du 29 mai 2002 ;

Considérant qu'aux termes de l'article L. 462-1 du code de commerce, 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 agréés, 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 qu'aux termes de l'article L. 111-1-I du code de la mutualité, les mutuelles sont des personnes morales de droit privé à but non lucratif qui mènent, notamment au moyen de cotisations versées par leurs membres et dans l'intérêt de ces derniers ou de leurs ayants droits, une action de prévoyance, de solidarité et d'entraide, dans les conditions prévues par leurs statuts, afin de contribuer au développement culturel, moral, intellectuel et physique de leurs membres et à l'amélioration de leurs conditions de vie ; que du point de vue du droit de la concurrence, une mutuelle est, en principe, assimilable à une entreprise ; qu'elle ne peut être regardée ni comme une organisation professionnelle ou syndicale, ni comme une organisation de consommateurs agréée au sens de l'article L. 462-1 du code du commerce précité ;

Considérant, dans ces conditions, que la Mutuelle Préviade n'est pas au nombre des personnes ou organisations autorisées par l'article L. 462-1 du code de commerce à saisir le Conseil pour avis et que sa demande doit être déclarée irrecevable.

Décide

Article unique : La demande d'avis enregistrée sous le numéro 02/0046/A est déclarée irrecevable.

Délibéré, sur le rapport de Mme Bleys, par Mme Hagelsteen, présidente,
M^{me} Pasturel, vice-présidente, M. Jenny, vice-président.

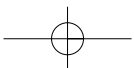
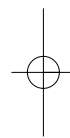
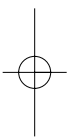
La rapporteure générale adjointe,
Valérie Michel-Amsellem

La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen



Index

1245



Index thématique

A

Absence d'élément suffisamment probant

V. Rejet

Abus de dépendance économique

- Conditions - Appréciation de la dépendance économique : 02-D-16 ; 02-D-24 ; 02-D-77 ; 02-A-08
- Pratiques abusives : 02-D-77

Abus de position dominante

- Appréciation de la position dominante

- Appartenance à un grand groupe : 02-D-03
- Augmentation du chiffre d'affaires : 02-D-03
- Caractéristiques tenant au marché
 - Existence de nombreux opérateurs sur le marché : 02-D-35 ; 02-D-44
 - Existence d'une recherche et d'une innovation intense sur le marché : 02-D-35 ; 02-D-68
- Caractéristiques tenant au produit : 02-D-44
- Contrat d'exclusivité : 02-D-03 ; 02-D-68 ; 02-D-69 ; 02-MC-01 ; 02-MC-05
- Détention d'une position dominante sur un marché connexe : 02-D-34 ; 02-D-63 ; 02-MC-02 ; 02-MC-04 ; 02-MC-05
- Diminution des parts de marché de l'entreprise en position dominante : 02-D-77

- Groupe d'entreprises – liens économiques entre les entreprises : 02-D-44 ; 02-D-63 ; 02-D-68

- Influence déterminante : 02-A-10 ; 02-A-14

- Infrastructure essentielle : 02-D-16 ; 02-D-38 ; 02-MC-03 ; 02-MC-04 ; 01-A-18 ; 02-A-05 ; 02-A-08

- Intégration verticale : 02-MC-01

- Monopole de droit / légal : 02-D-16 ; 02-D-63 ; 02-D-69 ; 02-MC-04 ; 02-MC-05 ; 01-A-18 ; 02-A-03

- Monopole de fait : 02-D-31 ; 02-D-32 ; 02-D-33 ; 02-D-34 ; 02-D-38 ; 02-D-40 ; 02-D-47 ; 02-D-38 ; 02-D-40 ; 02-MC-02 ; 02-MC-04 ; 02-A-11

- Ouverture récente du secteur à la concurrence – existence d'un opérateur historique : 02-D-69

- Parts de marché : 02-D-03 ; 02-D-35 ; 02-D-38 ; 02-D-40 ; 02-D-44 ; 02-D-61 ; 02-D-68 ; 02-MC-01 ; 02-MC-03 ; 02-A-10 ; 02-A-14 ; 02-A-15

- Position dominante qualifiée dans de récentes décisions : 02-D-38 ; 02-MC-04 ; 02-MC-03

- Position économique au regard de celle des concurrents : 02-D-61

- Appréciation de la position dominante collective

- 02-D-44 ; 02-D-68

- Pratiques abusives

- Absence de solution alternative : 02-A-08
- Abus de droit ; action en justice : 02-D-35 ; 02-D-54 ; 02-D-68 ; 02-D-76
- Agissements déloyaux : 02-A-11
- Aides commerciales, financières et avantages – subventions croisées : 02-D-03 ; 02-D-18 ; 02-D-33 ; 02-D-34 ; 02-D-38 ; 02-D-61 ; 02-D-63 ; 02-D-68
- Changement de distributeur exclusif : 02-D-26
- Clause d'exclusivité : 02-D-03 ; 02-D-33 ; 02-MC-02 ; 02-MC-05
- Discrimination : 02-D-05 ; 02-D-16 ; 02-D-26 ; 02-D-31 ; 02-D-32 ; 02-D-34 ; 02-D-65 ; 02-D-69 ; 02-MC-01 ; 02-MC-02 ; 02-MC-03 ; 02-MC-04 ; 01-A-18 ; 02-A-03 ; 02-A-11
- Effet de ciseau tarifaire : 02-MC-04 ; 01-A-18 ; 02-A-05
- Entraves à l'entrée / l'accès d'un concurrent sur le marché ; moyens autres que ceux relevant de la concurrence par les mérites : 02-D-05 ; 02-D-33 ; 02-D-47 ; 02-D-65 ; 02-MC-04 ; 02-MC-05
- Exigence d'un abus : 02-D-40
- Filiales communes : 02-D-33
- Imposition de pressions, de menaces, d'exigences non justifiées, de manœuvres dilatoires : 02-D-16 ; 02-D-31 ; 02-D-32 ; 02-D-33 ; 02-D-47 ; 02-D-65 ; 02-D-68 ; 02-MC-04
- Modification du mode de distribution : 02-D-26
- Prix prédateurs : 02-D-34 ; 02-D-69 ; 02-MC-02 ; 01-A-18

- Prix élevés, injustifiés, abusifs, non orientés vers les coûts (niveau des tarifs) : 02-D-16 ; 02-D-18 ; 02-D-31 ; 02-D-32 ; 02-D-69 ; 02-MC-04 ; 02-A-05 ; 02-A-11
- Refus de répondre aux appels d'offres : 02-D-44
- Refus d'accès : 02-D-16 ; 02-D-05 ; 02-MC-05 ; 02-A-05 ; 02-A-08
- Refus de vente, de prestation ou de contracter : 02-D-16 ; 02-D-26 ; 02-D-65 ; 02-MC-01 ; 02-MC-02 ; 02-A-11
- Remise de fidélisation : 02-D-33 ; 02-A-11
- Répartition du marché : 02-MC-02
- Subventions croisées : 02-D-34 ; 02-D-38 ; 02-D-61 ; 02-D-63 ; 02-D-68 ; 02-A-06
- Séparation comptable entre les activités sous monopole et en concurrence : 02-A-06

Accès au dossier

- Communication des pièces : 02-D-59
- Envoi tardif des photocopies du dossier : 02-D-35

Accord horizontal / Entente horizontale

- Entente horizontale en matière d'appel d'offres : 02-D-17 ; 02-D-23 ; 02-D-29 ; 02-D-37 ; 02-D-43 ; 02-D-48 ; 02-D-55 ; 02-D-59 ; 02-D-61
- Entente horizontale entre entreprises indépendantes d'un même secteur : 02-D-36 ; 02-D-57 ; 02-D-62
- Entente horizontale organisée au sein d'un groupement : 02-D-14 ; 02-D-23 ; 02-D-59 ; 02-D-60 ; 02-A-12

Accord intra-groupe (entente)

02-D-67

Accord vertical**- Conditions générales de vente**

- Coopération commerciale : 02-D-08 ; 02-D-15 ; 02-D-39
- Discrimination : 02-D-08 ; 02-D-15 ; 02-D-39 ; 02-D-56
- Imposition de prix (entente sur les prix) : 02-D-42
- Refus de communication des conditions générales de vente : 02-D-56
- Remises différées : 02-D-15
- Remises qualitatives : 02-D-15
- Remises quantitatives : 02-D-67

- Distribution/réseau de distribution

- Distribution sélective
 - Boycott : 02-D-36
 - Conditions de licéité d'un réseau de distribution sélective : 02-D-01 ; 02-D-36
 - Critères de sélection des distributeurs/discrimination : 02-D-01 ; 02-D-36 ; 02-D-56
 - Imposition de prix de revente : 02-D-36
 - Interdiction des ventes croisées entre revendeurs agréés : 02-D-36
 - Interdiction de la revente à des vendeurs hors réseau : 02-D-36
 - Limitation de la liberté des revendeurs en matière de publicité par le fabricant : 02-D-36
 - Prise en compte du règlement d'exemption européen CE n° 2790/1999 : 02-D-01 ; 02-D-36

- Distribution exclusive
 - Exclusivité territoriale / Concurrence passive / Répartition de marché : 02-D-57
 - Prise en compte du règlement d'exemption européen CE n° 2790/1999 : 02-D-57

- Effet sensible, V. ce mot**Acte administratif et réglementaire***V. Compétence organique***Activité de production, de distribution et de service***V. Compétence matérielle***Agrément***V. Entente / Organisme***Alignement***V. Entente***Amende***V. Sanctions***Appel d'offres***V. Entente ; Marché pertinent***Approvisionnement exclusif***V. Accord vertical / Distribution exclusive***Association d'entreprises**

*V. Entente / Association ;
Offre en groupement ;
Organisation professionnelle ;
Organisme*

Audition

02-D-42 ; *V. aussi
Procès-verbal*

Autorité de la chose décidée

02-D-75

Avis relatifs à des projets de décrets

02-A-02 ; 02-A-03 ; 02-A-05

B

Barèmes de prix, Barèmes professionnels

02-D-14 ; 02-D-23 ; 02-D-43 ; 02-D-59

Barrières à l'entrée

02-A-04 ; *V. aussi Marché pertinent*

Boycott

(exclusion ; menace d'exclusion ; refus d'accès)

02-D-05 ; 02-D-14 ; 02-D-16 ; 02-D-36 ; 02-D-38 ; 02-D-60 ; 02-MC-01 ; 02-MC-02 ; 02-MC-06

C

Cession d'entreprises

V. Imputabilité

Concentration

02-A-01 ; 02-A-04 ; 02-A-07 ; 02-A-15

Concertation

- Accord, *V. Entente*
- Échange d'informations, *V. ce mot*
- Parallélisme de comportement, *V. ce mot*
- Pratique concertée, *V. Entente*
- Preuve, *V. ce mot*

Conditions générales de vente

V. Accord vertical / Conditions générales de vente

Compétence

- Compétence matérielle : 02-MC-07 ; 02-MC-09
- Compétence en matière d'avis : 02-A-08 ; 02-A-12

- Compétence organique du Conseil de la concurrence : 02-D-14 ; 02-D-15 ; 02-D-16 ; 02-D-18 ; 02-D-24 ; 02-D-27 ; 02-D-31 ; 02-D-38 ; 02-D-52 ; 02-D-58 ; 02-D-59 ; 02-D-62 ; 02-D-72 ; 02-D-73

Conseil de la concurrence

- Accès au dossier, *V. ce mot*
- Compétence, *V. ce mot*
- Décision, *V. Sanctions*
- Instruction, *V. Enquête ; Procès-verbal ; Droits de la défense ; Notification des griefs ; Rapport*
- Saisine, *V. ce mot*

Contradictoire

V. Droits de la défense

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme

V. Droits de la défense

Coopération commerciale

V. Conditions générales de vente / Coopération commerciale

D

Délégation de service public

02-D-21 ; 02-D-43 ; 02-D-44 ; 02-D-55 ; 02-D-58 ; 02-D-59 ; 02-MC-08

Délimitation du marché

V. Marché pertinent

De Minimis

02-D-36

Dépendance économique

V. Abus de dépendance économique

Discrimination

V. Abus de position dominante ; Entente

Distribution

V. Accord vertical

Dommage à l'économie

V. Sanctions

Droit applicable

(droit des pratiques anticoncurrentielles/concentrations)

02-D-44

Droit communautaire

- Affectation du commerce entre États-membres : 02-MC-07 ; 02-MC-09
- Application du droit communautaire : 02-MC-07 ; 02-MC-09
- Prise en compte du droit communautaire : 02-D-01 ; 02-D-36

Droits de la défense

- Ancienneté des faits : 02-D-57
- Communication des pièces, *V. Accès au dossier*
- Contradictoire : 02-D-14 ; 02-D-42
- Délai de réponse (dépôt d'observations et de pièces hors délai) : 02-D-35 ; 02-D-62
- Durée de la procédure : 02-D-42 ; 02-D-48 ; 02-D-59
- Impartialité : 02-D-14 ; 02-D-42 ; 02-D-44 ; 02-D-60
- Motivation de la saisine d'office : 02-D-44
- Notification des griefs complémentaires, *V. ce mot*
- Notification des griefs, *V. ce mot*
- Procès équitable, *V. Impartia-*

lité ; Contradictoire ; Publicité des séances

- Règle *non bis in idem* : 02-D-62

Droit de propriété (atteinte)

02-MC-06 ; 01-A-18 ; 02-A-08

E**Échanges d'informations**

V. Entente

Effet anticoncurrentiel

- Effet anticoncurrentiel : 02-D-14 ; 02-D-17 ; 02-D-33 ; 02-D-34 ; 02-D-36 ; 02-D-37 ; 02-D-42 ; 02-D-43 ; 02-D-44 ; 02-D-48 ; 02-D-57 ; 02-D-59 ; 02-D-60 ; 02-D-62 ; 02-D-67 ; 02-D-68 ; 02-D-69
- Entente entre soumissionnaires : 02-D-17 ; 02-D-23 ; 02-D-29 ; 02-D-37 ; 02-D-43 ; 02-D-59

Effet de portefeuille

02-A-01 ; 02-A-07

Effet sensible

- Abus de position dominante : 02-D-69
- Accord vertical : 02-D-56 ; 02-D-67 ; 02-D-68

Enquête

- Enquête lourde, visites et saisies : 02-D-42
- Régularité des procès-verbaux d'enquête, *V. Procès-verbal*

Entente

- Absence d'accord de volonté : 02-D-57
- Accord horizontal, *V. ce mot*

- Accord intra-groupe : 02-D-67 ;
V. aussi Offre en groupement
- Accord sur les prix, *V. Appel d'offres, Barèmes de prix, Fixation des prix, Prix imposés*
- Accord vertical, *V. ce mot*
- Accord, *V. Action concertée*
- Achat en commun : 02-MC-06
- Action concertée : 02-D-01 ; 02-D-08 ; 02-D-09 ; 02-D-15 ; 02-D-17 ; 02-D-23 ; 02-D-29 ; 02-D-36 ; 02-D-37 ; 02-D-39 ; 02-D-43 ; 02-D-48 ; 02-D-55 ; 02-D-57 ; 02-D-59 ; 02-D-61 ; 02-D-67 ; 02-D-76
- Alignement des comportements, de la politique de prix : 02-D-36 ; 02-D-44 ; 02-D-58
- Agrément/Adhésion à une organisation : 02-D-12 ; 02-D-14 ; 02-D-60
- Appel d'offres : 02-D-17 ; 02-D-23 ; 02-D-29 ; 02-D-37 ; 02-D-43 ; 02-D-48 ; 02-D-55 ; 02-D-59 ; 02-D-61
- Association regroupant les intervenants du marché/Groupe-ment : 02-D-14 ; 02-D-43 ; 02-D-59 ; 02-D-60 ; 02-D-76 ; 02-MC-06
- Autonomie de décision : 02-D-63 ; 02-D-67 ; 02-D-76
- Barèmes de prix/Barèmes professionnels : 02-D-23 ; 02-D-43 ; 02-D-59
- Boycott, *V. ce mot*
- Cession de droits exclusifs : 02-MC-06
- Clause d'exclusivité : 02-D-03
- Concertation sur la fixation / la hausse des prix : 02-D-39 ; 02-D-42 ; 02-D-57
- Conditions d'adhésion : 02-D-14 ; 02-D-43 ; 02-D-59 ; 02-D-60 ; 02-MC-06
- Conditions générales de vente, *V. Accord vertical*
- Coopération commerciale, *V. Accord vertical*
- Délégation de service public : 02-D-21 ; 02-D-43 ; 02-D-44 ; 02-D-55 ; 02-D-58 ; 02-D-59 ; 02-MC-08
- Dénigrement : 02-MC-06
- Devis de couverture : 02-D-62
- Discrimination/Pratiques discriminatoires : 02-D-08 ; 02-D-15 ; 02-D-56 ; 02-D-60
- Distribution exclusive, *V. Accord vertical*
- Distribution sélective, *V. Accord vertical*
- Échanges d'informations sur la fixation / la hausse des prix : 02-D-39 ; 02-D-42 ; 02-D-57 ; 02-A-12
- Échanges d'informations avant la remise des offres : 02-D-17 ; 02-D-23 ; 02-D-25 ; 02-D-37 ; 02-D-43 ; 02-D-55 ; 02-D-59 ; 02-D-61 ; 02-D-76
- Effet anticoncurrentiel, *V. ce mot*
- Effet sensible, *V. ce mot*
- Entente horizontale, *V. Accord horizontal*
- Entente verticale, *V. Accord vertical*
- Entreprises appartenant à un même groupe : 02-D-55 ; 02-D-67
- Entreprise commune : 02-D-44 ; 02-MC-06
- Exemption, *V. ce mot*
- Fixation/Plafonnement en commun du taux de marge, de commission : 02-D-57 ; 02-D-59
- Fixation de prix : 02-D-43 ; 02-D-57
- Groupe d'entreprises membre de l'entente : 02-D-67
- Nature des partenaires à l'entente, autres que des sociétés : 02-D-14 ; 02-D-15 ; 02-D-18 ; 02-D-43 ; 02-D-59 ;

- 02-MC-02 ; 02-MC-06
- Norme de qualité et label :
02-A-12
- Objet anticoncurrentiel,
V. ce mot
- Offre de couverture :
02-D-37 ; 02-D-43 ; 02-D-48
- Offre en groupement :
02-D-10 ; 02-D-17 ; 02-D-43 ;
02-D-44 ; 02-D-58
- Offres distinctes entre société
mère et filiale / entre
entreprises d'un même groupe :
02-D-55
- Organisation professionnelle :
02-D-14 ; 02-D-43 ; 02-D-59 ;
02-D-60 ; 02-D-76 ; 02-MC-06
- Organisme de certification :
02-D-60
- Parallélisme de comportement :
02-D-29 ; 02-D-44 ; 02-D-57 ;
02-D-58 ; 02-D-76
- Pressions concertées :
02-D-14 ; 02-D-36 ; 02-MC-06
- Preuve, *V. ce mot*
- Prix discriminatoires,
V. aussi Discrimination
- Prix imposés,
V. aussi Accord vertical
- Répartition du marché :
02-D-29 ; 02-D-57 ; 02-D-59
- Retrait de candidature :
02-D-61
- Stabilité dans l'attribution des
lots : 02-D-29 ; 02-D-58
- Ventes croisées entre distribu-
teurs : 02-D-36
- Volonté d'exclusion d'un
concurrent : 02-D-14 ;
02-D-60 ; 02-MC-06

Entreprise

- V. aussi Compétence
organique ; Recevabilité ;
Saisine*
- Groupe d'entreprise :
02-D-42 ; 02-D-67
- Sujet du droit de la concur-
rence : 02-D-42 ; 02-MC-06

Entreprise commune

02-D-44

Entreprise défaillante

02-A-07 ; 02-A-15

Exclusivité

V. aussi Accord vertical

- Changement du distributeur
exclusif : 02-D-77
- Clause d'exclusivité :
02-D-03 ; 02-D-51
- Exclusivité territoriale :
02-D-57

Exemption

- Application d'un texte législatif
ou réglementaire : 02-D-62 ;
02-A-12
- Contribution au progrès écono-
mique : 02-D-42 ; 02-A-12

F

Faisceau d'indices

V. Preuve

Filiale

*V. Accord intra-groupe ;
Imputabilité*

Fusion

V. Imputabilité

G

Groupement d'entreprises

- Association d'entreprises /
Association professionnelle :
02-D-14 ; 02-D-43 ; 02-D-59 ;
02-D-60 ; 02-MC-06
- Création d'un groupement en
réponse à un appel d'offres :

02-D-10 ; 02-D-17 ; 02-D-43 ;
02-D-44 ; 02-D-58

Impartialité

V. Droits de la défense

Imputabilité des pratiques anti-concurrentielles

- Absence de la personnalité juridique de l'auteur des pratiques : 02-D-59
- Absorption d'entreprises : 02-D-36 ; 02-D-37 ; 02-D-59
- Cession d'activité : 02-D-36 ; 02-D-59
- Disparition de la personnalité juridique de l'auteur des pratiques : 02-D-36 ; 02-D-43
- Fusion d'entreprises : 02-D-36 ; 02-D-59
- Groupe d'entreprises / «Têtes de réseau» / Relations mères-filiales : 02-D-42 ; 02-D-59
- Imputabilité des pratiques à un organisme public : 02-D-18
- Liquidation judiciaire et plan de cession de l'auteur des pratiques : 02-D-23 ; 02-D-43 ; 02-D-48
- Redressement judiciaire de l'auteur des pratiques : 02-D-62
- Transfert d'activité / de l'établissement auteur des pratiques : 02-D-36

Injonction

V. aussi Sanctions

- Levée d'injonction : 02-D-46
- Procédure de respect d'injonction, *V. Respect d'injonction*

Instruction

- Accès au dossier, *V. ce mot*
- Droits de la défense, *V. ce mot*

- Notification des griefs, *V. ce mot*
- Rapport, *V. ce mot*
- Renvoi à Instruction : 02-D-09

Intérêt à agir

V. Saisine

Irrecevabilité

V. Saisine

L

Label

02-A-12

Liquidation judiciaire

V. Imputabilité

M

Marché

- **Marché connexe**

02-D-34 ; 02-D-63 ; 02-MC-02

- **Marché pertinent**

- Délimitation géographique du marché :
02-D-03 ; 02-D-35 ; 02-D-43 ;
02-D-44 ; 02-D-62 ; 01-A-18 ;
02-A-01 ; 02-A-02 ; 02-A-04 ;
02-A-07 ; 02-A-08 ; 02-A-10 ;
02-A-11 ; 02-A-14 ; 02-A-15
- Délimitation matérielle du marché :
02-D-01 ; 02-D-08 ; 02-D-09 ;
02-D-31 ; 02-D-32 ; 02-D-33 ;
02-D-34 ; 02-D-38 ; 02-D-42 ;
02-D-61 ; 02-D-66 ; 02-D-68 ;
02-D-69 ; 02-MC-01 ;
02-MC-03 ; 02-MC-04 ;
02-MC-05 ; 02-A-01 ;
02-A-04 ; 02-A-07 ;
02-A-10 ; 02-A-11 ; 02-A-12 ;
02-A-14 ; 02-A-15

- Répartition de marché

V. Entente

Mesures conservatoires

- Recevabilité de la saisine au fond

02-D-03 ; 02-D-31 ; 02-D-35 ;
02-D-38 ; 02-D-40 ; 02-D-46 ;
02-D-69 ; 02-D-75 ; 02-MC-02 ;
02-MC-07 ; 02-MC-09

- Conditions de fond de la demande de mesures conservatoires

- Atteinte grave aux intérêts de l'entreprise :
02-D-15 ; 02-MC-07
- Atteinte grave aux intérêts du secteur ou à l'économie :
02-MC-03 ; 02-MC-04 ;
02-MC-05
- Atteinte grave aux intérêts des consommateurs :
02-MC-03 ; 02-MC-04 ;
02-MC-06
- Liens de causalité entre les pratiques et le trouble allégué :
02-MC-01 ; 02-MC-02 ;
02-MC-05
- Urgence : 02-MC-03 ;
02-MC-06 ; 02-MC-08

- Nature des mesures conservatoires

02-D-46 ; 02-MC-03 ;
02-MC-04 ; 02-MC-06 ;
02-MC-08

Monopole

V. Abus de position dominante

N

Non bis in idem

02-D-75

Non lieu

02-D-75

Norme de qualité et label

02-A-12

Notification des griefs

02-D-36 ; 02-D-58 ; 02-D-33 ;
02-D-42 ; 02-D-44 ; 02-D-57 ;
02-D-62

Notification des griefs complémentaires

02-D-57

Notification du rapport

V. Rapport

Nullité d'acte de procédure / de la procédure devant le Conseil de la concurrence

V. Procès-verbal

O

Objet anticoncurrentiel

02-D-33 ; 02-D-43

Organisations professionnelles

- Agrément, *V. Ententes*
- Barèmes professionnels,
V. Entente
- Boycott, *V. Entente*

P

Parallélisme de comportement

02-D-29 ; 02-D-44 ; 02-D-58

Parts de marché

V. Abus de position dominante

Personnes publiques

V. aussi Compétence organique

- Domaine public,
V. Compétence organique
- Données publiques : 02-MC-02
- Marchés publics, *V. Appel d'offres ; Entente ; Marché*
- Mission de service public,
V. Compétence organique
- Prérogatives de puissance publique, *V. Compétence organique*
- Santé ; Sécurité sociale :
02-D-23 ; 02-D-52 ;
02-MC-07 ; 02-MC-09

Pièces

V. Accès au dossier

Position dominante

V. Abus de position dominante

Pratiques concertées

V. Entente

Pratiques discriminatoires

V. Entente ; Abus de position dominante

Prescription

- Acquisition de la prescription :
02-D-02 ; 02-D-06 ; 02-D-07 ;
02-D-09 ; 02-D-11 ; 02-D-12 ;
02-D-13 ; 02-D-14 ; 02-D-17 ;
02-D-18 ; 02-D-19 ; 02-D-20 ;

02-D-21 ; 02-D-22 ; 02-D-25 ;
02-D-49 ; 02-D-70 ; 02-D-71 ;
02-D-78

- Actes interruptifs : 02-D-02 ;
02-D-42 ; 02-D-45 ; 02-D-48 ;
02-D-49 ; 02-D-60 ; 02-D-67 ;
02-D-78
- Pratique continue : 02-D-09 ;
02-D-63
- Suspension de la prescription :
02-D-02 ; 02-D-06 ; 02-D-42

Preuve/Faisceau d'indices

- Valeur probatoire des indices

- Clause d'exclusivité :
02-D-03
- Groupement : 02-D-17 ;
02-D-43
- Liens d'associés : 02-D-10
- Vérification d'écriture :
02-D-48

Prix

- Prix élevés, injustifiés :
02-D-16 ; 02-D-18 ; 02-D-31 ;
02-D-32 ; 02-D-69
- Prix imposés : 02-D-36 ;
02-D-42 ; 02-D-57
- Prix prédateurs : 02-D-34 ;
02-D-69 ; 02-MC-02 ;
01-A-18 ; 02-A-01

Prix abusivement bas

- Condition relative au prix :
02-D-64 ; 02-D-66
- Condition relative à la volonté
d'éviction : 02-D-64 ; 02-D-66

Procès équitable

V. Droit de la défense

Procédure

- Durée : 02-D-42 ; 02-D-48
- Interruption : 02-D-18

Procès-verbal**- Établissement du procès-verbal**

02-D-57

- Mentions du procès-verbal**- Obligatoires**

- Informations sur l'objet de l'enquête : 02-D-37

- Non obligatoires- Questions posées :
02-D-57**- Opposabilité du procès-verbal**

02-D-57

- Procès-verbal d'audition

02-D-37 ; 02-D-46 ; 02-D-42

Propriété intellectuelle

02-D-54 ; 02-MC-06

Publicité de la décision*V. Sanction***Q****Qualité à agir***V. Saisine***R****Rapport**

- Régularité : 02-D-57
- Contenu : 02-D-67
- Défaut de signature du Rapporteur : 02-D-57

Recevabilité

- Mémoire déposé hors délai :
02-D-35 ; 02-D-62

Rejet

- Défaut d'éléments
suffisamment probants :
02-D-03 ; 02-D-05 ; 02-D-08 ;
02-D-10 ; 02-D-26 ; 02-D-27 ;
02-D-28 ; 02-D-31 ; 02-D-32 ;
02-D-35 ; 02-D-38 ; 02-D-39 ;
02-D-40 ; 02-D-51 ; 02-D-54 ;
02-D-64 ; 02-D-69 ; 02-D-77

Remise*V. Abus de position dominante / pratiques abusives ; Accord vertical / Conditions générales de vente ; Entente***Respect d'injonction**

02-D-41 ; 02-D-46

Restriction de concurrence*V. Effet anticoncurrentiel ; Effet sensible***Restructuration d'entreprise***V. Imputabilité***S****Saisine**

- Absence d'élément suffisamment probant
V. Rejet
- Conditions générales de recevabilité
V. Recevabilité
- Étendue
02-D-42
- Existence de procédures parallèles pendantes
01-A-18 ; 02-A-07 ; 02-A-08
- Intérêt à agir
02-D-31 ; 02-D-50 ; 02-D-53 ;
02-D-69 ; 02-D-75

- Jonction de saisines

02-D-33

- Qualité à agir

02-D-30 ; 02-D-31 ; 02-D-32 ;
02-D-33 ; 02-D-50 ; 02-D-53

- Retrait de saisine (effet)

02-D-60

- Saisine d'office

- coexistence de deux saisines
successives :
02-D-14 ; 02-D-44

- motivation : 02-D-44

Saisine *in rem*

02-D-56 ; 02-D-67

Sanction

- Application de l'article L. 430-9
du code de commerce

02-D-44

- Injonctions :

- Examen de respect d'injonction : 02-D-41 ; 02-D-46 ;
02-D-75

- Injonction de faire : 02-D-36 ;
02-D-44 ; 02-D-60

- Injonction de ne pas faire :
02-D-33 ; 02-D-46 ; 02-D-60

- Levée d'Injonction : 02-D-46

- Durée excessive de la procédure

02-D-42 ; 02-D-48 ; 02-D-59

- Loi nouvelle plus sévère/loi du
15 mai 2001, augmentant le
montant maximum des sanc-
tions (non application)

02-D-14 ; 02-D-33 ; 02-D-36 ;
02-D-37 ; 02-D-42 ; 02-D-43 ;
02-D-48 ; 02-D-57 ; 02-D-59 ;
02-D-60 ; 02-D-62

- Motivation

02-D-42

- Publicité de la décision

02-D-14 ; 02-D-33 ; 02-D-36 ;
02-D-37 ; 02-D-43

- Sanctions pécuniaires

- Ancienneté des faits :
02-D-42

- Chiffre d'affaires ou
cotisations :
02-D-14 ; 02-D-37 ; 02-D-48 ;
02-D-60 ; 02-D-62

- Dommage à l'économie :
02-D-14 ; 02-D-23 ; 02-D-33 ;
02-D-36 ; 02-D-37 ; 02-D-42 ;
02-D-43 ; 02-D-44 ; 02-D-48 ;
02-D-59 ; 02-D-63

- Dommage causé au maître
d'ouvrage : 02-D-37 ;
02-D-43

- Redressement, liquidation
judiciaire et plan de cession
de l'auteur des pratiques :
02-D-23 ; 02-D-42 ; 02-D-43 ;
02-D-48 ; 02-D-62

- Gravité des pratiques :
02-D-14 ; 02-D-23 ; 02-D-33 ;
02-D-36 ; 02-D-37 ; 02-D-43 ;
02-D-48 ; 02-D-57 ; 02-D-59 ;
02-D-60 ; 02-D-62

- Plafond du montant des sanc-
tions : 02-D-37 ; 02-D-48

- Transmission du dossier au
procureur de la république

02-D-14 ; 02-D-42

Secret des affaires

02-D-42

Seuil de sensibilité

V. Effet sensible

Subventions croisées

02-D-34 ; 02-D-38 ; 02-D-61 ;
02-D-63 ; 02-D-68 ; 02-A-06

T

Tarifs

V. Barèmes

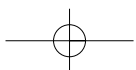
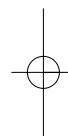
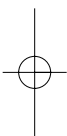
Transmission du dossier au procureur de la république

V. Sanctions

U

Urgence

V. Mesures conservatoires



Index par secteur d'activité (codes NAF)

01 - Agriculture, chasse, services annexes

Viticulture
01-A-03

15 - Industries alimentaires

Fabrication de sucre
02-D-45

22 - Edition, imprimerie, reproduction

Autres activités d'édition
02-MC-02

Autre imprimerie (labeur)
02-A-01

Édition de revues périodiques
02-D-51

24 - Industrie chimique

Fabrication de médicaments
02-D-30 ; 02-MC-07 ; 02-MC-09

26 - Fabrication d'autres produits minéraux non métalliques

Fabrication de ciment
02-D-12

28 - Travail des métaux

Fabrication d'articles métalliques
02-D-57

29 - Fabrication de machines et équipements

Fabrication d'appareils électroménagers
02-A-07

30 - Fabrication d'équipements électriques et électroniques

Fabrication d'ordinateurs et d'autres équipements informatiques
02-D-25

33 - Fabrication d'instruments médicaux, de précision, d'optique et d'horlogerie

Fabrication de matériel d'appareils médico-chirurgicaux
02-D-35

40 - Production et distribution d'électricité, de gaz de chaleur

Production et distribution d'électricité
02-D-27 ; 02-D-34 ; 02-A-05 ; 02-A-06

41 - Captage, traitement et distribution d'eau

Captage, traitement et distribution d'eau
02-D-02 ; 02-D-43 ; 02-D-44

45 - Construction

Sondage, forage
02-D-18

Construction de bâtiment divers
02-D-17

Réalisation de réseaux
02-D-06 ; 02-D-11

Construction de lignes électriques et de télécommunications
02-D-06

Index par secteur d'activité

1261

Construction de chaussées
routières et sols sportifs
02-D-22 ; 02-D-29 ; 02-D-48

Levage, montage
02-D-19

Autres travaux spécialisés
dans la construction
02-D-10

Travaux d'installations électriques
02-D-13 ; 02-D-34 ; 02-D-65

Installation d'eau et de gaz
02-D-02 ; 02-D-37 ;

Menuiserie métallique, serrurerie
02-D-20

50 - Commerce et réparation automobile

Commerce de véhicules
automobiles
02-D-31 ; 02-D-32

51 - Commerce de gros et intermédiaires du commerce

Commerce de gros de fruits
et légumes
02-A-12

Commerce de gros de produits
pharmaceutiques
02-MC-07 ; 02-MC-09 ; 02-A-15

Commerce de gros de
produits surgelés
02-D-74

Commerce de gros d'autres
produits intermédiaires
02-D-68

Commerce de gros de machines
de bureau et de matériel
informatique
02-D-07 ; 02-D-08 ; 02-D-56

52 - Commerce de détail et réparation d'articles domestiques

Commerce de détail
de produits pharmaceutiques
02-D-05

Commerce de détail d'habillement
02-D-01

Commerce de détail d'appareils
électroménagers et de radio
télévision
02-D-07 ; 02-D-08 ; 02-D-42 ;
02-D-67

Commerce de détail d'optique et
de photographie
02-D-36

Commerce de détail d'articles de
sport et de loisir
02-D-26

Commerce de détail divers en
magasin spécialisé
02-D-39

55 - Hôtels et restaurants

Hôtels avec restaurant
02-MC-05

Restauration de type rapide
02-D-64

60 - Transports terrestres

Déménagement
02-D-60 ; 02-D-62

Transports aériens non réguliers
02-D-16

Transports routiers réguliers de
voyageurs
02-D-21 ; 02-D-55 ; 02-D-58 ;
02-D-59 ; 02-MC-08

Transports routiers de
marchandises de proximité
02-D-77

61 - Transports par eau

Transports fluviaux
02-D-71 ; 02-D-72

62 - Transports aériens

Transports aériens non réguliers
02-D-16

63 - Services auxiliaires des transports

Manutention portuaire
02-D-15

Services aéroportuaires
02-D-16

64 - Postes et télécommunications

Autres activités de courrier
02-D-09 ; 02-D-53

Autres activités de télécommunications
02-D-38 ; 02-D-40 ; 02-D-41 ;
02-D-46 ; 02-D-63 ; 02-D-69 ;
02-D-75 ; 02-MC-03 ;
02-A-14 ; 02-A-10

65 - Intermédiation financière

Banques
02-D-50

66 - Assurance

Assurance dommages
02-D-28 ; 02-D-66

67 - Auxiliaires financiers et d'assurance

Administrations de marchés financiers
02-D-76

70 - Activités immobilières

Location d'autres biens immobiliers
02-D-24

71 - Location sans opérateur

Location de véhicules automobiles
02-D-73

72 - Activités informatiques

Autres activités rattachées à l'informatique
02-D-46

Traitement des données
01-A-18

74 - Services fournis principalement aux entreprises

Agences, conseil en publicité
02-D-33 ; 02-D-47

Conseil pour les affaires en gestion
02-D-47

Études de marché et sondages
02-D-47

Métreur, géomètres
02-D-14

Ingénierie, études techniques
02-D-18 ; 02-D-34

Gestion de supports de publicité
02-D-03

Organisation de foires et salons
02-D-54

80 - Éducation

Écoles de conduite
02-A-11

85 - Santé et action sociale

Accueil des personnes âgées
02-A-04 ; 02-D-04

Ambulance
02-D-23

Pratique médicale
02-D-52

Pratique dentaire
02-D-78

90 - Assainissement, voirie et gestion des déchets

Élimination et traitement des autres déchets
02-D-70

Enlèvement et traitement des ordures ménagères
02-D-61

**92 - Activités récréatives, culturelles
et sportives**

Activités de radio

02-MC-06

Agences de presse

02-A-08

Diffusion de programmes

de télévision

02-MC-01 ; 02-MC-04

Gestion du patrimoine

02-D-49

Gestion des salles de spectacle

02-A-02

Index par entreprise ou organisme

A

Accor 02-MC-05	Ashoenologie 02-D-10
Acropole Déménagements 02-D-62	Association d'ambulanciers «Urgences 88» 02-D-23
Adidas-Salomon 02-D-26	Association de défense des justi- ciables 02-D-50
AGS Armorique 02-D-62	Association française de déména- geurs internationaux 02-D-60
AKAï 02-D-42	Association Nationale des Régies de services publics (ANROC) 02-A-05
Albertazzi 02-D-02	Association pour la promotion de la distribution de la presse (APDP) 02-A-08
Alexandre William Setruck (AWS) 02-D-56	Association pour les Fouilles Archéologiques Nationales 02-D-18
Alliance santé distribution 02-A-15	Autocars Bas 02-D-59
Allstar Fecht Center GmbH 02-D-26	Autocars Bluma 02-D-58
Amy SA (L') 02-D-36	Autocars de la Vallée d'Azergues 02-D-58
Anciens Etablissements J. Peter 02-D-36	Autocars Gaillard 02-D-58
ANEEFEL 02-A-12	Autocars Laurendon 02-D-58
Antalis 02-MC-04	Autocars Mariani 02-MC-08
Apple Computer France 02-D-56	

Autocars Planche
02-D-59

Autorité de régulation des télécom-
munications
02-A-10 ; 02-A-14

Aux déménageurs Bretons
02-D-62

Avesnoises de Routes et
Canalisations
02-D-48

AXA Assurances
02-D-28

B

Barbour France
02-D-01

Bassin Grand Sud-Ouest
02-A-12

Bassin Rhône-Méditerranée
02-A-12

Bayer AG Allemagne
02-D-30

Bayer Pharma
02-D-30

Bebourg optique
02-D-36

Beghin-Say
02-D-44

Berthet-Bondet
02-D-36

Binetruy
02-D-57

Blanc (Monsieur)
02-D-53

Boa AG
02-D-68

Bose
02-D-67

Boulouard déménagements
02-D-62

Bourdeau optique
02-D-36

Bouygues Télécom
02-D-69

Bouygues Télécom (Bouygtel)
02-A-04

Buroservices
02-D-24

Bustours Gonnet
02-D-59

C

Cabasse
02-D-67

Cabinet Affaires et Recouvrement
(CAR)
02-D-24

Calcia (ciments)
02-D-12

Calvi Corse Touristique
02-D-58

Camel
02-D-17

Canal Europe Audiovisuel
02-MC-01

Canal Plus
02-MC-01

CanalSatellite
02-MC-01

Canon 02-D-67	Chambre nationale des experts spécialisés en objets d'art et de collection (CNES) 02-D-05
Caprofem alpine 02-D-67	
Cariane Touriscar Air 02-D-58	Chambre syndicale des entreprises de déménagement (CSD) 02-D-60
Cariane Val-de-Saône 02-MC-08	Chapelle (Jean) 02-D-42
Cars Berthelet 02-D-58	Christian Grenier (Société) 02-D-36
Cars Philibert 02-D-58	Cie des Bâteaux Mouches 02-D-72
Cathelain et Cie 02-D-48	CIPHA 02-D-15
Cegedim 01-A-18	Colas Nord Picardie 02-D-22
Cégélec 02-D-11	Combres-Tesquier 02-D-17
Centre communal d'action sociale de Saint-Etienne 02-D-04	Commission de régulation de l'électricité (CRE) 02-A-05 ; 02-A-06
Centre hospitalier de Narbonne 02-D-17	Communauté de communes de la grande vallée de la Marne (CCGVM) 02-D-13
Centre National de la cinématogra- phie (CNC) 02-A-02	Commune de Saint-Etienne 02-D-04
Cépia assurances 02-D-28	Compagnie générale des Eaux (CGE) 02-D-44
CGU Courtage 02-D-76	Compagnie intercontinentale 02-D-45
Chambre de l'industrie hôtelière et touristique du Rhône 02-MC-05	Concurrence 02-D-39 ; 02-D-08
Chambre départementale des géo- mètres experts du Doubs 02-D-14	Confédération de la consommation du logement et du cadre de vie 02-D-69

Conforama
02-D-42

Congrès salons événementiels
(CSE)
02-D-54

Connexion
02-D-42

Conseil régional de l'Ordre des
géomètres experts de Bourgogne
et de Franche-Comté
02-D-14

Contact Optique
02-D-36

Corsicar et Gestion
02-MC-08

Crédit Foncier de France
02-D-50

Cristal optique
02-D-36

CTIV
02-D-10

Cynthia
02-D-36

D

Daewoo
02-D-67

Darty
02-D-67 ; 02-D-42

De Longhi France
02-A-07

Debauge
02-D-36

Debourg Optique
02-D-36

Delattre-Levivier
02-D-37

Démex Joncqueur
02-D-62

Denon
02-D-67

Descamps TP
02-D-48

Devin Lemarchand Environnement
02-D-43

Direct assurance IARD
02-D-66

Dohme Chibret (MSD)
02-MC-09

Domino's Pizza France
02-D-64

Doucet
02-D-57

DTS optique
02-D-36

DWD
02-D-45

E

EDF
02-D-27 ; 02-D-34
02-D-65 ; 02-A-05

Edgard Duval
02-D-43

Efrapo
02-D-57

Eiffage
02-D-48

Endel
02-D-37

Engineering Printel Systems (EPS) 02-A-11	Fédération interprofessionnelle de communication d'entreprise (FICOME) 02-D-63
Entrepose 02-D-37	
EURL Francheville Optique 02-D-36	Fédération nationale des produc- teurs de fruits (FNPF) 02-A-12
EURL Optique Ducret 02-D-36	FELCOOP 02-A-12
EURL Visions et Regards 02-D-36	Fichet Bauche 02-D-20
Eurofil 02-D-66	Fimco 02-D-25
Euromarché SAS 02-D-42	FNAC 02-D-42
European Graphic Group 02-A-01	FNSEA 02-A-12
Europtic 02-D-36	FNTV 01 02-D-59
Eurosucre 02-D-45	FNTV 69 (Fédération Nationale du Transport de voyageurs du Rhône) 02-D-58
Eurovia STR 02-D-43	
Exposium 02-D-54	FNTV nationale 02-D-58
Ext Computer International 02-D-39	Fonecta France 02-D-75
F	France Télécom 02-D-38 ; 02-D-40 02-D-41 ; 02-D-46 02-D-53 ; 02-D-63 02-D-75 ; 02-A-10 02-A-14 ; 02-MC-03
Fag France 02-D-57	
Fair 02-D-57	G
FCD 02-A-12	Gala Prestige de Paris 02-D-36

Garanpazzi
02-D-58

Garcia Autos
02-D-73

Gardel
02-D-45

Gazinox
02-D-68

GDF
02-D-68

GDFI
02-D-57

Géomètres-experts (Conseil supé-
rieur de l'ordre des)
02-D-14

GIE Sport Libre
02-MC-06

Glaxo Wellcome
02-MC-07

GlaxoSmithkline
02-MC-07

Gonnet
02-D-59

Grand Optical
02-D-36

Grenin Daniel
02-D-77

Groupe Camif
02-D-42

Grundig
02-D-67

Guderzo
02-D-59

Guigues Optique
02-D-36

H

Hachette Filipacchi Presse
02-A-01

Haras (P. Sanders)
02-D-36

Havas
02-D-54

Havre manutention
02-D-15

Héli-inter Riviera
02-D-16

Hitachi
02-D-67

I

Idéal Optique
02-D-36

IGN
02-MC-02

Imphy Ugine Precision
02-D-77

INA Roulements
02-D-57

Ingram Micro
02-D-39

Insee
01-A-18

Institution de Retraite Rationale
Interprofessionnelle des Salariés
(IRNIS)
02-D-51

J

Jehan (Monsieur)
02-D-05

JVC audio
02-D-67

JVC Vidéo
02-D-67 ; 02-D-42

K

Kenwood
02-D-67

Koyo France
02-D-57

L

La Grande Pharmacie Lyonnaise
02-D-36

Lafarge Ciments
02-D-12 ; 02-D-70

Lamblin
02-D-43

Le Floch
02-D-62

Lefrançois (Monsieur)
02-D-52

Les Matériaux composites appli-
qués (LMCA)
02-D-65

Les Oliviers
02-D-04

Les opticiens Économés (LOE)
02-D-36

Liberty Surf
02-D-38

Logo
02-D-36

Luxman
02-D-67

Lyonnaise des Eaux (SLDE)
02-D-43 ; 02-D-44

M

Mabalade.com
02-MC-02

MAN camion et Bus
02-D-31

Marantz
02-D-67

Martin-Belasoud
02-D-57

Médiamétrie
02-D-47

Médiavision
02-D-03

Medtronic
02-D-35

Merck Sharp
02-MC-09

Messageries Lyonnaises de Presse
(MLP)
02-A-08

Milleret (Monsieur)
02-D-14

Minolta
02-D-67

Morin Ordures Services (MOS)
02-D-61

Moulinex
02-A-07

N

Nagabbo
02-D-36

Neptune
02-D-64

Optique Gimet
02-D-36

New Com Distribution
02-D-39

Optique Guigues
02-D-36

Nice hélicoptère
02-D-16

Optique Médicale D. Girod
02-D-36

Nouvelles Messageries de la Presse
Parisienne (NMPP)
02-A-08

Optique Moderne Claude Moch
02-D-36

NSK France
02-D-57

Optique Poignant
02-D-36

O

Optique Provansal
02-D-36

O. Lefebvre
02-D-36

Optique Saint Priest
02-D-36

Odin Régis (Sté)
02-D-58

Optique Torrilhon
02-D-36

Office national interprofessionnel
des vins
02-A-03

Orange Caraïbes
02-A-14

Olitec
02-D-40

Orange France
02-D-69 ; 02-A-14

OPAC de Villeurbanne
02-D-76

Ordre national des chirurgiens den-
tistes
02-D-78

Optical Center
02-D-36

Orefi
02-D-57

Optique 73
02-D-36

Ouest répartition pharmaceutique
(ORP)
02-A-15

Optique Chavet
02-D-36

P

Optique du Grand Large
02-D-36

Panasonic
02-D-67

Optique du Serpent
02-D-36

Perraud (Jean et Fils)
02-D-55

Optique Gallimard Cynthia
02-D-36

Petavit
02-D-02

Pfizer
02-MC-07

Pfizer et Lilly
02-MC-09

Pharmajet
02-MC-09

Pharma-Lab
02-MC-07

Philips
02-D-67

Pizza Hut
02-D-64

Ponticelli Frères
02-D-37

Port autonome de Paris
02-D-72

Port autonome du Havre
02-D-15

Poste (la)
02-D-09

Presse (Association pour la
Promotion
de la Distribution de la) (APDP)
02-A-08

Presse (Société Auxiliaire pour
l'Exploitation des Messageries
Parisiennes Transport Presse)
(SAEM TP)
02-A-08

Presse Parisienne (Nouvelles
Messageries de la) (NMPP)
02-A-08

Presse Quotidienne Régionale
(PQR),
02-A-08

Prieur Sports
02-D-26

Production viticole
02-A-03

Prosign
02-D-29

Prothésistes (Union nationale
patronale des Prothésistes
Dentaires) (UNPPD)
02-D-78

Q

Quebecor France (société
Imprimerie)
02-A-01

R

Radiola
02-D-67

Rampa travaux Publics
02-D-02

Rapides de Saône-et-Loire (Les)
02-D-58

Rappresentanze SRL (RBS)
02-D-10

Ratte (Monsieur)
02-D-14

Razy Optique
02-D-36

Réal Optique
02-D-36

Régie départementale des
transports de l'Ain (RDTA)
02-D-59

Régie départementale des voies
ferrées du Dauphiné
02-D-58

Renault VI
02-D-31

Rhône Nord autocars
02-D-58

Richard (Didier Sté)
02-MC-02

RM Master
02-D-64

RMC info
02-MC-06

RTE
02-A-05

S

Saba
02-D-67

Sade CGTH
02-D-48

Sade-Compagnie générale de tra-
vaux hydraulique
02-D-02

Saint-Louis Sucre
02-D-45

Sanyo
02-D-67

SAS SPM Télécom
02-A-14

SAUR
02-D-44

Scan Coupon
02-D-33

Schneider
02-D-67

Scoot France
02-D-75

Scoot Sorena
02-D-41

Scori
02-D-70

SEB
02-A-07

Secam
02-D-58

Sécam Tourisme Guderzo
02-D-59

SECODIP
02-D-47

Semavem
02-D-42

SERAP
02-D-01

Séroul
02-D-12

SEVIC
02-D-31

SFMI
02-D-09

SFR
02-A-14

Sharp
02-D-67

SHGT
02-D-15

Sivignon cars Beaujolais Voyage
02-D-58

SKF France
02-D-57

Skip System
02-D-72

SLDE 02-D-43 ; 02-D-44	Sogea Rhône-Alpes 02-D-02
SNC Beugnet Hainaut 02-D-48	SOGEC Gestion 02-D-33
SNCF 02-A-05 ; 02-MC-05	Sogec Marketing 02-D-33
SNR Roulements 02-D-57	Sogema 02-D-15
SNUG 02-D-19	Sony 02-D-67
Société anonyme de Saint-Etienne (SAIEM) 02-D-04	Sony France 02-D-08 ; 02-D-38 02-D-39
Société Auxiliaire pour l'Exploitation des Messageries Parisiennes Transport Presse (SAEM TP) 02-A-08	Sorena France 02-D-41 SORHONA 02-D-71
Société d'Applications Routières 02-D-29	SPAC 02-D-02
Société des Travaux Publics de Valenciennes Nord 02-D-48	Speed Rabbit Pizza 02-D-64
Société Nouvelle Verger Delporte (SNVD) 02-D-11	Spie Citra Sud-Est 02-D-02 Spie-Trindel 02-D-02
Société occidentale d'assurance 02-D-66	Spinevision 02-D-35
Sofamor 02-D-35	Sprint Metal 02-D-77
Sofamor Danek France 02-D-35	SRR (Réunion) 02-A-14
SOFIPOST 02-D-09	STAV 02-D-22
Sogea 02-D-02	

Sté Moderne d'Assainissement et de nettoyage (SMA) 02-D-61	Telefunken 02-D-67
Stely cars 02-D-58	Télépizza France 02-D-64
Suburbaine de canalisations et de grands travaux 02-D-37	Tellit Direct Assurance 02-D-66
Sucrierie Bois Rouge 02-D-45	Thomson 02-D-67
Sucrière de la Réunion 02-D-45	Thomson Multimédia Sales Europe 02-D-42
SVTE 02-D-55	T-online France 02-D-46 ; 02-MC-03
Syndicat français de l'Express International (SFEI) 02-D-09	Toshiba 02-D-39
Syndicat français des assurances (SFAC) 02-D-66	Transida 02-D-58
Syndicat Intercommunal d'Alimentation en Eau de la région de Dunkerque (SIAERD) 02-D-43	Trans-Jura Cars 02-D-59
Syndicat intercommunal d'électrification de Bargemon 02-D-27	Transport Verney Rhône-Alpes (TVRA) 02-D-58 ; 02-D-59
T	Transports Déménagements Roussel 02-D-62
TDF 02-MC-04	Transports Rondy-Souchon 02-D-58
Technic Publicité 02-D-03	Travaux et Entreprises des Flandres 02-D-43
Technics 02-D-67	Tropicar 02-D-73
Télédiffusion de France (TDF) 02-A-04	Troussey Optique 02-D-36
	Trumel 02-D-57

Tulip International France
02-D-25

TWC
02-D-39

U

UNCGFL
02-A-12

UNFD
02-A-12

Union des industries utilisatrices
d'énergie (UNIDEN)
02-A-05

Union fédérale des consommateurs
Que Choisir
02-D-69 ; 02-D-51

Union française de l'Express
02-D-09

Union professionnelle des transpor-
teurs routiers de l'Ain
02-D-59

UNPFA (Union nationale des pro-
fessionnels de la formation des
automobilistes)
02-A-11

UNPPD (Union nationale patronale
des Prothésistes Dentaires)
02-D-78

Urbaine de Construction et
d'Infrastructures-URFRA TP
02-D-48

Usinor Achats
02-D-77

V

Venet (Ets)
02-D-58

Vérimédia
02-D-47

Vermeersch
02-D-36

Vicat
02-D-70

Vins (Office national interprofes-
sionnel des)
02-A-03

Voyages Barlatier
02-D-58

Voyages Héritier
02-D-58

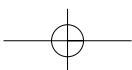
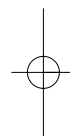
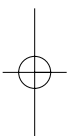
W

Wanadoo Interactive
02-D-38

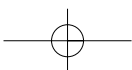
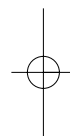
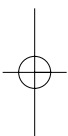
Wanadoo France
02-MC-03

Y

Yamaha
02-D-67 ; 02-D-42



Recours devant la cour d'appel de Paris



Décisions 2002

ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris

	Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
02-D-03 du 29 janvier 2002	Relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la Sarl Technic Publicité	24/09/2002 Réformation partielle
02-D-09 du 20 février 2002	Relative à une saisine du Syndicat Français de l'Express International (SFEI) et autres	11/03/2003 Irrecevabilité
02-D-14 du 28 février 2002	Relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes	13/11/2002 Sursis à statuer (déclinatoire compétence du Préfet)
02-D-16 du 5 mars 2002	Relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport aérien de passagers par hélicoptères sur l'hélistation de Cannes Palm Beach	19/11/2002 Rejet
02-D-17 du 12 mars 2002	Relative à de pratiques relevées lors de la passation de marchés concernant la rénovation du centre hospitalier de Narbonne	16/10/2002 Rejet
02-D-33 du 10 juin 2002	Relative à des pratiques dans le secteur du traitement des coupons de réduction	04/02/2003 Rejet
02-D-35 du 13 juin 2002	Relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Spinevision	04/02/2003 Rejet
02-D-36 du 14 juin 2002	Pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise	18/03/2003 Rejet + Réformation partielle

Recours devant la cour d'appel de Paris

1281

02-D-37 du 14 juin 2002	Situation de la concurrence dans le secteur des tuyauteries de gaz	04/02/2003 Rejet
02-D-40 du 14 juin 2002	Saisine et demande de mesures conservatoires présentées par la société Olitec	14/01/2003 Désistement
02-D-42 du 28 juin 2002	Pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public	
02-D-43 du 2 juillet 2002	Pratiques relevées lors de marchés de travaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le syndicat Intercommunal d'Alimentation en Eau de la Région de Dunkerque (SLAERD)	18/02/2003 Réformation
02-D-44 du 14 juin 2002	Situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence	18/02/2003 Rejet
02-D-47 du 25 juillet 2002	Saisine de la société Vérimedia	
02-D-57 du 19 septembre 2002	Pratiques dans le secteur des roulements à billes et assimilés	13/05/2003 En instance
02-D-59 du 25 septembre 2002	Pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le départements de l'Ain	27/05/2003 En instance
02-D-60 du 27 septembre 2002	Pratiques mises en œuvre par la Chambre syndicale des entreprises de déménagement et l'Association française de déménageurs internationaux	27/05/2003 Réformation
02-D-61 du 27 septembre 2002	Saisine de la Société Moderne d'Assainissement et de nettoyage (SMA) contre des pratiques relevées lors de l'attribution du marché d'exploitation de la décharge de Bagnols en Forêt	
02-D-62 du 27 septembre 2002	Pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne	13/05/2003 En instance
02-D-68 du 14 novembre 2002	Pratiques mises en œuvre dans le secteur des tuyaux de gaz flexibles	
02-D-76 du 19 décembre 2002	Saisine de la société CGU Courtage concernant un marché public de l'OPAC de Villeurbanne	

	Décisions (sur des demandes de mesures conservatoires)	Arrêts cour d'appel
02-MC-01 du 24 janvier 2002	Relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Canal Europe Audiovisuel	14/03/2002 Rejet
02-MC-03 du 27 février 2002	Relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société T-Online France	09/04/2002 Rejet
02-MC-04 du 11 avril 2002	Relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis	21/05/2002 Réformation
02-MC-06 du 30 avril 2002	Relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société RMC Info	04/06/2002 Rejet
02-MC-07 du 15 mai 2002	Relative à une saisine présentée par la société Pharma-Lab	26/06/2002 Rejet
02-MC-09 du 12 juin 2002	Relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Pharmajet	16/07/2002 Désistement + Rejet

Recours devant la cour d'appel de Paris

1283