Éditorial

L'année 2003 aura été une année charnière pour le Conseil de la concurrence.

Elle a été tout d'abord l'occasion de consolider les premiers acquis des réformes administratives et budgétaires entreprises depuis maintenant trois ans et de commencer à mettre en œuvre les réformes importantes introduites par la loi sur les nouvelles régulations économiques (NRE). Par ailleurs, les affaires traitées au cours de l'année ont permis au Conseil de développer une jurisprudence riche et variée et d'intervenir dans des secteurs clés de l'économie, avec le souci permanent de préserver les intérêts du consommateur final. Enfin, 2003 a été une période d'intense préparation à l'entrée en vigueur, le 1er mai 2004, du nouveau règlement européen 1/2003.

On ne peut que se réjouir de constater la poursuite de la baisse du nombre des affaires en instance au Conseil. Pour la première fois depuis 1993, le stock d'affaires en cours repasse sous la barre des trois cents affaires. Si ce chiffre représente environ deux années d'activité du Conseil et reste encore trop élevé, il constitue un progrès certain et l'on peut espérer que les efforts du Conseil pour raccourcir les délais de traitement des dossiers de fond conduisent à des résultats sensibles. Cette amélioration est le fruit des différentes réformes administratives et budgétaires engagées depuis l'an 2000, lesquelles ont donné au Conseil sa pleine autonomie de gestion et revalorisé ses moyens. Elle est due également à un effort collectif et soutenu de l'ensemble des personnels du Conseil, des rapporteurs et rapporteurs généraux, ainsi que des membres du collège et de ses présidents, auxquels il convient de rendre hommage.

Le Conseil a commencé, en 2003, à mettre en œuvre les nouveaux moyens d'action mis à sa disposition par la loi NRE. Deux procédures de clémence ont été engagées en 2003 mais n'ont pas encore abouti. Elles n'ont, de ce fait, pas encore donné lieu à des décisions publiques. La procédure de transaction a, en revanche, déjà été mise en œuvre à deux reprises cette année et débouché sur deux décisions. Leur lecture attentive devrait permettre aux entreprises et aux praticiens de comprendre l'interprétation qu'en donne, sous réserve de l'appréciation des juridictions de contrôle, le Conseil de la concurrence et, ainsi, de mieux mesurer les avantages de son utilisation.

À l'heure de la mise sous presse de ce rapport, vient d'être adoptée l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004. Elle institue un dispositif s'inspirant des règles *de minimis* appliquées par la Commission et s'inscrit dans le prolongement de la loi n° 2003-591 du 2 juillet 2001 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, qui prévoit que le Gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toutes mesures visant à « *instituer une procédure accélérée pour l'examen par le Conseil de la concurrence, des affaires inférieures à un seuil déterminé* ». Cette disposition rejoint l'esprit qui avait conduit à la réforme de la procédure simplifiée (loi NRE) et donne au Conseil, qui n'a pas le choix de « *l'opportunité des poursuites* », le moyen de traiter de manière différenciée, selon leur importance, leur intérêt ou leur complexité les différents dossiers qui lui sont soumis.

Toutes ces réformes visent à rapprocher le Conseil d'un certain nombre de ses homologues étrangers qui disposent déjà de moyens analogues, et à renforcer l'efficacité de son action, ce dont on ne peut que se féliciter.

Comme chaque année, 2003 a donné l'occasion au Conseil d'aborder, dans un cadre consultatif ou contentieux, un certain nombre de thèmes riches ou nouveaux. Il n'est pas ici question d'en dresser la liste exhaustive mais certains méritent cependant d'être particulièrement signalés. La libéralisation du secteur postal et la transposition du « *paquet Télécom* » lui ont permis de rendre des avis particulièrement intéressants. L'émergence de problématiques concurrentielles dans le secteur des médias a également amené le Conseil à définir, dans le cadre d'un avis, les frontières qui doivent selon lui séparer, en matière audiovisuelle, la régulation concurrentielle – de nature économique – de la régulation exercée au nom du pluralisme. On peut noter que cette vision est d'ailleurs celle retenue par le projet de loi soumis au Parlement.

Le Conseil est aussi intervenu à de nombreuses reprises dans le secteur de la santé, dans lequel ont été relevées un certain nombre de pratiques d'entente ou d'abus de position dominante. Celles-ci méritent certainement d'être examinées avec soin dans le cadre des réflexions engagées sur l'avenir de la protection sociale.

Enfin, comme chaque année, le Conseil a rendu certaines décisions qui illustrent de manière particulièrement frappante l'action qu'il mène au profit du consommateur, en garantissant les possibilités de baisses de prix. Tel est notamment le cas de la décision portant sur des pratiques mises en œuvre sur le marché des fraises ou de celle portant sur le secteur des calculatrices à usage scolaire.

Le présent rapport comporte deux études thématiques qui ont vocation à donner une vision plus transversale de la jurisprudence du Conseil. L'étude « *objet, effet et intention anticoncurrentiels* » fait le point sur ces notions centrales pour le droit de la concurrence. La seconde étude, de nature économique, propose une analyse sur « *les monopoles publics dans le jeu concurrentiel* » et permet d'aborder, de manière synthétique, l'ensemble des questions soulevées par cette problématique particulièrement sensible en France.

Enfin, en janvier 2003, était publié le nouveau règlement adopté par le Conseil de l'Union européenne et relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité des Communautés européennes. Il est

inutile de souligner à nouveau l'importance de ce texte pour l'activité des autorités nationales de concurrence. Son entrée en vigueur est fixée au 1er mai 2004. Mais précisément, l'année 2003 a été, pour le Conseil en liaison avec la Commission et les autres autorités nationales de concurrence, une année d'intense préparation à cette innovation majeure que constitue la mise en réseau des autorités de concurrence en Europe.

Cette année, chacun aura remarqué que le rapport change de formule, puisque les décisions et avis du Conseil sont désormais regroupés en fin d'ouvrage sur CD-Rom. Comme vous le savez, la plupart de ces documents ont déjà fait l'objet d'une publication dès leur parution sur le site internet du Conseil de la concurrence.

En conclusion, c'est un reflet assez exact de la diversité des activités du Conseil qu'offre ce rapport dont la lecture, je l'espère, apportera à chacun l'information dont il a besoin.

Marie-Dominique Hagelsteen
Présidente du Conseil de la concurrence

Sommaire

Rapport d'activité 9

Études thématiques 51

Analyse de la jurisprudence 113

Rapport du ministre de l'Économie 335

Textes 355

Index 479

Recours devant la cour d'appel de Paris 505

Liste des décisions et avis 509

Rapport d'activité

Rapport d'activité

Titre I – Actualité législative du droit de la concurrence... 13

Chapitre I – L'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004... 13

Chapitre II – La loi n° 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière 14

Chapitre III – La loi n° 2004-237 du 18 mars 2004 15

Titre II – Le Conseil de la concurrence 16

Chapitre I – Activité du Conseil en 2003 16

Flux et stock d'affaires 16
Saisines nouvelles 16
Affaires terminées 17
État du stock des affaires en instance 17

Activité du collège 21
Analyse des saisines 21
Affaires traitées 23
Résultats par secteurs économiques 24
Décisions de sanctions pécuniaires 25

Délibérations du Conseil 27

Chapitre II – Organisation et fonctionnement 28

Ressources humaines 28
Réforme du statut administratif du Conseil 28
Organisation des services 28
Mouvement de rapporteurs 28

Budget 29

Chapitre III – Statistiques cour d'appel 30

Chapitre IV – Activités communautaire et internationale . . 30

Activité communautaire 30

Modernisation du droit des pratiques anticoncurrentielles 31

Réforme du contrôle des concentrations communautaires 38

Activité internationale. 43

La coopération au sein des institutions multilatérales 44

L'examen de la politique de la concurrence de la France à l'OCDE. . . 46

Le Réseau international de concurrence (RIC). 48

Le renforcement de relations bilatérales avec certains pays ou groupes de pays. 49

Rapport d'activité

Actualité législative du droit de la concurrence

■ L'ordonnance nº 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises

En application de l'article 26-10 de la loi nº 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, les articles 24 et 25 de l'ordonnance nº 2004-274 du 25 mars 2004 (*JO* nº 74 du 27 mars 2004 page 5871) instaurent une procédure accélérée pour l'examen, par le Conseil de la concurrence, des affaires inférieures à certains seuils et relèvent le seuil du chiffre d'affaires des entreprises soumises au contrôle des opérations de concentration.

L'article 24 insère deux nouveaux articles dans le Code de commerce, les articles L. 464-6-1 et L. 464-6-2, qui permettent au Conseil de prononcer un non lieu pour des pratiques d'entente, lorsque la part cumulée des entreprises parties à l'accord ou à la pratique ne dépasse pas certains seuils, en terme de parts de marché (seuils identiques aux seuils prévus dans la communication *de minimis* de la Commission européenne du 22 décembre 2001), à l'exception des pratiques considérées comme des restrictions caractérisées et des contrats passés en application du Code des marchés publics, qui ne sont pas visés par cette disposition *de minimis*.

L'article 25 de la même ordonnance relève le seuil de contrôle des concentrations à 50 millions d'euros de chiffre d'affaires.

■ La loi nº 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière

L'année 2003 a été marquée par le vote et l'entrée en vigueur de la loi nº 2003-706 du 1er août 2003 de sécurité financière (*JO* nº 177 du 2 août 2003, p 13 220), dont l'article 24 a pour objet d'intégrer le contrôle des opérations de concentration bancaires dans le droit commun de la concurrence, en confiant au ministre de l'Économie et, lorsqu'il est saisi pour avis en application de l'article L. 430-5 III, au Conseil de la concurrence, le soin d'identifier et de traiter les problèmes de concurrence qui viendraient à se poser pour les opérations de concentration bancaires.

Le contrôle demeure toutefois spécifique puisque, comme pour les secteurs de l'audiovisuel et de l'assurance, le Conseil de la concurrence devra consulter le régulateur sectoriel du secteur, à savoir, le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement (CECEI).

Le I de l'article 24 dispose :
« Le premier alinéa de l'article L. 511-4 du Code monétaire et financier est ainsi rédigé : *"Lorsque le Conseil de la concurrence est saisi, en application de l'article L. 430-5 du Code de commerce, de concentrations ou de projets de concentration concernant, directement ou indirectement, un établissement de crédit ou une entreprise d'investissement, il recueille l'avis du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement. Le Conseil de la concurrence communique, à cet effet, au Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement toute saisine relative à de telles opérations. Le Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement transmet son avis au Conseil de la concurrence dans le délai d'un mois suivant la réception de cette communication. L'avis du Comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement est rendu public dans les conditions fixées par l'article L. 430-10 du Code de commerce"*. »

Cette loi comble un vide juridique mis en évidence par le Conseil d'État, dans une décision du 16 mai 2003, annulant les conditions posées par le CECEI à la fusion entre le Crédit agricole et le Crédit lyonnais.

La prise de contrôle du Crédit lyonnais par le Crédit agricole avait été autorisée par le ministre de l'Économie (pour les activités non bancaires) et par le CECEI (pour les activités bancaires) les 28 janvier et 13 mars 2003 ; le CECEI avait assorti cette autorisation de conditions conduisant à la cession de 85 agences bancaires et au gel de l'ouverture de nouvelles agences pendant deux ans dans 32 départements.

Le Conseil d'État a considéré que « *les opérations de concentration portant sur des activités bancaires ne sont pas soumises à l'autorisation préalable du ministre chargé de l'Économie* », et que l'habilitation « *donnée par le législateur au comité des établissements de crédit et des entreprises d'investissement pour préserver le bon fonctionnement du système bancaire, en l'absence de règles de fond et de procédure édictées par le législateur et qui se substitueraient à celles écartées par l'article L. 511-4 du Code*

monétaire et financier, ne lui donne pas compétence pour procéder à un contrôle d'une opération de concentration en assortissant sa décision d'agrément de conditions particulières tenant au respect de la concurrence ». Le Conseil a aussi précisé que le CECEI n'était pas doté par la loi d'une compétence générale l'habilitant à contrôler à titre préventif les opérations de concentration.

Ce vide législatif est maintenant réparé par un alignement opportun sur les règles de droit commun applicables en matière de concentration.

■ La loi nº 2004-237 du 18 mars 2004 portant habilitation du Gouvernement à transposer, par ordonnance, des directives communautaires et à mettre en œuvre certaines dispositions du droit communautaire

L'article 2 de cette loi autorise le Gouvernement à prendre, par ordonnance, les dispositions législatives requises pour l'application, par les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales, du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité.

Le projet d'ordonnance vise notamment à doter le Conseil de la concurrence de nouveaux pouvoirs, afin que ceux-ci soient alignés sur les pouvoirs décisionnels des autres autorités du réseau des autorités de concurrence nationales et communautaire. Ainsi, le Conseil de la concurrence sera compétent pour accepter des engagements des entreprises, afin de remédier à des problèmes de concurrence et, d'autre part, pour infliger des astreintes aux entreprises, afin de les contraindre à respecter un engagement ou une injonction.

Le Conseil de la concurrence

Activité du Conseil en 2003

Conformément au choix de présentation arrêté en 2002, les statistiques d'activité du Conseil distinguent les indicateurs de flux et de stock de l'institution et les indicateurs d'activité du collège.

Flux et stock d'affaires

Saisines nouvelles

En 2003, le Conseil a enregistré 97 saisines nouvelles, dont 79 saisines contentieuses (fond et demandes de mesures conservatoires) et 18 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 1994.

Tableau 1 : Saisines nouvelles

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Saisines contentieuses	114	130	115	93	135	109	109	102	82	79
Demandes d'avis	27	19	27	27	29	27	35	25	26	18
Total	*141*	*149*	*142*	*120*	*164*	*136*	*144*	*127*	*108*	*97*

La baisse globale de 2003 est imputable à la diminution sensible des demandes d'avis alors que le nombre des saisines contentieuses est comparable à celui de 2002. Globalement, le nombre de saisines est depuis deux ans très inférieur à celui enregistré entre 1995 et 2001, baisse qui s'explique pour partie par une modération de certaines catégories de saisissants mais surtout par un meilleur filtrage à l'arrivée des demandes. En effet, les saisines manifestement irrecevables pour défaut de qualité pour agir des demandeurs, par exemple les saisines de particuliers, qui représentent un potentiel de quinze à vingt dossiers par an, sont désormais traitées en amont de l'enregistrement et font, dans presque la totalité des cas, l'objet de retrait immédiat. Elles ont donc disparu du rôle des affaires nouvelles.

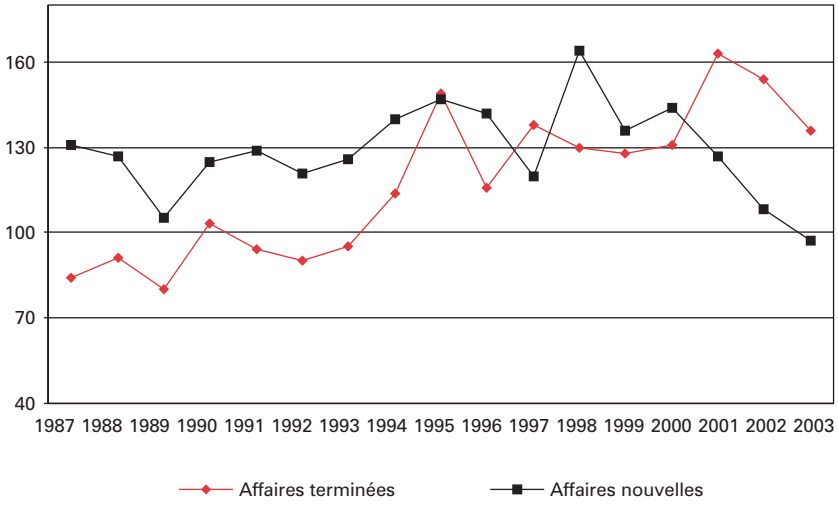
Affaires terminées

En 2003, 136 dossiers ont été terminés, ce qui correspond à la moyenne sur les dix dernières années (136 entre 1994 et 2003), confirmant le caractère exceptionnel des résultats de 2001 et 2002. Ces derniers s'expliquaient, pour partie, par le nombre des dossiers clos à la suite de l'arrêt du 17 juillet 2001 de la Cour de cassation rejetant le principe de la suspension de la prescription au profit de la partie saisissante, ce qui a mécaniquement augmenté le nombre de clôtures d'affaires pour prescription.

Tableau 2 : Affaires terminées

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Affaires contentieuses	83	130	98	111	108	106	96	138	130	108
Demandes d'avis	31	19	18	27	22	22	35	25	24	28
Total	*114*	*149*	*116*	*138*	*130*	*128*	*131*	*163*	*154*	*136*

Il faut également rappeler que le niveau des affaires terminées est très sensible au nombre de dossiers faisant l'objet d'une jonction. Dans ces cas, en effet, une même procédure et une même décision permettent de terminer plusieurs affaires en même temps. Une vingtaine d'affaires avaient bénéficié de cet effet de jonction en 2002, contre une douzaine seulement en 2003.



État du stock des affaires en instance

Comme en 2002, le nombre d'affaires terminées a 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 31/12/2002	2003		Nombre d'affaires en cours au 31/12/2003
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Affaires au fond	304	59	89*	274
Mesures conservatoires	5	17	17	5
Respect d'injonction	3	3	2	4
Avis	23	18	28	13
Total	*335*	*97*	*136**	*296*

** Le total de 89 affaires de fond closes ne tient pas compte de deux dossiers créés par disjonction pour les besoins de la procédure. En considérant que cette même affaire s'est transformée en trois dossiers, les chiffres auraient été respectivement de 91 et 138.*

Pour la première fois depuis 1993, le stock d'affaires en cours repasse sous la barre des 300 affaires. La situation reste toutefois très contrastée suivant les types de dossiers. Pour les saisines au fond, le stock représente environ trois ans d'activité, alors que pour les demandes d'avis, le stock a fortement baissé et ne représente plus que six mois d'activité.

Il faut noter que la forte baisse des demandes d'avis en attente (-10) traduit principalement l'effort du Conseil pour traiter les avis juridictionnels, dont le stock a été ramené à zéro en fin d'année.

Les mesures conservatoires constituent une catégorie à part, puisque le Conseil respecte un délai moyen de traitement de trois mois. Il n'y a pas, de ce fait, vraiment de stock mais simplement un 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.

Sur longue période, l'indicateur de stock évolue suivant le tableau ci-dessous (tableau 4).

Tableau 4 : État du stock

	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Stock au 1er janvier	280	307	307	333	315	377	404	417	381	335
Affaires nouvelles	141	149	142	120	192	155	144	127	108	97
Affaires terminées	114	149	116	138	130	128	131	163	154	136
Variation du stock	+27	0	+26	-18	+62	+27	+13	-36	-46	-39
Stock au 31 décembre	307	307	333	315	377	404	417	381	335	296

L'inflexion très nette de la situation depuis l'année 2000 est confirmée en 2003 et la diminution du stock se poursuit sur le même rythme qu'en 2001 et 2002.

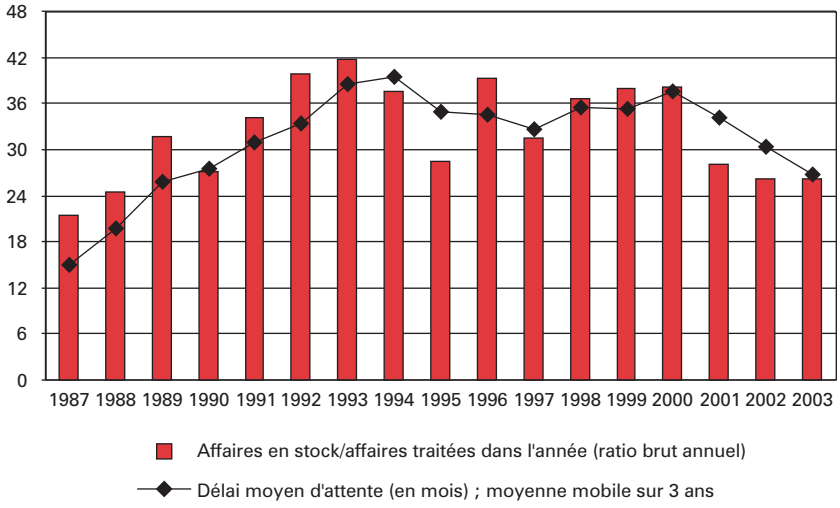
Indicateur d'évolution du stock

Depuis 2002, le Conseil présente un indicateur d'encombrement de l'institution égal au 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 durée de traitement des affaires réellement constaté (*cf. supra*). Lorsqu'il se dégrade, il est un signal d'alerte pour un allongement futur des délais ; lorsqu'il s'améliore, il peut annoncer un raccourcissement de la durée 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 prévisionnel, 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 trois 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 trois ans, puisque le délai moyen d'attente est passé de 38 mois en 2000 à 26 mois en 2003. Bien qu'encore trop élevé, ce délai prévisionnel retrouve le niveau de 1989 et s'éloigne très sensiblement du niveau moyen de 36 mois connu pendant les années 1990.

La diminution du stock constatée depuis deux ans et l'amélioration des délais prévisionnels ne doivent pas cacher la situation préoccupante des dossiers sortants, dont la durée moyenne reste encore très longue, principalement pour les dossiers contentieux de fond.

Pour les affaires terminées en 2003, la durée moyenne globale de traitement a été proche de trois ans et demi, mais ce chiffre masque de fortes dispersions individuelles.

Cette dispersion est particulièrement nette entre les différentes catégories de saisines. Les plus rapides sont les avis au gouvernement et aux autorités de régulation (2,5 mois), les avis en concentration (3 mois) et les décisions accordant des mesures conservatoires (3,8 mois). Les plus longues sont les affaires de fond (4 ans et 4 mois) et les avis juridictionnels, soumis à la procédure contradictoire (3 ans).

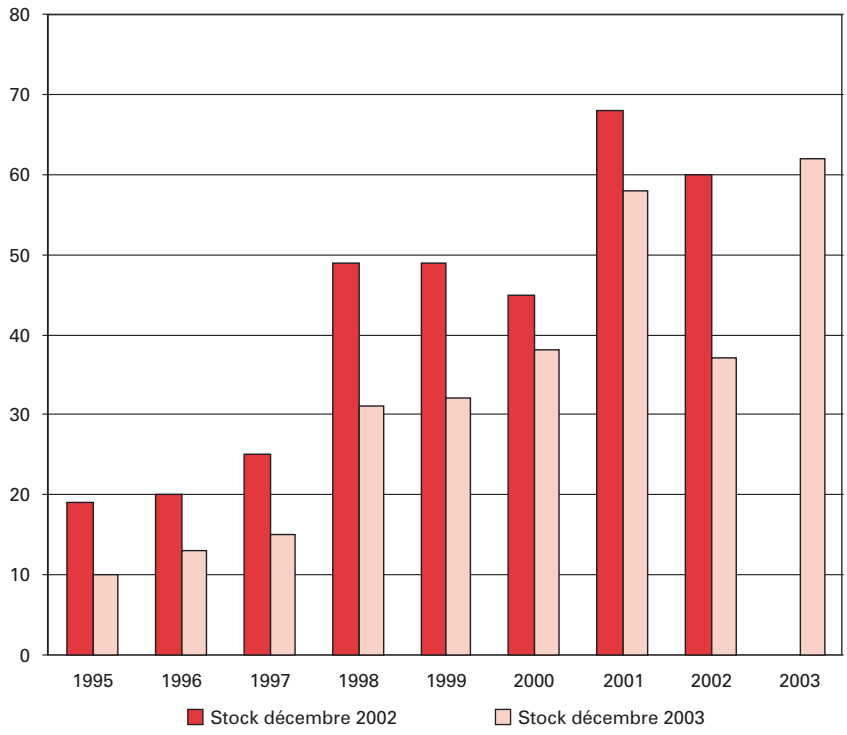
Ces chiffres, et surtout leurs variations, sont toutefois à interpréter avec certaines précautions car la faible population de chaque échantillon rend les moyennes très sensibles au poids de quelques affaires particulièrement longues.

On peut signaler l'effort fait, en 2003, par le Conseil pour apurer la situation des avis juridictionnels puisque le stock est passé de sept demandes d'avis en attente au 1er janvier à zéro au 31 décembre, alors qu'aucun avis juridictionnel n'avait été traité en 2002.

Indicateur d'ancienneté du stock

Année de saisine	En stock au 31/12/2002	En stock au 31/12/2003
1995*	19	10
1996	20	13
1997	25	15
1998	49	31
1999	49	32
2000	45	38
2001	68	58
2002	60	37
2003		62
Stock total	**335**	**296**

* 1995 et années antérieures (dont une affaire pendante devant la Cour de justice et trois affaires jointes à une nouvelle enquête)



Le Conseil présente cette année une analyse qualitative du stock des affaires, destinée à apprécier l'ancienneté de ce stock et son évolution.

La baisse globale du stock d'une quarantaine d'affaires entre 2003 et 2002 touche toutes les années. Sur les 162 affaires antérieures à 2000, en stock au début de l'année 2003, 61 ont été terminées dans l'année, si bien que le stock de sortie s'établit à 101, soit une baisse de 38 %.

Le stock des affaires de 2000 et 2001 n'a, en revanche, que peu baissé (-15 %), ce qui traduit la priorité donnée au traitement des affaires anciennes par le Conseil. On relève que beaucoup d'affaires de 2002 ont été terminées en 2003 (-45 %). Ce phénomène s'explique par le traitement rapide des mesures conservatoires, des avis, des rejets et des irrecevabilités.

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 au fond

	1999	2000	2001	2002	2003
Ministre chargé de l'Économie	24	20	16	11	16
Entreprises	44	40	41	34	34
Organisations professionnelles	19	9	3	4	4
Associations de consommateurs	1	3	5	4	2
Collectivités territoriales	1	2	2	0	1
Autres (y compris irrecevables)	2	7	8	0	0
Saisines d'office	7	5	6	5	2
Respect d'injonction	0	0	4	0	3*
Total	*88*	*86*	*85*	*58*	*62*

* Saisines ministérielles. Le nombre de saisines ministérielles s'élève donc à 16 saisines au fond + 3 respects d'injonction, soit 19 au total.

Après la forte chute de 2002, le nombre de saisines contentieuses a légèrement augmenté en 2003, essentiellement par l'effet de l'augmentation des saisines ministérielles (+5). Celles-ci restent toutefois dans la moyenne des quatre dernières années. En conséquence, la proportion des saisines

d'entreprises par rapport aux saisines ministérielles est redevenue ce qu'elle était dans les années 1999/2000, c'est-à-dire deux saisines d'entreprises pour une saisine ministérielle.

L'autre évolution notable est la baisse des saisines contentieuses des associations de consommateurs qui contraste avec l'évolution des deux années précédentes. La baisse des saisines d'office pourrait n'être que transitoire.

Enfin, l'élimination des saisines manifestement irrecevables ou mal orientées est confirmée. L'action de prévention dans ce domaine est désormais bien établie.

Demandes de mesures conservatoires

Tableau 6 : Demandes de mesures conservatoires

1999	2000	2001	2002	2003
21	23	17	24	17

Ces demandes sont relativement stables sur longue période, même si 2003 est plutôt dans le bas de la fourchette. Le nombre de demandes de mesures conservatoires enregistrées est toutefois sensible à l'effet de césure de fin d'exercice. Les saisines de fin décembre et celle de janvier sont relativement substituables et s'inscrivent dans des calendriers de traitement comparables.

Ces demandes sont très majoritairement le fait d'entreprises, mais on relève que sur les dix-sept demandes, l'une a été présentée par le ministre chargé de l'Économie et deux par des organisations professionnelles.

Demandes d'avis

Dix-huit demandes d'avis ont été adressées au Conseil :

– une 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 ;
– sept sur le fondement 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 ;
– deux sur le fondement de l'article L. 430-1 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 ;
– trois sur le fondement de l'article L. 410-2 qui prévoit que le Conseil est obligatoirement consulté sur les textes réglementant les prix ;
– une sur la base de l'article L. 462-3 qui prévoit que le Conseil peut être consulté par des juridictions ;
– deux sur la base de l'article L. 464-2 III qui prévoit que le Conseil peut adopter un avis de clémence dans lequel il précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération d'une sanction pécuniaire ;
– une à la demande de la Commission de régulation de l'énergie ;
– une à la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications.

Affaires traitées

Catégories de décisions

Le nombre total de décisions rendues en 2003 s'est élevé à 103. Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre des décisions contentieuses depuis 1999, avec leur répartition par catégories.

Tableau 7 : Décisions

	1999	2000	2001	2002	2003
Affaires instruites au fond :	49	53	56	47	56
– décisions de sanctions (pécuniaires et autres)	27	36	30	13	21
– décisions prononçant un non-lieu	22	17	26	34	35
Mesures conservatoires	12	18	8	9	4
Décisions d'irrecevabilité et de rejet	25	19	23	28	16
Décisions de classement/désistement	17	15	20	10	26
Autres				7	1
Sous-total décisions finales	*103*	*105*	*107*	*101*	*103*
Sursis à statuer	6	7	10	6	0
Total	*109*	*112*	*117*	*107*	*103*

Deux évolutions positives sont à noter, d'une part l'augmentation du nombre des décisions relatives à des affaires au fond et d'autre part, l'absence de sursis à statuer. En effet, les décisions de sursis à statuer sont traditionnellement prises en compte dans les chiffres des affaires traitées alors que, dans la réalité, ces décisions ne clôturent pas un dossier mais renvoient à l'instruction.

Il est à noter une baisse sensible des décisions de rejet et d'irrecevabilité qui est due à la politique volontariste de filtrage des saisines, source importante de décisions d'irrecevabilité dans les années précédentes, mais aussi à l'action engagée pour obtenir des désistements sur le stock de ces saisines sans fondement, comme on le voit pour l'augmentation importante de ce mode de terminaison des affaires en 2003.

La comptabilisation des décisions relatives aux demandes de mesures conservatoires a fait l'objet d'un changement en 2003 : sont comptabilisées dans la catégorie « *mesures conservatoires* » les décisions MC qui accordent des mesures conservatoires. À la différence des années précédentes, les décisions par lesquelles le Conseil décide de rejeter la demande de mesures conservatoires (que la saisine au fond soit elle-même rejetée ou non) sont désormais considérées comme des décisions d'irrecevabilité ou de rejet (tableau 7). En 2003, huit demandes de mesures conservatoires ont été rejetées et cinq ont fait l'objet d'un classement à la suite d'un désistement de la partie saisissante.

Avis

Le Conseil a rendu vingt-deux avis en 2003 qui se répartissent de la manière suivante : deux portent sur des questions de concentration (article L. 430-5), douze sur des questions générales de concurrence (L. 462-1), quatre ont été rendus à la demande de juridictions (L. 462-3), un porte sur un projet de texte réglementant les prix (L. 410-2). Un avis a été rendu sur la base du Code des postes et télécommunications et un en application de la loi portant sur l'ouverture du monopole du gaz naturel. Enfin, le Conseil a rendu un avis de clémence (L. 464-2 III). Toutes les demandes d'avis ne conduisent pas le Conseil à rendre un avis et celui-ci a pris, en 2003, une décision prononçant l'irrecevabilité de la demande d'avis.

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 à la fin du présent ouvrage. Cette méthode permet de regrouper plus facilement et de repérer d'une façon plus rationnelle 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 termes 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.

Comme en 2002, on relève la place importante du secteur de la construction, en tête des secteurs en 2003. Le secteur des télécommunications conserve également une position privilégiée même si le nombre d'affaires est en baisse par rapport à l'année dernière (cette évolution s'explique en partie par le fait qu'un nombre particulièrement important de saisines en demande de mesures conservatoires ont été traitées en 2002).

Mais l'année écoulée a, surtout, été marquée par l'apparition du secteur des assurances (3^{e} position) et par la montée en puissance du secteur de la chimie (principalement des produits pharmaceutiques) avec un doublement des décisions et avis pour ce dernier et la présence des affaires de presse. Le secteur de l'énergie se maintient au niveau de l'année dernière.

Les marchés publics ont représenté quinze décisions et trois avis, principalement dans le secteur construction, BTP et voirie, ce qui explique la place toujours prépondérante de ce secteur économique.

Tableau 8 : Décisions et avis par principaux secteurs économiques

Secteurs économiques	Nombre de décisions et avis
Construction	12
Postes et télécommunications	7
Assurance et auxiliaires financiers d'assurance	7
Industrie chimique (produits pharmaceutiques, cosmétiques, engrais)	6
Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur	5
Commerce et réparation automobile	5
Services fournis principalement aux entreprises	5
Édition, imprimerie et reproduction (presse)	4
Activités récréatives, culturelles et sportives	4
Santé et action sociale	4
Fabrication d'instruments médicaux, de précision, d'optique et d'horlogerie	3
Commerce de gros et intermédiaires de commerce	3
Activités informatiques	3
Services personnels	3

Décisions de sanctions pécuniaires

Montant des sanctions

Le Conseil prononce trois catégories de sanctions : les sanctions pécuniaires, les injonctions et les publications des décisions. En 2003, dix-neuf décisions ont donné lieu à des sanctions pécuniaires, pour un montant total de 88 535 095 euros.

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

Tableau 9 : Décisions de sanctions pécuniaires

	1999	2000	2001	2002	2003
Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires	13	28	30	12	19
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	58	67	116	103	57
Montant des sanctions	9,3 M€	14,6 M€ [1] 189 M€ [2]	51,2 M€	64,3 M€	88,5M€
Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées	8	4	3	8	4
Montant des sanctions	0,1 M€	0,06 M€	0,03 M€	0,5 M€	0,05M€
Montant total des sanctions	9,4 M€	189,1 M€ [2]	51,2 M€	64,8 M€	88,5 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 2003 se caractérise par une augmentation du nombre de décisions de sanctions et une diminution du nombre des entreprises sanctionnées qui ne fait que retrouver le niveau des années 1999-2000 après deux années de dispersion particulièrement élevée.

Le montant global des sanctions pécuniaires, de 88,5 M€, est en augmentation de 36 % par rapport à 2002 et atteint un niveau historiquement élevé, si l'on fait abstraction de l'affaire des banques en 2000.

L'évolution du montant moyen des sanctions pour les entreprises (montant des sanctions / nombre d'entreprises sanctionnées) traduit naturellement ces évolutions avec un bond très considérable en 2003 par rapport aux années précédentes.

Tableau 10 : Taux moyen des sanctions

	1999	2000	2001	2002	2003
Taux moyen (en M€)	0,16	0,22 (hors banque) 2,82 (avec banque)	0,44	0,62	1,55

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 2003, en fonction d'une typologie communément admise : soumissions concertées, obstacles à l'accès au marché, répartition de marché, ententes de prix. 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 : Nature des pratiques sanctionnées

Catégories	Nombre de pratiques
Abus de position dominante	5
Ententes	21
– soumissions concertées	8
– obstacle à l'accès au marché	4
– répartition de marché	3
– ententes de prix	6
Non-respect d'injonction	1

Secteurs économiques les plus sanctionnés

Le tableau suivant met en évidence les secteurs économiques qui ont fait l'objet des sanctions pécuniaires les plus importantes.

Tableau 12 : Secteurs économiques les plus sanctionnés

Secteurs économiques	Montant des sanctions (en M€)
Télécommunications	40,0
Commerce des carburants	27,0
Industrie chimique (produits pharmaceutiques)	12,0
Machines de bureau et matériel informatique	3,8
Construction	3,5

Délibérations du Conseil

L'activité globale du Conseil est identique à celle de 2002, avec une centaine de séances, soit un chiffre très satisfaisant qui confirme le bon niveau d'activité constaté depuis 2000. Le tableau suivant retrace le nombre des séances tenues par le Conseil dans ses différentes formations depuis les six dernières années.

Tableau 13 : Séances du Conseil

	1998	1999	2000	2001	2002	2003
Séances	89	83	109	106	100	100

En 2003, la répartition des séances entre les différentes formations s'est faite de la façon suivante : cinquante-deux réunions en sections, quarante-sept en commission permanente et une en plénière.

Organisation et fonctionnement

Ressources humaines

Réforme du statut administratif du Conseil

L'année 2003 a permis d'achever la mise en place de l'autonomie de gestion du Conseil. La totalité des postes de rapporteurs sont désormais inscrits, dans les documents budgétaires, sous l'intitulé unique d'emplois contractuels, et sont gérés suivant les règles fixées dans la convention de gestion passée en décembre 2002 avec la direction du personnel et de la modernisation de l'administration (DPMA) du ministère de l'Économie, des Finances et de l'Industrie.

Cet accord, dont le principe général est de laisser au Conseil la pleine maîtrise de la gestion individuelle des agents et de confier à la DPMA l'exécution de la paie, a donné pleine satisfaction en 2003.

Organisation des services

Plusieurs décisions individuelles sont intervenues en 2003 pour adapter l'organigramme de direction des services. M^me^ Valérie Michel-Amsellem, nommée Conseiller référendaire à la Cour de cassation, a été remplacée au poste de rapporteure générale adjointe par M^me^ Irène Luc, précédemment chargée des affaires européennes.

Cette nomination a conduit à réorganiser et à renforcer le service des affaires européennes, notamment en prévision de l'entrée en vigueur du règlement communautaire 1/2003. Pour cela, M^me^ Frédérique Daudret-John, rapporteure, et M. Christophe Lemaire, venu de la direction des affaires juridiques du ministère des Affaires étrangères, ont été nommés chargés de mission pour les affaires européennes, auprès du rapporteur général.

Mouvement de rapporteurs

Comme les années précédentes, les services d'instruction du Conseil ont été touchés par d'importants mouvements de personnel avec, pour les départs, sept rapporteurs et deux chargés de mission, et pour les arrivées, six rapporteurs et un chargé de mission.

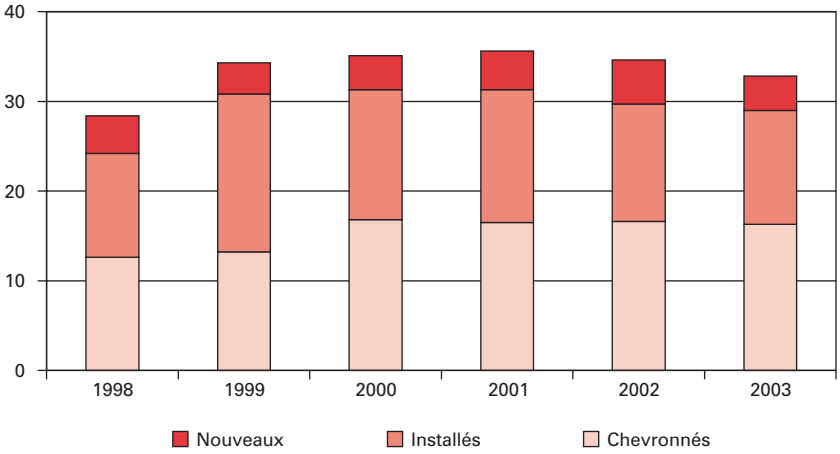
L'effectif global des services d'instruction étant d'une quarantaine d'agents, ces mouvements apparaissent très importants en proportion, mais restent comparables à ceux de 2002 qui étaient de six départs et six arrivées.

En 2003, le Conseil a bénéficié d'un ratio nombre de mois/rapporteurs inférieur à celui des années précédentes. Cet indicateur passant de 426 mois en 2001 à 415 mois en 2002 et 395 mois en 2003.

En équivalent temps plein annuel, ces chiffres traduisent une force de travail annuelle disponible de 32,9 rapporteurs en 2003, contre 34,6 en 2002 et 35,5

en 2001, ce qui traduit un affaiblissement des moyens réels des services d'instruction.

Tableau 14 : Équivalent temps plein en rapporteurs



Ce graphique *supra* donne, pour les six dernières années, la répartition des rapporteurs présents au Conseil en équivalent temps plein pendant une année N. Les rapporteurs ayant plus de deux ans d'ancienneté au 1er janvier sont considérés comme « *chevronnés* », ceux ayant moins de deux ans d'ancienneté au 1er janvier sont considérés comme « *installés* » et ceux qui ont été recrutés au cours de l'année N, après le 1er janvier, sont considérés comme des rapporteurs « *nouveaux* ».

La période 1999-2001 a été marquée par une augmentation de la force de travail du Conseil et par une stabilisation relative de l'effectif puisque le nombre des rapporteurs installés et chevronnés a augmenté sensiblement. En revanche, le *turn over* important en 2002 et 2003 a conduit au phénomène inverse : l'érosion du nombre de rapporteurs chevronnés et installés entraîne une érosion globale de la force de travail que ne parvient pas à compenser l'arrivée de nouveaux rapporteurs.

Budget

Par rapport à 2002, le budget global du Conseil est resté stable en 2003 : 8,6 millions d'euros. Cette stabilité recouvre une évolution différente des crédits de fonctionnement et des crédits de personnels. En effet, les premiers ont connu une légère baisse qui s'explique par la non reconduction des crédits accordés exceptionnellement en 2002 pour financer le colloque international qui s'est déroulé le 13 février 2002. En revanche les crédits de personnel ont connu une légère augmentation, passant de 5,7 à 5,8 millions d'euros. Cette augmentation a servi à financer la transformation ainsi que la revalorisation de certains emplois.

■ Statistiques cour d'appel

Les décisions du Conseil de la concurrence « *sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'Économie, qui peuvent, dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris* » (article L. 464-8 du Code de commerce).

En 2003, la cour d'appel de Paris a rendu 35 arrêts relatifs à des décisions du Conseil de la concurrence, dont 20 statuant au fond.

Elle a confirmé l'analyse du Conseil à treize reprises soit un taux de confirmation de 65 %. Toutefois, deux des trois décisions considérées, dans le tableau ci-dessous, comme des réformations partielles, peuvent aussi s'analyser comme des décisions confirmant l'analyse concurrentielle du Conseil. En effet, dans l'affaire des géomètres experts (02-D-14), la réformation porte sur la mise hors de cause d'une entreprise sur l'ensemble des entreprises condamnées (qui étaient au nombre de cinq). Dans l'affaire ADP (98-D-34), la réformation ne concerne pas le raisonnement du Conseil de la concurrence mais porte sur la question de la compétence même du Conseil après la décision du tribunal des conflits. Un rattachement de ces deux décisions à la catégorie des confirmations partielles conduirait à un taux de 75 % environ.

Tableau 15 : Statistiques cour d'appel

	Nombre de décisions	Références décisions
Confirmation	8	*02-D-33 / 02-D-35 / 02-D-37 / 02-D-44 / 02-D-76 02-D-59 / 03-D-07 / 03-D-25*
Confirmation partielle [1]	5	*95-D-76 / 02-D-36 / 03-MC-02 / 02-D-62 / 03-D-12*
Réformation totale ou annulation [2]	4	*02-D-43 / 02-D-60 / 02-D-42 / 03-D-17*
Réformation partielle [2]	3	*02-D-57 / 02-D-14 / 98-D-34*
Total des arrêts au fond	20	

1. Confirmation sur le fond avec réformation des sanctions ou modification de la formule des mesures conservatoires
2. Sur le fond

■ Activités communautaire et internationale

Activité communautaire

L'année 2003 a une fois encore été particulièrement riche au niveau communautaire. Alors que certains travaux engagés depuis plusieurs années ont abouti, d'autres chantiers ont été ouverts par la Commission. Les points les plus marquants résultent bien entendu de l'adoption des nouveaux textes de modernisation du droit de la concurrence, que ce soit dans le cadre des pratiques anticoncurrentielles ou du contrôle des concentrations. Au-delà de ces réformes, la Commission a également engagé de nouvelles réflexions, en particulier sur les services d'intérêt général, en publiant un Livre vert le 21 mai

2003, et sur la régulation des professions libérales et ses conséquences, en organisant une vaste opération de consultation et de collecte d'informations.

Modernisation du droit des pratiques anticoncurrentielles

La modernisation du droit des pratiques anticoncurrentielles se caractérise principalement par l'adoption du « *paquet modernisation* ». Elle se poursuit par ailleurs par l'adoption de plusieurs propositions de révision, soit de réglementation sectorielle, soit de règlements d'exemption par catégorie.

Le « paquet modernisation »

• L'adoption du « paquet modernisation »

Au cours de l'année 2003, les travaux relatifs à la modernisation du droit des pratiques anticoncurrentielles se sont poursuivis. Outre la publication du règlement du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité en tête du premier numéro du *Journal officiel des Communautés européennes* du 4 janvier 2003 (d'où son numéro 1/2003), l'année écoulée a été principalement marquée par la publication des autres textes composant ce qu'il est convenu d'appeler le « *paquet modernisation* ».

Ainsi, dans un premier temps, sept nouveaux textes ont été soumis à la consultation publique, les parties intéressées ayant eu la possibilité de soumettre leurs observations à la Commission. À cette occasion, la Commission a reçu cinquante-quatre contributions, toutes disponibles sur le site internet de la Direction générale de la concurrence. Après une dernière discussion avec les autorités nationales de concurrence au cours du second comité consultatif des 10 et 11 février 2004 et quelques modifications, ces textes ont été formellement adoptés par la Commission le 30 mars 2004.

Règlement (CE) nº 773/2004 de la Commission du 7 avril 2004 relatif aux procédures d'application des articles 81 et 82 du traité CE mises en œuvre par la Commission

Conformément à l'article 33 du règlement (CE) nº 1/2003, la Commission est autorisée à arrêter toute disposition utile en vue de l'application dudit règlement. En application de ces dispositions, la Commission a défini dans le règlement (CE) nº 773/2004 du 7 avril 2004 les règles relatives aux procédures d'application des articles 81 et 82 du traité.

Ces règles ont trait principalement :

– à l'ouverture de la procédure par la Commission ; aux enquêtes menées par la Commission, et plus spécialement au pouvoir de la Commission de recueillir des déclarations et de demander des explications pendant les inspections ;
– au traitement des plaintes, qu'il s'agisse de leur recevabilité, de la participation du plaignant à la procédure ou des conditions de rejet d'une plainte ;

– à l'exercice du droit d'être entendu, tant pour les entreprises poursuivies que pour le plaignant ou les tiers justifiant d'un intérêt suffisant ; et finalement à l'accès au dossier et au traitement des informations confidentielles.

En annexe de ce règlement figure le « *formulaire C* » reprenant les informations que les plaignants doivent fournir à la Commission à l'occasion du dépôt de leur plainte.

Communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau des autorités de concurrence

Le contenu de la communication

Pour la mise en œuvre du règlement (CE) nº 1/2003, un « *réseau européen de concurrence* » (REC) a été constitué entre les autorités nationales de concurrence et la Commission. Véritable forum de discussion et de coopération, le REC constitue, selon les termes de la communication, « *le socle sur lequel s'appuie la création et la préservation d'une culture commune de concurrence en Europe* » et doit assurer « *à la fois une division efficace du travail et une application efficace et homogène des règles communautaires de concurrence* ».

Dans ce cadre, la communication expose d'abord les principes qui président à la division du travail entre les autorités de concurrence. Sont ainsi posés les critères qui permettent de déterminer ce qu'est une autorité bien placée pour traiter une affaire. De même, la communication s'attache longuement à présenter le fonctionnement des mécanismes de coopération et d'assistance résultant du règlement (CE) nº 1/2003, et en particulier dans le cadre des articles 11, paragraphe 3 (information au début de l'enquête), 12 (échanges ou utilisation d'informations confidentielles), 13 (suspension ou arrêt de la procédure) ou 22 (enquêtes), sans oublier de préciser la place des entreprises dans ce dispositif, tout spécialement quand elles invoquent le bénéficie d'un traitement favorable.

Ensuite, la communication s'intéresse aux mécanismes qui permettent d'assurer une application homogène des règles communautaires de concurrence. Sont ici visés, d'une part, les mécanismes de coopération au sein du REC avant l'adoption d'une décision finale et, d'autre part, les conditions dans lesquelles la Commission a la possibilité, en application de l'article 11, paragraphe 6, du règlement (CE) nº 1/2003, d'ouvrir une procédure et de dessaisir les autorités nationales de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité.

Enfin, la communication fait le point sur le rôle et le fonctionnement du comité consultatif dans le nouveau dispositif.

La signature d'une déclaration par les autorités de concurrence

Ainsi que la communication de la Commission relative à la coopération au sein du réseau d'autorités de concurrence l'annonce, la quasi totalité des membres du REC ont signé une déclaration, par laquelle ils déclarent avoir pris connaissance des principes énoncés dans ladite communication et acceptent de les respecter (y compris le principe relatif à la protection des personnes ayant demandé à bénéficier de mesures de clémence). La liste de ces autorités a été publiée sur le site internet de la Commission européenne. Cet engagement

constitue un élément positif pour la protection des programmes de clémence, ainsi que pour celle des entreprises qui demandent à en bénéficier.

Communication de la Commission sur la coopération entre la Commission et les juridictions nationales pour l'application des articles 81 et 82 CE

À l'instar des autorités de concurrence, les juridictions nationales ont l'obligation d'appliquer les articles 81 et 82 CE, quand elles appliquent leur droit national de la concurrence à des pratiques, ententes ou abus de position dominante, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres.

Dans ce cadre, la communication précise les conditions d'application des règles communautaires par les juridictions nationales, tant au regard de leur compétence que des aspects procéduraux. Elle rappelle ensuite les principes posés par la jurisprudence communautaire en cas d'application parallèle ou consécutive des règles de concurrence communautaires par la Commission et les juridictions nationales.

La communication expose enfin, de manière détaillée, les mécanismes de coopération entre les juridictions nationales et la Commission. À cet égard, la coopération peut prendre deux formes. D'une part, la Commission peut jouer un rôle d'*amicus curiae* afin d'assister les juridictions nationales dans l'application des règles de concurrence communautaires. Ce rôle se traduit par l'obligation pour la Commission de communiquer, en principe, aux juridictions nationales les informations en sa possession, par la possibilité pour les juridictions nationales de solliciter l'avis de la Commission ou encore par la possibilité pour la Commission de soumettre des observations aux juridictions nationales sur des questions liées à l'application des articles 81 et 82 CE. D'autre part, ce sont les juridictions nationales qui vont être appelées à faciliter le rôle de la Commission dans l'application des règles de concurrence communautaires, que ce soit en lui communiquant les documents nécessaires à l'appréciation d'une affaire dans laquelle elle souhaite formuler des observations, en lui transmettant tout jugement statuant sur l'application de l'article 81 ou 82 CE ou en autorisant une visite domiciliaire sur le territoire d'un État membre.

Communication de la Commission relative au traitement des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 CE

La communication relative au traitement des plaintes déposées au titre des articles 81 et 82 CE répond au souci de la Commission d'être informée des violations suspectées des règles de concurrence et d'aider les entreprises et les citoyens à obtenir réparation de telles violations. Dans ce but, la communication incite les citoyens et les entreprises en cause, à s'adresser à la Commission, soit en déposant une plainte au titre de l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 1/2003, soit en lui fournissant des informations sur l'existence suspectée de pratiques anticoncurrentielles sur un site internet créé à cet effet.

La communication expose ensuite les différentes voies qui se trouvent désormais à la disposition des citoyens et des entreprises qui s'estiment victimes de pratiques anticoncurrentielles. Elle présente plus spécialement la complémentarité des rôles des autorités de concurrence et des juridictions nationales et les principaux éléments qui doivent permettre aux citoyens et

aux entreprises d'orienter leur action le plus efficacement possible. En outre, la communication rappelle les principes du partage des tâches entre la Commission et les autorités nationales de concurrence dans le cadre du système établi par le règlement (CE) nº 1/2003.

Dans un troisième temps, la communication expose la manière dont la Commission traitera les plaintes déposées par les personnes physiques et morales au titre de l'article 7, paragraphe 2, du règlement (CE) nº 1/2003. Ainsi, sont passées en revue, d'une part, les règles relatives au dépôt d'une plainte, pour lesquelles le plaignant doit se conformer aux exigences du « *formulaire C* » annexé à la communication et présenter un intérêt légitime, d'autre part, les règles relatives à l'examen de la plainte par la Commission, et en particulier l'évaluation de l'intérêt communautaire de celle-ci ainsi que des éléments de fait et de droit permettant d'apprécier le comportement dénoncé. Enfin, sont énoncées les règles relatives au traitement de la plainte, période pendant laquelle le plaignant bénéficie d'une série de droits, et notamment celui de présenter ses observations et d'obtenir une décision de rejet de plainte.

Communication de la Commission relative à des orientations informelles sur des questions nouvelles qui se posent dans des affaires individuelles au regard des articles 81 et 82 CE (lettres d'orientation)

Le passage d'un mécanisme d'autorisation à un mécanisme d'exception légale et le fait que la Commission considère que les entreprises sont généralement bien placées pour apprécier la légalité de leurs actes n'excluent pas pour autant l'établissement de relations informelles entre les entreprises et la Commission. Le règlement (CE) nº 1/2003 déclare d'ailleurs dans son considérant 38 que « *lorsqu'une situation crée une incertitude réelle, parce qu'elle soulève, pour l'application de ces règles, des questions nouvelles et non résolues, les entreprises concernées pourraient souhaiter demander à la Commission des orientations informelles* ». La communication vient précisément exposer les modalités dans lesquelles la Commission fournira aux entreprises des « *lettres d'orientation* ».

La communication établit d'abord les conditions dans lesquelles la publication d'une lettre d'orientation pourra être envisagée. Trois conditions cumulatives doivent être satisfaites. Il doit s'agir d'une question nouvelle, jamais traitée par des précédents jurisprudentiels et la demande doit contenir les éléments factuels nécessaires à son traitement immédiat. Ensuite, la communication précise la manière dont il convient de demander de telles orientations et le traitement qui leur sera réservé par la Commission. Enfin, elle indique le contenu et la portée de ces lettres d'orientation. Celles-ci contiendront une description des faits ainsi que la motivation juridique qui sous-tend l'interprétation de la Commission. Sous réserve des secrets d'affaires éventuels, ces lettres seront placées sur le site internet de la Commission. Leur portée est limitée puisque, même s'il peut en être tenu compte, elles ne lient ni les autorités et juridictions nationales, ni la Commission.

Lignes directrices relatives à la notion d'effet sur le commerce figurant aux articles 81 et 82 du traité

La notion d'affectation du commerce entre États membres, condition d'applicabilité des règles communautaires de concurrence et critère de répartition

des compétences, est définie de manière détaillée dans cette cinquième communication. Celle-ci distingue les principes et leur application aux types usuels d'accords et de pratiques abusives.

S'agissant des principes, après avoir rappelé quelques règles générales, la Commission s'attache à définir de manière précise les différentes notions qui composent le critère de l'affectation du commerce entre États membres. Même si quelques nouveautés sont introduites, la plupart des règles s'inspirent directement des solutions dégagées par la jurisprudence. Est d'abord définie la notion de « *commerce entre États membres* ». Celle-ci recouvre toute activité économique internationale qui a une incidence sur les activités économiques transfrontalières impliquant au moins deux États membres. Ensuite, la communication précise ce qu'il faut entendre par « *susceptible d'affecter* ». À cet égard, elle propose un critère type composé de trois éléments : un degré de probabilité suffisant sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs du droit ou de fait ; une influence sur les courants d'échanges entre États membres ; cette influence pouvant être directe ou indirecte, actuelle ou potentielle. Enfin, pour que le droit communautaire soit applicable, l'affectation doit encore présenter un caractère sensible. La communication définit cette notion et indique comment l'apprécier. En particulier, elle pose, à partir de seuils chiffrés, deux présomptions, l'une négative pour laquelle les accords sont présumés ne pas affecter sensiblement le commerce entre États membres, et l'autre positive pour laquelle, au contraire, les effets sur le commerce sont présumés sensibles.

Une fois les principes posés, la communication illustre leur mise en œuvre, en distinguant, en fonction de la nature de l'accord ou de la pratique abusive en cause, les accords et abus couvrant ou mis en œuvre dans plusieurs États membres, les accords ou abus couvrant un seul État membre ou une partie seulement d'un État membre et les accords et pratiques abusives en lien avec les pays tiers.

Lignes directrices concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité

Avec la réforme, les accords, décisions d'associations d'entreprises et pratiques concertées qui sont visés par l'article 81, paragraphe 1, du traité mais qui remplissent les conditions posées à l'article 81, paragraphe 3, sont désormais valides et applicables, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet. Pour aider les juridictions et les autorités nationales à apprécier si les conditions posées par l'article 81, paragraphe 3, du traité sont remplies, la Commission a décidé d'adopter cette dernière communication. Celle-ci prend place à côté des règlements d'exemption par catégorie et des lignes directrices relatives aux restrictions verticales et aux accords de coopération horizontaux existants.

Dans un premier temps, la Commission rappelle le cadre général de l'article 81 (CE), en examinant successivement les principes fondamentaux d'appréciation des accords en vertu de l'article 81, paragraphe 1 (CE), le sort des restrictions accessoires et les principes qui sous-tendent la mise en œuvre de l'article 81, paragraphe 3 (CE).

Ensuite, la Commission se concentre sur l'application de l'article 81, paragraphe 3 (CE). Après quelques rappels généraux, les lignes directrices

examinent chacune des quatre conditions cumulatives énoncées à l'article 81, paragraphe 3. Tout d'abord, l'accord restrictif doit contribuer à améliorer la production ou la distribution des produits ou promouvoir le progrès technique ou économique. La Commission propose d'importants développements sur ce point en se fondant principalement sur une approche économique. Celle-ci consiste à rechercher les gains d'efficience, réalisés sur les coûts ou de nature qualitative, résultant de la pratique en cause. Ensuite, l'accord restrictif doit s'abstenir d'imposer des restrictions qui ne sont pas indispensables à la réalisation des gains d'efficience créés par l'accord en cause. Afin de déterminer si cette condition est remplie, il importe d'examiner, d'une part, si l'accord proprement dit est nécessaire pour réaliser les gains d'efficience et, d'autre part, si chacune des restrictions de concurrence qui découlent de l'accord est nécessaire à la réalisation des gains d'efficience. Pour bénéficier de l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité, les entreprises doivent encore établir qu'une partie équitable du profit résultant de l'accord restrictif est réservée aux consommateurs. À cette fin, les lignes directrices proposent un cadre analytique permettant d'évaluer la répercussion des gains d'efficience sur le consommateur. Enfin, l'accord ne doit pas donner aux entreprises la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause.

- **La poursuite de l'activité des sous-groupes de travail**

Les quatre sous-groupes de travail créés en 2002 à l'occasion de la réunion constitutive du groupe de travail sur le REC ont poursuivi leurs travaux. L'année a permis de finaliser le travail de préparation des communications de la Commission et d'approfondir les modalités concrètes de fonctionnement de la coopération au sein du REC.

Ces travaux ont été l'occasion d'examiner en profondeur certains thèmes spécifiques, comme par exemple les enquêtes communes, les questions liées à l'application des programmes de clémence, à l'allocation des cas ou encore aux échanges d'informations.

Le Conseil a pris une part active à ces travaux. La fréquence des réunions et la qualité des échanges ont non seulement permis d'améliorer le fonctionnement du réseau mais également d'enrichir la connaissance mutuelle des systèmes de contrôle en vigueur dans l'Union élargie.

Bien que le « paquet modernisation » soit maintenant finalisé, le groupe de travail a décidé de poursuivre ses travaux à l'avenir afin de constamment améliorer le fonctionnement du REC.

La révision des règlements sectoriels et d'exemption par catégorie

- **Révision du règlement (CEE) nº 4056/86 du Conseil déterminant les modalités d'application des articles 81 et 82 du traité aux transports maritimes**

Le règlement nº 4056/86 du Conseil, qui est la principale réglementation communautaire en matière de concurrence applicable aux transports maritimes, est entré en vigueur le 1er juillet 1987 et n'a jamais été révisé depuis.

Contrairement aux autres règlements d'exemption par catégorie, le règlement nº 4056/86 est applicable pour une durée indéterminée et ne contient aucune clause de révision. Il en résulte donc que, depuis plus de quinze ans maintenant, aucun examen complet n'a été réalisé sur le bien-fondé de cette exemption.

Or la Commission considère que quatre raisons au moins justifient qu'il soit aujourd'hui procédé à un tel examen : les conditions du marché se sont considérablement modifiées ces quinze dernières années ; certains partenaires commerciaux de la Communauté ont entrepris une révision de leurs propres exemptions ; des travaux menés au sein de l'OCDE en 1999 et 2002 ont conclu à la nécessité pour les États de réexaminer la question des exemptions. Enfin, les règles de procédure ont évolué depuis l'adoption du règlement (CE) nº 1/2003.

C'est dans ce contexte que la Commission a, en mars 2003, invité les parties intéressées à répondre à un questionnaire pour lui permettre d'examiner plus en profondeur la nécessité de réviser le règlement nº 4056/86. Par ailleurs, dans le cadre des consultations entreprises par la Commission depuis mars 2003, une audition publique a été organisée à Bruxelles le 4 décembre 2003, à laquelle le Conseil de la concurrence a pris part. La Commission procède à présent à l'analyse des contributions présentées à l'occasion de cette audition.

- **Révision du règlement (CE) nº 823/2000 de la Commission du 19 avril 2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne (consortiums)**

Dans le secteur des transports maritimes, l'année 2003 a encore été marquée par la publication en septembre d'un avant-projet de la Commission portant modification du règlement (CE) nº 823/2000 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité à certaines catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne (consortiums).

Bien que le règlement (CE) nº 823/2000 soit applicable jusqu'au 25 avril 2005, il est apparu nécessaire de le modifier dès à présent afin d'aligner ses dispositions sur celles d'autres règlements relatifs au transport maritime, les règlements (CEE) nº 479/92 et 4056/86, modifiés par le règlement (CE) nº 1/2003. Les propositions de modification sont donc essentiellement de nature procédurale. Elles consistent en particulier à supprimer la procédure d'opposition, ainsi que les mentions relatives à la notification des consortiums, à insérer de nouvelles dispositions transitoires afin de régler le sort des notifications opérées en application de la procédure d'opposition et finalement à faire référence aux nouvelles compétences des autorités nationales de concurrence.

Ces propositions ont été formellement adoptées par la Commission le 12 mars 2004 dans le règlement nº 463/2004 (*JOUE*, L 77, p. 23).

- **Révision du règlement (CE) nº 240/96 de la Commission, du 31 janvier 1996, concernant l'application de l'article 85, paragraphe 3, du traité à des catégories d'accords de transfert de technologie**

En application de l'article 12 du règlement nº 240/96, la Commission est tenue de procéder à une évaluation régulière de l'application du règlement d'exemption par catégorie en faveur du transfert de technologie, dénommé « *règlement ECTT* » en vue d'apprécier si une adaptation du règlement est souhaitable. Dans un rapport datant de 2001, la Commission a relevé un certain nombre d'arguments plaidant en faveur d'un réexamen approfondi de la politique de concurrence dans le domaine des accords de transfert de technologie.

Après avoir invité les tiers (entreprises, associations de consommateurs, organisations professionnelles...) à présenter leurs observations, la Commission a adopté un projet de nouveau règlement accompagné d'un projet de lignes directrices.

Alors que l'ancien règlement était formaliste, suivant une approche légaliste, le projet de nouveau règlement s'inscrit dans le cadre de la nouvelle approche de la Commission des règlements d'exemption, c'est-à-dire une approche économique, qui apprécie l'incidence des accords sur le marché en cause.

Parmi les innovations, on relèvera principalement que le projet de règlement s'écarte du système qui consiste à dresser une liste des clauses exemptées (clauses blanches et grises) pour mettre davantage l'accent sur une définition des catégories d'accords qui sont exemptées jusqu'à concurrence d'un certain niveau de pouvoir de marché, ainsi que des restrictions ou des clauses qui ne devront pas figurer dans les accords. Le projet impose également d'opérer une distinction entre les accords entre concurrents, d'une part, et les accords entre non-concurrents, d'autre part. Par ailleurs, le projet de règlement s'étend aux accords multipartites, là où le précédent règlement ne couvrait que les accords bipartites. Enfin, le nouveau règlement prend en compte l'évolution des technologies en incluant dans l'exemption les transferts de technologie comportant des logiciels.

Réforme du contrôle des concentrations communautaires

Le règlement nº 139/2004 du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, entre en vigueur le 1er mai 2004, au moment de l'élargissement de l'Union européenne de 15 à 25 membres et en même temps que le nouveau règlement nº 1/2003, relatif à l'application des articles 81 et 82 du traité de la Communauté européenne (*JOCE* du 29/01/2004).

Les réformes introduites par le nouveau règlement portent à la fois sur des questions d'examen au fond des opérations de concentration (introduction d'un nouveau test de contrôle), de compétence (répartition des cas entre la Commission et les autorités nationales de concurrence) et de procédure (modalités de notifications et pouvoirs d'enquête).

Ce nouveau règlement est l'aboutissement d'une vaste consultation des États membres sur un Livre vert élaboré par la Commission en décembre 2001, afin d'améliorer le régime de contrôle des concentrations en vigueur depuis le 21 décembre 1990.

Outre le règlement Fusions nº 139/2004, une série de tests d'application ont été élaborés, ainsi qu'une réorganisation du processus de contrôle au sein de la DG Concurrence. La Commission a, le 5 février 2004, adopté des lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales et un code de bonnes pratiques pour la conduite des enquêtes en matière de concentration.

Le règlement nº 139/2004

• Le nouveau test d'appréciation des concentrations : entrave significative à la concurrence et non plus seulement création ou renforcement d'une position dominante

Le critère de fond, que devra utiliser la Commission pour décider s'il y a lieu ou non de s'opposer à une opération de concentration, a fait l'objet de débats entre les partisans du test de la domination résultant du règlement nº 4064/89 et en vigueur en Allemagne et les partisans du test de la réduction substantielle de la concurrence (test « SLC » : *substantial lessening of competition*) utilisé aux États-Unis et dans quelques États membres, notamment en France, au Royaume-Uni et en Irlande.

Le nouveau règlement retient une rédaction proche du texte français qui fait du test des positions dominantes une sous-catégorie du test d'entrave significative à la concurrence : « *Les concentrations qui n'entraveraient pas de manière significative une concurrence effective dans le marché commun ou une partie substantielle de celui-ci, notamment du fait de la création ou du renforcement d'une position dominante, doivent être déclarées compatibles avec le marché commun* » (article 2 § 2 du règlement nº 139/04).

Ce nouveau test élargit les capacités d'intervention de la Commission en lui permettant désormais d'appréhender tous types de scénarios anticoncurrentiels, qu'il s'agisse de la dominance d'une seule entreprise ou d'effets découlant d'une situation d'oligopole qui pourrait nuire au consommateur européen.

En d'autres termes, pourra être interdite une concentration ayant des effets anticoncurrentiels qui résultent du comportement non coordonné d'entreprises (« *effets unilatéraux* »), même si ces entreprises ne détiennent pas de position dominante sur le marché.

• La répartition des compétences entre la Commission et les États membres : un mécanisme de renvoi étendu

La Commission détient une compétence automatique et exclusive pour les concentrations entre entreprises dites de « *dimension communautaire* », c'est-à-dire, dépassant les seuils prévus à l'article 1 du règlement.

Le Livre vert a relevé que certaines opérations de concentration, qui ne remplissent pas les critères de seuils, peuvent être d'intérêt communautaire et que, par ailleurs, les notifications multiples de concentration dans plusieurs États étaient sources de coûts et d'insécurité juridique pour les entreprises.

Dans son projet de règlement, tel que proposé dans le Livre vert sur les concentrations, la Commission avait proposé l'adoption de la règle dite des « *3* + », règle transférant de façon automatique à la Commission l'examen des opérations de concentration relevant de la compétence de trois États

membres ou plus, même lorsque les seuils de chiffres d'affaires ne sont pas atteints. Ce mécanisme a été rejeté par le Conseil de l'Union. Il a toutefois été remplacé par une disposition (de l'article 4) qui permet aux parties ou aux entreprises concernées, au stade de la pré-notification, de renvoyer à la Commission une opération de concentration qui relève en principe de la compétence des États membres. Ainsi, dans le cas d'une concentration qui n'est pas de dimension communautaire, les parties ou entreprises concernées pourront, avant de la notifier aux autorités compétentes d'un ou de plusieurs États membres, informer la Commission que la concentration a des effets transfrontaliers significatifs et doit par conséquent être examinée par elle. Celle-ci transmet alors le dossier à tous les États membres, qui disposent d'un délai de 15 jours pour exprimer leur désaccord sur la demande de renvoi. Lorsqu'au moins un État membre a exprimé son désaccord, l'affaire n'est pas renvoyée. En revanche, lorsque aucun État membre n'a exprimé son désaccord, la concentration est réputée avoir une dimension communautaire, elle bénéficie du système du guichet unique et sera examinée par la Commission. Elle doit donc être notifiée à celle-ci (article 4-5).

Désormais, les dispositions de renvoi peuvent être appliquées avant la notification d'une opération, soit à la Commission, soit aux autorités nationales de concurrence.

- **Les questions de procédure**

Un renforcement des pouvoirs d'enquête et de sanctions

Le nouveau règlement renforce les pouvoirs d'enquête de la Commission, qui sont désormais largement alignés sur les pouvoirs conférés à la Commission dans le cadre du nouveau règlement 1/2003 sur la mise en œuvre des articles 81 et 82.

Le montant maximal des amendes encourues par une entreprise qui, de façon délibérée ou par négligence, fournirait un renseignement inexact, dénaturé ou incomplet, ou au-delà du délai prescrit, est porté de 500 000 euros à 1 % de son chiffre d'affaires total. Le montant maximal des astreintes est également très fortement augmenté.

L'allongement des délais d'examen en phase II (le stop the clock)

Le nouveau règlement introduit deux possibilités de prorogation de délais :

– lorsque les parties à la fusion présentent des engagements, elles bénéficient automatiquement d'un délai supplémentaire de trois semaines ;
– à la demande des parties ou de la Commission, mais avec l'accord des premières, la durée d'examen en phase II peut être prolongée de quatre semaines, afin d'approfondir l'examen sur des aspects difficiles dans des cas particulièrement complexes.

Notification en l'absence d'accords fermes de fusion

Le nouveau règlement abolit l'exigence d'un accord ferme de fusion comme préalable à une notification. Il est ainsi suffisant de démontrer une intention réelle de fusionner. Ce changement est en accord avec des « *pratiques recommandées* » développées au sein du Réseau international de la concurrence.

La réorganisation de la DG concurrence

Plusieurs changements majeurs concernant le processus de contrôle communautaire des concentrations sont intervenus dès la fin de l'année 2003 :

– le 1er septembre 2003, un économiste en chef a été désigné. Il dirige une équipe d'économistes qui donnera des avis sur les dossiers et réalisera une deuxième évaluation critique des conclusions de l'équipe en charge du dossier ;
– un groupe d'évaluation collégiale interne à la DG Concurrence a été créé pour examiner avec « *un regard neuf* », les conclusions de l'équipe chargée de l'enquête (dans tous les cas de phase II) ;
– à partir du 1er mai 2004, les concentrations ne seront plus traitées par la Merger Task Force, laquelle est dissoute, mais par les unités sectorielles de la DG Concurrence. Une unité de coordination de la politique de contrôle des concentrations est créée.

Les lignes directrices sur l'appréciation des concentrations horizontales

Cette communication sur l'appréciation des concentrations entre entreprises concurrentes est le fruit de l'expérience de près de quatorze ans de la Commission dans ce domaine et de la jurisprudence européenne. Elle a pour objet d'informer les entreprises et leurs conseils en rendant l'analyse de la Commission plus transparente et prévisible.

• Sur les parts de marché

La communication rappelle qu'une part de marché particulièrement élevée, 50 % et plus, peut en elle-même constituer la preuve de l'existence d'une position dominante.

À l'inverse, la communication pose une présomption de compatibilité avec le marché commun, lorsque la part de marché des entreprises concernées ne dépasse pas 25 %, ni dans le marché commun, ni dans une partie substantielle de celui-ci.

• Sur les effets anticoncurrentiels potentiels de la concentration

La communication expose la différence entre le concept d'effets unilatéraux qu'elle nomme « *effets non coordonnés* » et la notion « *d'effets coordonnés* ».

En substance, la constatation d'effets non coordonnés découle de la suppression d'importantes pressions concurrentielles qui pèsent sur une ou plusieurs entreprises, lesquelles auraient alors un pouvoir de marché accru, sans recourir à une coordination des comportements.

Quant aux effets coordonnés, ils résultent du changement de nature de la concurrence, de telle sorte que les entreprises qui, jusque-là, ne coordonnaient pas leur comportement, seraient dorénavant beaucoup plus susceptibles de le faire et de majorer leurs prix ou de porter atteinte, d'une autre manière, à la concurrence effective.

Une opération de concentration peut également faciliter, stabiliser ou rendre plus efficace la coordination entre des entreprises qui coordonnaient déjà leur comportement avant l'opération.

- **Sur les barrières à l'entrée**

La communication précise que, pour être utilement prise en considération par la Commission, l'entrée de nouveaux concurrents doit intervenir assez rapidement pour exercer une véritable pression concurrentielle. À cet égard, la communication considère que l'entrée sur le marché n'est normalement considérée, comme intervenant en temps utile, que si elle s'effectue dans un délai de deux ans.

- **Sur les gains d'efficacité**

La communication précise également que la Commission prendra en compte dans son analyse l'existence de gains d'efficacité si trois conditions sont cumulativement réunies : les gains d'efficacité doivent être à l'avantage des consommateurs, être propres à la concentration et être vérifiables.

Avantage pour les consommateurs

Lors de l'appréciation des arguments tirés des gains d'efficacité, il importe de vérifier que les consommateurs ne seront pas dans une moins bonne situation si l'opération a lieu. À cet effet, les gains d'efficacité doivent être importants, se matérialiser en temps utile et doivent, en principe, être à l'avantage des consommateurs qui sont sur les marchés où, à défaut de tels gains, l'opération soulèverait probablement des problèmes de concurrence.

La Commission précise que, dans le contexte des effets coordonnés, les gains d'efficacité peuvent pousser l'entité issue de la concentration à augmenter la production et à baisser les prix et, partant, diminuer son incitation à coordonner son comportement sur le marché avec d'autres entreprises. Les gains d'efficacité peuvent donc diminuer les risques d'effets coordonnés sur le marché en cause.

Gains d'efficacité propres à la concentration

Les gains d'efficacité sont pertinents aux fins de l'analyse concurrentielle, lorsqu'ils sont une conséquence directe de l'opération notifiée et ne peuvent être obtenus dans une mesure similaire au moyen d'alternatives moins anti-concurrentielles.

Caractère vérifiable

Les gains d'efficacité doivent être vérifiables, pour que la Commission puisse avoir la certitude, dans une mesure raisonnable, que la concrétisation de ces gains est probable et qu'ils seront suffisamment importants pour contrebalancer l'effet dommageable potentiel de la concentration pour les consommateurs.

Le code de bonnes pratiques pour la conduite des enquêtes en matière de concentrations

Dans le but d'améliorer la qualité du processus décisionnel en matière de contrôle des concentrations, le code de bonnes pratiques introduit des changements dans la conduite quotidienne de ce contrôle.

- **Réunions de pré-notification**

La Commission incite les entreprises à se rapprocher d'elle, bien avant la notification de l'opération, afin notamment de préparer dans les meilleures conditions cette première étape.

- **Conditions d'accès au dossier de la Commission**

Désormais, les entreprises dont le projet de concentration est examiné, auront accès au dossier de la Commission, rapidement après l'ouverture de l'enquête de phase II, plutôt qu'à partir de la notification des griefs.

De la même façon, elles pourront avoir un accès régulier au cours de l'enquête aux observations des tiers.

- **Des réunions bilans aux étapes clés de la procédure**

Des réunions-bilans avec la Commission

La Commission entend organiser systématiquement des réunions bilans ou « *état des lieux* » avec les parties à la concentration à des moments décisifs de la procédure, afin de les tenir informées des progrès de l'enquête et de leur donner l'occasion de discuter de l'affaire.

À chaque stade, il s'agit de permettre aux parties et à la Commission d'engager une discussion constructive sur l'étape qui vient d'être franchie et de commencer à envisager la suivante dans les meilleures conditions possibles.

Des réunions avec les tiers

La Commission envisage l'opportunité d'organiser, si les parties le souhaitent, des réunions informelles au cours desquelles les parties notifiantes auront la possibilité d'être confrontées directement aux tiers, y compris les concurrents de la nouvelle entité.

Activité internationale

En 2003, 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 s'est poursuivie à un rythme soutenu à l'Organisation de coopération et développement économique (OCDE) et à la Conférence des Nations unies pour la coopération et le développement (CNUCED). L'année 2003 a d'ailleurs été marquée au plan international par l'examen des politiques de la concurrence de l'Allemagne et de la France dans le cadre d'une revue par les pairs à l'OCDE. Les travaux à l'Organisation mondiale du commerce (OMC) marquent le pas depuis la conférence ministérielle de Cancun.

La coopération au sein des institutions multilatérales

Trois organisations internationales permettent aux autorités nationales de concurrence de traiter les problèmes posés par des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'affecter à des degrés divers les échanges et le commerce international : l'OCDE, la CNUCED et l'OMC. Les deux premières organisations ont tenu, en 2003, des réunions complémentaires sur les principales questions soulevées par l'existence et l'application d'un droit et d'une politique de la concurrence, tant dans un cadre national que régional ou international.

À 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. 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 2003, le Comité de la concurrence, ainsi que ses groupes de travail, ont accentué leurs réflexions sur les relations entre politique de la concurrence et régulations sectorielles, faisant passer au second plan le thème traditionnel d'étude des aspects internationaux de la politique de la concurrence.

Trois thèmes ont été privilégiés en 2003 : en premier lieu, les travaux sur les réformes structurelles et l'efficacité des marchés, en second lieu, le début de travaux sur l'influence de la politique de la concurrence sur la protection des consommateurs et, en troisième lieu, la poursuite des travaux sur la lutte contre les ententes injustifiables (*hard core cartels*). Pour ce faire, des tables-rondes ont été organisées, auxquelles des représentants du monde des affaires ont été conviés. En particulier, l'examen de l'impact structurel de la réforme réglementaire sur les économies les plus avancées a fourni l'occasion au Comité de la concurrence de l'OCDE d'examiner les politiques de la concurrence de trois pays : la Norvège, l'Allemagne et la France. En ce qui concerne la France, les conditions de cet examen sont récapitulées plus bas.

Par ailleurs, l'OCDE a poursuivi en 2003 le cycle des « *forums globaux* » sur l'ensemble des matières abordées par chacun des grands comités. Le troisième forum global sur la concurrence s'est ainsi tenu en février 2003, avec pour objet de permettre de créer un dialogue régulier et une confrontation d'expériences entre pays de l'OCDE et pays non membres, et de prolonger les réflexions menées au sein du Groupe conjoint sur les échanges internationaux et la concurrence de cette même organisation. Pour ce troisième forum global sur la concurrence de l'OCDE, plus d'une quarantaine de pays en développement de quatre continents ont été conviés. À cette occasion, l'initiative a été prise par la présidente du Conseil de la concurrence de réunir, en marge de ce forum, les représentants d'autorités de concurrence émergentes dans les pays francophones en développement. Les représentants d'une dizaine de pays, essentiellement d'Afrique et d'Asie, ont ainsi pu amorcer une réflexion dans ce cadre sur les principaux outils du droit de la concurrence pour le développement. Le problème essentiel, dans cette matière comme dans celles plus généralement liées aux problèmes du

développement, tient à la mise en place du cadre institutionnel et à la faible stabilité des ressources humaines bien formées dans les institutions, tandis que la démarche d'intégration régionale semble pouvoir permettre de réduire certaines de ces difficultés en regroupant des moyens limités affectés à une meilleure efficacité économique régionale. En outre, cette réunion a permis une réflexion sur les thèmes traités dans le cadre de l'ONU et de la CNUCED analysés ci-après.

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.

Cette année, la présidence du groupe d'experts a été assumée par l'Allemagne, désignée avec le soutien de la France notamment. Des experts d'une quarantaine de pays, dont une nette majorité provenant de pays en développement ont participé aux débats. Le Secrétariat avait convié aux débats un expert de l'université de Cambridge, le professeur Ajit Singh, connu pour ses positions relativement réservées à l'égard de la politique de concurrence dans les pays en développement et plutôt favorable à une politique industrielle fondée sur une forme de « *discrimination positive* » marquée par un certain degré d'asymétrie des échanges en faveur des pays en développement et au détriment des pays développés.

Quatre thèmes ont été traités : les deux premiers thèmes traités étaient respectivement « *l'interface entre politique industrielle et politique de la concurrence* » et « le "design" *optimal d'un droit de la concurrence dans les pays en développement* ». Dans ces deux séries d'échanges, les débats ont été marqués par certaines prises de positions assez vives de pays en développement, qui n'étaient pas tous favorables à un renforcement du droit de la concurrence. Mais, dans une large majorité, les pays représentés ont indiqué leur intérêt pour un droit de la concurrence contribuant au développement et conçu en fonction du degré de maturité des marchés. À quelques reprises, des délégués de l'Afrique, appuyés par une importante délégation latino-américaine, ont fait valoir que le sous-développement pouvait revêtir des formes très variées, nécessitant des réponses de politiques de concurrence modulées. Ces travaux ont très clairement souligné le caractère indispensable d'une forte flexibilité et progressivité du droit de la concurrence en fonction des niveaux de développement, mais aussi en fonction, et c'est important, du degré de l'intégration régionale des pays développés concernés.

Dans la suite logique des deux précédents sujets, le troisième thème était relatif au « *traitement spécial et différencié en droit et politique de la concurrence* ». Le quatrième thème traitait des « *rôles de possibles mécanismes de médiation et de modalités alternatives y compris les* "peer reviews" ».

Dernièrement, à l'OCDE, l'Afrique du Sud avait fait l'objet d'un tel examen par les pairs, sous l'angle de la concurrence à la satisfaction générale des participants (pays développés et pays en développement) réunis dans un « *Forum mondial sur la concurrence* ». Ceci a été rappelé dans le cadre de la CNUCED. À la suite des débats intervenus sur ce point, il a été demandé au secrétariat de la CNUCED de procéder à un inventaire sur les procédures de médiation et de résolution des conflits déjà existant dans les organisations régionales et sur les principaux enseignements à en tirer du point de vue du développement. Ces thèmes seront donc débattus par le groupe d'experts en 2004. Enfin, les travaux du GIE « *Concurrence* » ont traité, comme chaque année, de la question de l'assistance technique et des programmes de formation en matière de concurrence. Cette question n'a pas posé de problème particulier, le secrétariat de la CNUCED ayant pris soin de développer des programmes dans toutes les régions où existe le sous-développement, l'Agenda Post-Doha ayant placé le renforcement des capacités des pays en développement, en incluant dans ce renforcement l'expertise sur les « nouveaux sujets », dont la concurrence, au centre des préoccupations de la société internationale.

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. Jenny, vice-président du Conseil de la concurrence, a tenu deux réunions formelles en 2003. Au cours de ces réunions, le groupe a poursuivi son travail d'inventaire sur la pertinence des principes fondamentaux de l'OMC pour la politique de la concurrence, tels le traitement national, la transparence et le traitement de la nation la plus favorisée, ainsi que sur les moyens de promouvoir la coopération entre les pays membres de cette organisation, dotés ou non d'autorités de concurrence. En vue de la conférence ministérielle de Cancun en septembre 2003, ce groupe a cherché à préciser la position de chacun des grands groupes de pays présents dans les négociations de l'OMC (Européens, Nord-Américains, Asiatiques, Inde, Chine et pays en développement, cette dernière catégorie reflétant en fait une grande variété d'intérêts), 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* ». La conférence de Cancun s'étant terminée sur un désaccord entre les participants, les activités des groupes de travail de l'OMC sont suspendues jusqu'à ce qu'un consensus se dégage sur les conditions de reprise de ces activités au sein de l'organisme directeur de l'OMC, le « *Conseil général* », constitué de l'ensemble des ambassadeurs des pays membres de cette organisation.

L'examen de la politique de la concurrence de la France à l'OCDE

L'année 2003 a été marquée par l'examen de la politique de la concurrence des deux principales économies européennes, celles de l'Allemagne et de la

France à l'OCDE dans le cadre d'un examen d'ensemble des grandes politiques économiques des principaux pays membres de cette organisation. Dans les deux cas, cet examen a porté sur les conditions dans lesquelles s'effectue la réforme réglementaire, qu'il s'agisse des réformes sur le fonctionnement des administrations ou d'ouverture à la concurrence des grands secteurs de l'économie. En outre, pour ce qui concerne certains domaines (management public télécommunications, politique commerciale, droit et politique de la concurrence, notamment), il s'agit aussi d'établir une base de comparaison entre pays. Cet examen repose, pour chacun des domaines concernés, sur un rapport du secrétariat qui met en exergue certains points offerts à la discussion entre les membres du comité et la délégation du pays examiné.

Cette session a été présidée par le doyen des membres du Comité, le directeur général de l'autorité finlandaise de la concurrence, M. Matti Purasjoki. La délégation française était conduite par M^me^ Marie-Dominique Hagelsteen, présidente du Conseil de la concurrence, et M. Benoît Parlos, directeur général de la DGCCRF. Les deux pays examinateurs étaient les États-Unis, représentés par l'assistant attorney général des États-Unis, chef de l'antitrust au département de la Justice, et le président de la Federal Trade Commission ainsi que l'Italie, représentée par le président de l'autorité de concurrence italienne, M. Giuseppe Tesauro.

Le rapport du secrétariat de l'OCDE élaboré pour servir de base à la revue de la politique de la concurrence française par les pairs a mis l'accent sur les points suivants : le rôle important des opérateurs de service public en France, les structures juridiques et institutionnelles du droit de la concurrence français, l'organisation du contrôle des concentrations, l'originalité et l'importance de la réglementation relative à la concurrence déloyale, et les conditions de fonctionnement des autorités françaises de concurrence (Conseil de la concurrence et DGCCRF).

La présidente du Conseil de la concurrence, M^me^ Hagelsteen, est intervenue à titre liminaire, sur trois points critiques évoqués par un rapport du secrétariat de l'OCDE, marqué par une approche trop peu familière des institutions françaises. Concernant la réforme réglementaire, la présidente Hagelsteen a souligné le mouvement profond et irréversible de la réforme engagée en France depuis vingt ans, dont la modernisation du droit de la concurrence fait partie ; concernant le secteur public, elle a rappelé que celui-ci, dès lors qu'il exerce une activité industrielle ou commerciale, ne bénéficie d'aucune immunité, notamment au regard du droit de la concurrence ; enfin, elle a indiqué que les lourdeurs de procédure imputées par le rapport du secrétariat de l'OCDE au Conseil de la concurrence lui étaient imposées par son juge d'appel, mais que leur respect garantissait la solidité des décisions du Conseil dont la légitimité n'étant, par ailleurs, pas contestée. Les questions de la délégation américaine ont été dirigées tour à tour vers la DGCCRF et le Conseil de la concurrence. Elles ont porté notamment sur l'évaluation de la culture de la concurrence en France, sur les sanctions pénales et les conditions de mise en œuvre de la politique de clémence, sur les ressources et la modernisation des autorités nationales de concurrence dans le cadre de la réforme du droit communautaire, sur les relations entre la DGCCRF et le Conseil de la concurrence, sur les conditions d'application du droit de la

concurrence aux entreprises publiques ou chargées de missions de service public, sur les relations entre progrès économique et politique de l'emploi et sur la prise en compte de ces éléments par les autorités de concurrence, sur la mission de plaidoyer (*advocacy*) pour la concurrence, et enfin sur les conditions d'examen des concentrations. Dans le domaine des concentrations, la délégation américaine s'est interrogée sur le partage des compétences entre les deux autorités de concurrence. Le directeur général de la DGCCRF a développé sa position sur l'utilité d'une « *double paire d'yeux* » lors des opérations soulevant des problèmes de concurrence importants non résolus en première phase, ce qui permet de sécuriser la décision. Pour sa part, la présidente du Conseil de la concurrence a indiqué que le centre de gravité du contrôle des pratiques anticoncurrentielles était du côté du Conseil de la concurrence tandis que celui du contrôle des concentrations était encore du côté du ministre de l'Économie mais, qu'en raison de la maturité du système français, il ne serait pas incohérent de soumettre à l'avenir le contrôle des activités de marché de l'ensemble des opérateurs économiques à la même autorité. La délégation italienne a interrogé longuement la délégation française sur la politique de communication des autorités de concurrence. En ce qui concerne « l'*advocacy* », Marie-Dominique Hagelsteen a souligné le rôle consultatif croissant du Conseil et – sur les modalités techniques de « l'*advocacy* » – elle a renvoyé les délégations à la documentation et au nouveau site internet du Conseil. Après l'examen par les États-Unis et l'Italie et les questions d'autres délégations, la Commission européenne (M.E. Paulis, DG Comp) a indiqué que le rapport de l'OCDE soulignait une évolution considérable de la culture de la concurrence en France et a évoqué le rôle central de la France au sein du réseau européen des autorités de concurrence.

Le Réseau international de concurrence (RIC)

À l'initiative des responsables des autorités de concurrence des États-Unis et de l'Union européenne, un Réseau international d'autorités de concurrence (RIC ou International Competition Network ICN) a été constitué à Naples en 2002. Il a réuni une quarantaine de responsables d'autorités de pays développés et en développement. Le Conseil de la concurrence est membre de ce réseau, dirigé par un groupe directeur de quinze pays et traite des principaux problèmes posés par l'application du droit de la concurrence au plan international, en regroupant les pays intéressés par groupe de travail. Le Réseau tient une conférence une fois par an. En 2003, cette conférence s'est tenue à Mérida (Mexique) et a réuni une cinquantaine de pays.

Le réseau *ICN* compte actuellement six groupes de travail :

– « *Cadre opérationnel* », sous présidence italo-canadienne, chargé de définir les thèmes fondamentaux qui seront étudiés par l'ICN et de coordonner les activités en relation avec les questions de financement (étudiées par un autre groupe) ;
– « *Fusions* », sous présidence américaine (*Department of Justice*) constitué de plusieurs sous-groupes chargés d'étudier les procédures de notification des fusions, le cadre analytique des évaluations de fusions, les techniques

d'enquête pour conduire de telles évaluations, et les documents et textes législatifs ;
– « *Questions financières* », sous présidence américaine (FTC), chargé de rechercher les supports et soutiens financiers pour assurer la participation au RIC des autorités de concurrence disposant de ressources trop limitées ;
– « *Constitution de capacités et mis en œuvre de la politique de concurrence* », sous présidence mexicaine et européenne comportant des sous-groupes chargés des missions de plaidoyer (*advocacy*) et élaboration de documents de référence (dont le premier a été publié en 2003 avec des participations du Conseil de la concurrence) ;
– « *Mise en œuvre du droit de la concurrence dans les secteurs déréglementés* », sous présidence italo-française et animé par un vice-président du Conseil de la concurrence.

Le Conseil de la concurrence participe à l'ensemble des réflexions conduites par le RIC, qui sont de nature non normative et n'engagent pas les États. Elles sont destinées en principe à ne fournir que des principes directeurs et de bonnes pratiques de référence pour les autorités nationales de concurrence. Par ailleurs, en marge du RIC ou des travaux des organismes multilatéraux classiques, le Conseil de la concurrence entretient des relations bilatérales avec les autorités de concurrence des pays francophones.

Le renforcement de relations bilatérales avec certains pays ou groupes de pays

En 2003, le Conseil de la concurrence a participé à une importante activité de développement du droit de la concurrence dans les pays en développement, essentiellement dans le cadre de conférences régionales organisées par les secrétariats de l'OMC et de la CNUCED, notamment en Asie (séminaires de Kuala-Lumpur pour les pays de l'Asie du Sud-Est et orientale, Port-of Spain pour les pays du Caribbean Common Market, Doha pour les pays arabes, New Delhi pour l'Inde essentiellement et Rio pour les pays d'Amérique latine). Dans certains cas, le Conseil de la concurrence a été également associé à des activités de réforme ou d'élaboration de droits nationaux de la concurrence dans des pays en transition et développant une économie de marché (Russie, Vietnam, Macédoine).

Études thématiques

Études thématiques

Objet, effet et intention anticoncurrentiels 55

- **L'apparente alternative objet/effet** 56
- **L'effet sensible : révolution ou continuité ?** 64
- **L'élément intentionnel** 73
- **Conclusion** 77

Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel 79

- **Introduction** 79
- **Des conditions d'exploitation, des contraintes et des objectifs spécifiques** 81
- **Les comportements** 86
- **Prédation, subventions croisées et aides d'État : la jurisprudence de la Commission européenne** 99
- **L'adaptation des structures des entreprises publiques au jeu concurrentiel** 103
- **Conclusion** 111

Études thématiques

Objet, effet et intention anticoncurrentiels

Ainsi qu'il l'écrivait dans son premier rapport annuel [1], le Conseil de la concurrence « *n'est appelé à intervenir, pour l'essentiel, que si le fonctionnement d'un marché est troublé en raison d'une déviation effective ou potentielle du processus de la concurrence* ». Il soulignait à cette occasion que sa vocation consiste à réprimer les pratiques qui faussent le jeu du marché, définies aux articles L. 420-1 et 420-2 du Code de commerce concernant les ententes ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'entraver le jeu de la concurrence et, dans les mêmes conditions, les abus de position dominante ou de situation de dépendance économique.

L'atteinte au fonctionnement du marché est donc l'élément constitutif central des infractions au droit de la concurrence, ce qui les distingue des infractions du titre IV du Code de commerce qui concernent uniquement les atteintes aux intérêts particuliers des opérateurs économiques et qui relèvent de la compétence du juge de droit commun.

Les développements suivants s'attacheront à montrer que l'alternative objet/effet, présentée par les textes relatifs au droit de la concurrence, n'est qu'apparente et que la réception par le Conseil de la notion d'effet sensible s'inscrit dans la continuité de sa jurisprudence sur le contrôle des pratiques anticoncurrentielles.

L'élément matériel des atteintes à la concurrence étant ainsi défini, la notion d'intention viendra apporter quelques précisions sur l'élément subjectif des atteintes à la concurrence.

1. Rapport annuel 1987, introduction, page III.

L'apparente alternative objet/effet

L'article L. 420-1 du Code de commerce prohibe les ententes qui « *ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur un marché* » ; de même, l'article L. 420-2 du Code de commerce interdit les abus de domination, « *dans les conditions prévues à l'article L. 420-1* ».

La formulation de l'article 81-1 du traité CE est presque identique, à l'exception de la potentialité d'effet qui n'est pas expressément mentionnée, mais que la jurisprudence communautaire a depuis longtemps considéré comme visée par le texte : « *Sont incompatibles avec le marché commun et interdits tous accords entre entreprises, toutes décisions d'associations d'entreprises et toutes pratiques concertées, 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 (...)* ».

De même, l'article 82 du traité est largement similaire au texte français.

La législation communautaire et nationale distingue donc les pratiques ayant pour objet de restreindre la concurrence de celles ayant pour effet ou potentialité d'effet de restreindre la concurrence. La question du caractère exclusif ou inclusif du « *ou* » figurant dans les articles 81 du traité et L. 420-1 du Code de commerce pouvait donc légitimement se poser aux premiers exégètes de ces textes.

La Cour de justice des communautés européennes s'est expressément prononcée sur le caractère non cumulatif des deux critères, dans un arrêt du 30 juin 1966 (Société technique minière (LTM) c/ MBU [2]). Dans le même arrêt, elle liait aussitôt les deux critères et exposait leur articulation dans la procédure d'instruction des pratiques par les autorités de concurrence.

La Cour expose ainsi la démarche qui doit être suivie pour rapporter la preuve des infractions anticoncurrentielles : « *Le caractère non cumulatif, mais alternatif de la présente condition, marqué par la conjonction "ou", conduit d'abord à la nécessité de considérer l'objet même de l'accord, compte tenu du contexte économique dans lequel il doit être appliqué ; (...) les altérations du jeu de la concurrence, visées par l'article 85, paragraphe 1, doivent résulter de tout ou partie des clauses de l'accord lui-même ; (...) au cas cependant où l'analyse desdites clauses ne révèlerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible ; (...) le jeu de la concurrence dont [il] s'agit doit être entendu dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux ; (...) notamment l'altération de la concurrence peut être mise en doute si ledit accord apparaît précisément nécessaire à la pénétration d'une entreprise dans une zone où elle n'intervenait pas* ».

2. Voir aussi, pour une récente confirmation, CJCE, 17 juillet 1997, Ferrière Nord/Commission, C-219/95 P points 14 et 15.

Selon la Haute Juridiction, il est donc nécessaire d'opérer l'examen des pratiques en deux étapes :

– la première étape consiste dans l'examen de l'objet même de la pratique, apprécié dans son contexte économique, et des altérations du jeu de la concurrence qui en sont la conséquence logique. Si cet objet révèle un degré suffisant de nocivité, il n'est pas utile d'aller en rechercher les effets ; ceux-ci sont présumés ;
– si cette analyse ne révèle pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il s'avère nécessaire de passer à la seconde étape, qui consiste dans l'examen des effets des pratiques.

Il est évident que cette démarche place au cœur du processus d'instruction les altérations au jeu de la concurrence, mais à des niveaux gradués : probables ou potentielles dans les restrictions par objet, avérées ou potentielles pour les restrictions par effet, qui ne sont punissables que si ces restrictions sont sensibles.

Cette démarche en deux étapes, distinguant une procédure de qualification de l'infraction essentiellement basée sur l'objet et une procédure axée sur les effets, est plus ou moins pratiquée par toutes les autorités de concurrence, à des degrés divers.

Première étape : l'objet anticoncurrentiel

En droit de la concurrence, le terme « *objet* » signifie couramment « *objectif* », « *but poursuivi* » [3]. Il entretient un rapport ambigu avec la notion d'intention, comme on le verra en troisième partie.

Les accords ayant pour objet de restreindre le jeu de la concurrence sont ceux dont la mise en œuvre conduit nécessairement à restreindre la concurrence, si bien qu'il s'avère inutile de démontrer leurs effets concrets sur le marché. Ces pratiques sont en elles-mêmes présumées attenter au jeu de la concurrence. En quelque sorte, l'atteinte à la concurrence est contenue à titre latent dans l'accord.

La jurisprudence communautaire a maintes fois affirmé que la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue, dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence, ainsi que l'a énoncé la Cour de justice des communautés européennes, dans un arrêt du 13 juillet 1966, Consten SARL et Grundig : « *(...) Aux fins de l'application de l'article 85, paragraphe 1, la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue dès qu'il apparaît qu'il a pour objet de restreindre, empêcher ou fausser le jeu de la concurrence* ».

3. La Cour de justice définit ainsi l'objet, dans un arrêt CRAM du 23/3/84 (30/83-§ 26) : « *(...) il s'agit, par contre, d'examiner les buts poursuivis par l'accord en tant que tel, à la lumière du contexte économique dans lequel l'accord doit être appliqué* » ; dans un arrêt du 24 juin 2003 (Conseil supérieur des géomètres experts), la cour d'appel de Paris emploie d'ailleurs le terme de but au lieu de celui d'objet dans la caractérisation des pratiques « *ayant pour but ou pour effet* ».

« *(...) Partant, l'absence, dans la décision attaquée, de toute analyse des effets de l'accord sur le plan de la concurrence entre les produits similaires des différentes marques, ne saurait constituer, par elle-même, un vice de la décision.* »

La Cour de justice a réaffirmé cette jurisprudence dans un arrêt du 10 mars 1992 (T 14/89, § 264), ajoutant que, dans l'hypothèse d'une infraction par objet, les effets ne pouvaient être pris en compte qu'au niveau de la fixation de l'amende : « *Il convient de rappeler que la Commission a établi à suffisance de droit que les accords et les pratiques concertées constatés avaient un objet anticoncurrentiel au sens de l'article 85, paragraphe 1, du traité CEE. Dès lors, la pertinence de la question de savoir s'ils ont eu un effet anticoncurrentiel se limite à l'appréciation du montant de l'amende. (...)* » [4]

Le Conseil de la concurrence a aussi fréquemment énoncé que « *la démonstration du fait qu'une pratique ou une convention a eu un effet sur la concurrence n'est pas nécessaire pour la qualifier au regard des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, dès lors qu'il est établi que son objet était anticoncurrentiel ou qu'elle pouvait avoir un effet anticoncurrentiel...* » [5].

La démonstration de l'objet peut s'avérer plus ou moins aisée. En effet, la pratique incriminée doit permettre, sur la base d'un ensemble d'éléments objectifs de droit ou de fait, d'envisager avec un degré de probabilité suffisant qu'elle puisse exercer une influence directe ou indirecte, actuelle ou potentielle, sur la concurrence. Or, la jurisprudence considère que certaines pratiques ont, par nature, un objet anticoncurrentiel ; il s'agit d'infractions dites *per se*, « *patentes* ». Pour ces pratiques, la simple preuve de la commission des faits suffit, sans qu'il soit besoin de pousser plus loin l'analyse. L'examen de la jurisprudence, tant nationale que communautaire, nous en révèle un certain nombre.

La Cour de justice a elle-même appliqué le qualificatif d'infraction *per se* à des cartels portant sur les prix et le volume de vente dans un arrêt Montedipe SA (10/03/1992, T-14/89, § 264-265) et un arrêt Treillis soudés (6/04/1995, T 151/89, § 90).

Elle a, par ailleurs, jugé que les accords fixant un prix minimal avaient, par leur nature même, un objet anticoncurrentiel [6], nonobstant leur non-application [7]. La même analyse a prévalu à propos des clauses d'interdiction d'exportation, dans un arrêt L'Oréal du 11 décembre 1980 (31/80, § 19). Le tribunal de première instance (TPI) a énoncé, dans un arrêt Parker (14/07/1994, T 77/92, § 37) :

4. CJCE, 10 mars 1992, Montedipe, T 14/89, § 264.

5. Décision 96-D-02 du 9 janvier 1996 ; décision 96-D-39 du 4 juin 1996 ; la décision 97-D-45 du 10 juin 1997 emploie une formule différente : « *Entre dans le champ d'application de ces dispositions (article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986) toute pratique concertée, même si elle n'a aucun effet, dès lors qu'elle a un objet ou peut avoir un effet anticoncurrentiel sur un marché* » ; voir encore décision 97-D-62 du 16 septembre 1997.

6. CJCE, BNIC 30 janvier 1985, 123/83.

7. CJCE, Belasko, 11 juillet 1989, 246/86.

« *Il convient de rappeler, à titre liminaire, qu'il est constant, en l'espèce, que la requérante a conclu, en 1986, un accord avec Herlitz comportant une clause d'interdiction d'exporter. Or, il résulte d'une jurisprudence constante de la Cour que* "par sa nature même une clause d'interdiction d'exportation constitue une restriction de la concurrence, qu'elle soit adoptée sur l'initiative du fournisseur ou à celle de son client, l'objectif sur lequel les contractants sont tombés d'accord étant d'essayer d'isoler une partie du marché" *(...)* ».

La jurisprudence communautaire sur les pratiques horizontales constitue une autre illustration de cette position. Dans l'hypothèse d'une concertation, les entreprises agiront nécessairement et inévitablement en fonction des informations échangées, et en conséquence, l'on peut soutenir que la concertation induira de manière automatique des comportements anticoncurrentiels sur le marché, sauf preuve contraire apportée par l'entreprise.

Dès lors, s'il est démontré qu'une concertation avait un objet illicite en soi, il n'est pas nécessaire, pour faire application de l'article 81 à cette concertation, de rapporter la preuve d'agissements concrets consécutifs à l'entente.

Ainsi, le TPI a estimé dans un arrêt Enichem du 17 décembre 1991 (T-6/89) que par sa participation à des réunions ayant pour objet la fixation d'objectifs de prix et de volumes de ventes, une entreprise a pris part à une concertation ayant un objet anticoncurrentiel, sans qu'il soit nécessaire de démontrer les effets de la pratique, qui en découlent nécessairement ; cette entreprise « *a non seulement poursuivi le but d'éliminer par avance l'incertitude relative au comportement futur de ses concurrents, mais elle a nécessairement dû prendre en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'elle entendait suivre sur le marché. De même, ses concurrents ont nécessairement dû prendre en compte, directement ou indirectement, les informations que leur a dévoilées la requérante sur le comportement qu'elle avait décidé ou qu'elle envisageait d'adopter elle-même sur le marché, pour déterminer la politique qu'ils entendaient suivre sur le marché* » (§ 201) [8].

De même, dans un arrêt du 13 décembre 2001 Krupp Thyssen (T-45/98 et T-47/98), le TPI, dans une pratique d'entente sur les prix entre producteurs d'acier inoxydable, a réaffirmé que la prise en considération des effets concrets d'un accord est superflue (§ 151) :
« *De même, les pratiques concertées sont interdites, indépendamment de tout effet, lorsqu'elles ont un objet anticoncurrentiel. En effet, si la notion même de pratique concertée présuppose un comportement sur le marché, elle n'implique pas nécessairement que ce comportement produise l'effet*

8. Voir aussi dans le même sens : TPI, 12 juillet 2001, Tate et Lyle British Sugar (T-202/98, T-204/98 et T-207/98) : « *(...) le seul fait d'avoir reçu lors de ces réunions des informations concernant des concurrentes, informations qu'un opérateur indépendant préserve comme secrets d'affaires, suffit à manifester l'existence chez elle d'un esprit anticoncurrentiel* » (§ 66) et TPI, 20 avril 1999, Limburgse Vinyl Maatschappij (§ 741 et 745), confirmé par la CJCE, dans un arrêt du 15 octobre 2002 (C-238/99 P) : « *(....) grâce à la seule participation aux dites réunions, chaque participant a nécessairement pris en compte, directement ou indirectement, les informations obtenues au cours de ces réunions pour déterminer la politique qu'il entendait suivre sur le marché* » (§ 67).

concret d'empêcher ou de fausser la concurrence (arrêts Commission/Anic, points 123 et 124, Hüls/Commission, points 164 et 165, et Montecatini/Commission, points 124 et 125). Aussi, lorsque la Commission a établi à suffisance de droit la participation d'une entreprise à une concertation ayant pour objet de restreindre la concurrence, elle n'a pas à apporter la preuve que cette concertation s'est manifestée par des comportements sur le marché ou qu'elle a eu des effets restrictifs de la concurrence. Au contraire, il incombe à l'entreprise concernée de prouver que la concertation n'a influencé d'aucune manière son propre comportement sur le marché (Commission/Anic, point 126, et Hüls, point 167) » (§ 152).

En droit communautaire, s'agissant des ententes verticales, les restrictions « *par objet* », considérées comme les plus graves atteintes à la concurrence, sont énumérées dans les règlements d'exemption par catégorie, lignes directrices et communications communautaires ; ce sont « *les restrictions ayant des effets anticoncurrentiels graves* » (ou clauses noires) qui font perdre le bénéfice de l'exemption automatique des règlements d'exemption par catégorie ou encore celles qui sont définies comme « *restrictions caractérisées* » ou « *flagrantes »* dans la communication sur les accords d'importance mineure (considérant 11), c'est-à-dire, notamment, celles qui imposent des prix de revente, limitent la production ou les ventes, répartissent des marchés ou des clients, instituent des protections territoriales absolues ou interdisent les livraisons croisées entre distributeurs.

Le Conseil de la concurrence n'a jamais utilisé l'expression d'infraction *per se*, mais il ressort de sa jurisprudence que les pratiques visant à évincer un opérateur du marché, à restreindre les échanges ou à s'entendre sur les prix, ont nécessairement un objet anticoncurrentiel. Cette jurisprudence est particulièrement fournie dans le domaine des marchés publics, des répartitions de marché et des abus de position dominante visant à exclure un concurrent.

Boycott

La pratique de *boycott*, constituée, selon la définition donnée par la chambre commerciale de la Cour de cassation dans un arrêt FFSA du 22 octobre 2002, par « *une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché* » (sous la forme par exemple de refus collectif d'acheter, d'approvisionner, d'accéder à un service, opposé à un opérateur pour l'empêcher d'accéder à ou de se maintenir sur un marché), constitue l'une des formes les plus poussées d'atteinte à la concurrence. C'est la raison pour laquelle cette pratique est interdite *per se*, indépendamment de son effet sur la concurrence. La cour d'appel de Paris a relevé, dans un arrêt du 3 décembre 1998 SCP Frerot, que « *cette pratique, constitutive d'action concertée et anticoncurrentielle par son objet, est prohibée par l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, peu important qu'elle n'ait eu qu'un impact limité, voire très limité, en termes de chiffre d'affaires sur le marché (...)* ». La Cour de cassation a également rappelé, dans un arrêt du 10 mars 1998/Syndicat des pharmaciens de Haute-Savoie, qu'une politique de *boycott*, « *compte tenu de sa gravité, devait être sanctionnée même si elle n'avait eu qu'un effet limité* ».

Marchés publics

Dans le domaine des marchés publics, les échanges d'informations avant le dépôt des offres sont anticoncurrentiels en soi, sans qu'il soit nécessaire de tenir compte des effets concrets des pratiques [9]. Le Conseil a ainsi récemment rappelé, dans une décision 03-D-55 du 4 décembre 2003, relative à la réfection de la pelouse d'un stade de football, que « *la communication d'un chiffrage à un concurrent pour susciter une offre de couverture dans une procédure d'appel d'offres a, en elle-même, un objet anticoncurrentiel* » (§ 30).

Répartitions de marchés

Un accord national entre grossistes répartiteurs visant à geler leurs parts de marché a un objet et un effet potentiel anticoncurrentiels (décision 01-D-07 du 11/04/2001). Un partage du marché des titres restaurant a un objet et « *nécessairement un effet* » sur la concurrence (décision 01-D-41 du 11/07/2001).

Dans une décision 03-D-29 du 13 juin 2003 (matériel médical de la circulation extracorporelle), le Conseil a estimé que la politique commune concertée de partage de marché (tenue de séminaires communs, politiques de prix coordonnées, suivi de la collaboration sur le terrain, primes compensatrices pour leurs employés liées aux affaires perdues par l'une d'entre elles en interne) entre deux entreprises présentées comme indépendantes, avait un objet anticoncurrentiel (§ 134) et un effet présumé ; ayant constaté que le marché concerné était un marché où les positions acquises changeaient difficilement et où les sociétés en cause détenaient des parts de marché cumulées de 39 %, le Conseil a estimé que la pratique avait permis aux deux entreprises d'augmenter artificiellement leurs chances d'emporter les appels d'offres : « *En conséquence, les pratiques en cause, mises en œuvre par des entreprises détenant conjointement une part importante du marché, ont nécessairement eu un effet sur celui-ci* » (§ 137). Cet effet est au moins potentiel (§ 139).

Politiques d'éviction menées par un opérateur en position dominante

Dans une décision 01-D-23 du 10 mai 2001, le Conseil a jugé que la société Abbott, en proposant des remises de nature à capter l'exclusivité des achats d'Isoflurane par des centrales d'achat, avait commis une pratique anticoncurrentielle par objet et potentialité d'effet : « *La pratique consistant pour un opérateur qui détient, du fait de l'exploitation d'un brevet, un monopole sur un marché, de mettre en place à l'arrivée d'un concurrent sur le marché, des*

9. Décision 01-D-13 du 19 avril 2001 : les échanges d'informations ayant conduit à la rédaction, par l'unique soumissionnaire d'un marché, d'une offre de couverture destinée à un concurrent qui finalement renonce à déposer cette offre de couverture, ont pour objet et pour effet potentiel de porter atteinte à la concurrence ; décision 01-D-20 du 4 mai 2001 : au moyen selon lequel les deux sociétés ayant déposé des offres exactement identiques, n'avaient finalement pas été retenues par le maître d'ouvrage pour des raisons techniques et que la concurrence n'avait pas été affectée par les échanges d'informations, le Conseil répond : « *Le fait que les offres de ces deux sociétés n'aient pas été retenues en raison du défaut de qualification requis (...) est sans incidence sur la qualification des pratiques, dès lors qu'elles pouvaient avoir pour effet de restreindre la concurrence sur le marché.* »

remises de fidélité pour dissuader les acheteurs de s'adresser à cette concurrente, est une pratique qui vise à empêcher la diversification et la fluidité du marché et qui revêt, en conséquence, un caractère de gravité certain ».

La nature anticoncurrentielle de l'objet ne s'impose pas toujours avec évidence et il faut parfois procéder à sa démonstration, au regard du contexte économique et juridique de la pratique, et plus particulièrement, par rapport aux données du marché en cause. Une recherche plus approfondie est alors nécessaire pour montrer que la restriction de concurrence se déduit du contenu de l'entente avec un degré de probabilité suffisant. Par exemple, un accord d'exclusivité, la constitution d'un groupement [10], la pratique de prix *franco*, un refus d'approvisionnement [11], des discriminations tarifaires n'ont pas forcément un objet anticoncurrentiel et peuvent être justifiées par la poursuite d'autres objectifs.

Il faut alors prendre en considération la nature, la quantité limitée ou non des produits faisant l'objet des pratiques, la position et l'importance des parties sur le marché concerné, le caractère isolé de la pratique ou, au contraire, la place de celle-ci dans un ensemble d'accords (effets cumulatifs). Dans cette dernière situation, un accord vertical peut être parfaitement légitime mais devient anticoncurrentiel en raison du verrouillage du marché par la présence d'accords verticaux similaires. Leur cumul interdit l'entrée sur le marché et crée une situation intolérable au regard du libre jeu de la concurrence. Le domaine d'application privilégié de cette théorie est la distribution sélective (voir *infra*, note 15).

La notion d'objet, telle qu'appliquée par la jurisprudence tant communautaire que nationale, revient à sanctionner la tentative d'atteinte à la concurrence, c'est-à-dire la pratique accomplie volontairement dans le but d'attenter à la concurrence mais restée sans effets pour des raisons indépendantes de la volonté de l'auteur. C'est ainsi que le fait qu'une clause ayant pour objet de restreindre la concurrence, n'ait pas été mise en œuvre par les cocontractants ne suffit pas à la soustraire à l'interdiction de l'article 85, paragraphe 1 (arrêts de la CJCE du 21/02/1984 Hasselblad, 86/82 ; du 11/01/1990, Sandoz prodotti Farmaceutici).

Il convient cependant de ne pas confondre la tentative d'atteinte à la concurrence, qui échoue dans son objectif, avec la tentative visant à conclure un accord anticoncurrentiel, qui n'est pas punissable, faute d'avoir abouti. Ainsi, la cour d'appel a jugé, dans un arrêt du 9 avril 2002 (SA Bloc Matériaux), que des entreprises de travaux publics qui avaient tenté, sans succès, d'attraire une entreprise concurrente dans une entente de répartition de marché, n'avaient pu constituer une entente, la tentative d'entente n'étant pas répréhensible.

La notion d'objet présente un intérêt certain, car elle permet aux autorités de concurrence d'agir de façon préventive, avant la réalisation des effets des pratiques. Cet intérêt existe surtout pour la Commission [12], qui intervient

10. Décision 01-D-32 du 27 juin 2001.
11. Décision 01-D-70 du 24 octobre 2001.
12. En tout cas, jusqu'à l'entrée en vigueur du nouveau règlement 1/2003.

pour autoriser les ententes *a priori* prohibées. Il existe à un moindre degré pour le Conseil de la concurrence, qui sanctionne *a posteriori*.

Deuxième étape : l'effet anticoncurrentiel

Si l'existence d'un objet anticoncurrentiel n'est pas démontrée, il convient d'examiner si la pratique a ou est susceptible d'avoir des effets restrictifs sur la concurrence. Il faut donc envisager les effets actuels et les effets potentiels. La Cour de justice des communautés européennes a jugé, dans un arrêt John Deere Ltd du 27 octobre 1994 (C-7/95 P), que « *l'article 85, paragraphe 1, ne limite pas une telle appréciation aux seuls effets actuels mais celle-ci doit également tenir compte des effets potentiels de l'accord sur la concurrence dans le marché commun* » (voir en ce sens, arrêts du 10/12/1985, ETA, 31/85, point 12, et BAT et Reynolds/Commission, point 54).

Dans le cas des restrictions par effet, il faut démontrer que la pratique affecte la concurrence ou est susceptible de l'affecter à un point tel qu'il soit possible de prévoir avec une assez bonne probabilité que cette pratique aura sur le marché en cause des effets négatifs sur les prix, la production, l'innovation, la diversité ou la qualité des produits et services.

Des effets défavorables sur la concurrence sont susceptibles de se produire sur le marché en cause quand la pratique vient créer ou renforcer un pouvoir de marché des parties, qui leur permet de rechercher un équilibre des prix à un niveau différent de celui qui aurait résulté de la concurrence, de cristalliser des situations acquises au détriment du libre choix du consommateur [13] ou encore de restreindre la production quantitativement ou qualitativement.

La Cour de justice a défini le cadre d'analyse des effets dans un arrêt du 28 mai 1998 John Deere Ltd (C-7/95 P) : « *Pour apprécier si un accord doit être considéré comme interdit en raison des altérations du jeu de la concurrence qui en sont l'effet, il convient d'examiner le jeu de la concurrence dans le cadre réel où il se produirait à défaut de l'accord litigieux (...)* » (§ 76) [14]. Il y aura lieu de tenir compte, entre autres, de l'existence d'accords similaires conclus entre des entreprises tierces et pouvant entraîner, avec l'accord en cause, un effet cumulatif sur le jeu de la concurrence [15].

Dans toutes ces hypothèses, les droits national et communautaire de la concurrence sanctionnent les atteintes à la concurrence. La démonstration des effets réels ou potentiels des pratiques est donc centrale et requise dans tous les cas. Toutefois, sur le plan des preuves, la démonstration d'un objet anticoncurrentiel suffit, lorsque les effets découlent nécessairement des pratiques, soit en raison de la nature de celles-ci, soit en raison des conditions dans lesquelles elles sont appliquées.

13. CJCE, 14 juillet 1972 Sandoz AG contre Commission, 53-69.

14. Voir, notamment, arrêts de 30 juin 1966, Société technique minière (56/65), et du 11 décembre 1980, L'Oréal, (31/80, point 19).

15. CJCE, Brasserie de Haecht, 12 décembre 1967, 23-67.

S'agissant des pratiques anticoncurrentielles par leur effet, l'arrêt du 30 juin 1966 (LTM), cité plus haut, exige néanmoins que le jeu de la concurrence ait été restreint de « *façon sensible* » : « *(...) Au cas cependant où l'analyse desdites clauses ne révèlerait pas un degré suffisant de nocivité à l'égard de la concurrence, il conviendrait alors d'examiner les effets de l'accord et, pour le frapper d'interdiction, d'exiger la réunion des éléments établissant que le jeu de la concurrence a été en fait, soit empêché, soit restreint ou faussé de façon sensible* ».

L'effet sensible : révolution ou continuité ?

Toute atteinte au processus concurrentiel n'est pas répréhensible. Il convient de déterminer sur chaque marché un degré de concurrence juridiquement protégé pour préserver une « *workable competition* ». Seuls un dysfonctionnement sérieux de la concurrence, une affectation non insignifiante de la concurrence, justifient l'intervention des autorités de concurrence, afin de leur permettre de se concentrer sur les atteintes les plus graves.

Dans son rapport pour 1997, le Conseil de la concurrence fait, pour la première fois, référence à la condition de sensibilité comme élément de la qualification des pratiques. Les rapports pour 1998 et 1999 énoncent ainsi que « *la liberté d'entreprendre et la liberté contractuelle étant de principe, l'intervention des autorités de régulation des marchés a pu être considérée comme légitime seulement dans le cas où une atteinte sensible, avérée et potentielle au jeu de la concurrence est établie. La condition de sensibilité est alors un élément de la qualification des pratiques et suppose d'examiner les effets concrets, avérés ou potentiels des pratiques en cause* » [16]. Le Conseil a, ainsi, affirmé nettement sa volonté d'approfondir, dans la qualification des pratiques, l'analyse des effets.

Le critère de sensibilité dans la jurisprudence

L'origine de ce critère est communautaire

La règle *de minimis* est énoncée pour la première fois dans l'arrêt LTM, puis dans l'arrêt Völk Vervaecke, du 9 juillet 1969 (5/69, point 7) et codifiée dans la communication du 3 septembre 1986 de la Commission concernant les accords d'importance mineure : « *Pour relever de l'interdiction énoncée à l'article 85 (article 81 actuel), l'accord doit affecter de façon sensible le commerce entre États membres et le jeu de la concurrence* ». [17] Cette jurisprudence ne consacre pas un critère qui se surajouterait à l'objet, car l'objet, on l'a vu, se suffit en soi, mais un niveau de preuves plus poussé de l'effet des

16. Pour une formulation un peu différente, rapport annuel pour 2001, page 162 : « *La condition de l'effet sensible est désormais un élément de qualification des pratiques et conduit, en conséquence, le Conseil à examiner les effets concrets, avérés ou potentiels des pratiques soumises à son examen* ».

17. CJCE, 25 novembre 1971, Béguelin Import Co. contre SAGL Import Export (22-71).

pratiques dans le cadre de la deuxième étape d'examen des pratiques, évoquée ci-dessus.

Les pratiques qui n'affectent le marché que de façon insignifiante, compte tenu de la faible position qu'occupent les entreprises, ne relèvent pas de l'interdiction de l'article 81 § 1.

Cette appréciation dépend des circonstances de chaque espèce, de la nature de la pratique et des produits concernés.

La communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure (*de minimis*) [18], qui succède à la communication de 1997 [19], définit des seuils en deçà desquels les atteintes à la concurrence sont présumées insignifiantes. Il s'agit des accords conclus par des entreprises dont la part de marché cumulée ne dépasse 10 % sur aucun des marchés affectés lorsque les entreprises sont des concurrentes (accords horizontaux), ou 15 % lorsque les entreprises ne sont pas concurrentes (accords verticaux).

Lorsqu'il existe un effet de verrouillage du marché par des réseaux parallèles d'accords (cet effet étant présumé si plus de 30 % du marché est couvert par ce type d'accords), tous les seuils sont abaissés à 5 %.

Ces exonérations ne s'appliquent pas en principe aux restrictions flagrantes (clauses noires), c'est-à-dire celles qui ont pour objet : « *La fixation des prix pour la vente des produits aux tiers, la limitation de la production ou des ventes, la répartition des marchés ou des clients* ». On voit que ces règles visent les infractions considérées par les autorités de concurrence comme moins graves, hors restrictions « *caractérisées* ». L'introduction des seuils s'expliquait à l'époque par la nécessité de fournir aux entreprises un montant précis, en deçà duquel elles n'étaient pas obligées de notifier leurs accords à la Commission pour obtenir une exemption sur le fondement de l'article 81 §1. Il s'agissait donc de permettre, aux entreprises, d'apprécier elles-mêmes, si leurs accords tombaient dans le champ d'application de l'article 81 § 1.

La consécration par la Cour de cassation

Dans un arrêt Rocamat du 4 mai 1993, la chambre commerciale de la Cour de cassation a jugé qu'un accord de répartition de marché entre deux entreprises exerçant une activité de production et de transformation de pierres de carrières, bien qu'ayant un objet anticoncurrentiel, n'avait « *qu'une portée limitée dans le marché pertinent considéré et ne pouv (ait) porter atteinte de façon sensible au jeu de la concurrence* ». La Haute Juridiction a donc, dès 1993, retenu l'exigence d'un effet sensible pour la qualification d'une entente illicite. L'existence d'un objet anticoncurrentiel en soi n'a pas suffi pour la Cour, qui semble ainsi, dans cet arrêt resté isolé, avoir ajouté un élément constitutif à l'infraction, non prévu par le texte.

18. Communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81 du traité instituant la Communauté européenne (*de minimis*) *JOCE*, 22/12/2001, C 368/13.

19. Communication concernant les accords d'importance mineure (*JOCE*, 9/12/1997, p. 13).

Puis la Cour, dans plusieurs arrêts, a déduit la preuve de l'atteinte sensible ou potentielle à la concurrence des caractéristiques intrinsèques des pratiques elles-mêmes, s'agissant des pratiques anticoncurrentielles par leur objet, indépendamment de l'influence directe de la pratique, s'alignant ainsi totalement sur la jurisprudence communautaire, selon laquelle la constatation d'un objet caractérisé suffit, l'existence d'un effet sensible, réalisé ou potentiel, devant, en revanche, être relevée en l'absence d'objet caractérisé.

Ainsi, dans son arrêt du 21 mars 2000 concernant le barreau de Quimper, la Cour de cassation déduit l'effet potentiellement anticoncurrentiel sensible du barème litigieux, du fait que ce barème comprend des indications de prix et a été diffusé à tous les membres du barreau par un organe professionnel ayant un pouvoir d'influence sur ses membres [20]. Dans un autre arrêt en date du 25 février 2003 (Mutualité de Haute-Savoie), elle déduit encore l'effet sensible de l'objet même de la pratique. On voit bien que la notion d'effet sensible se confond ici avec la notion d'effet potentiel d'une pratique anticoncurrentielle par son objet.

S'agissant, par ailleurs, de la détermination d'un seuil de sensibilité, la Cour de cassation énonce, dans un arrêt Zannier du 12 janvier 1999, « *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* ». Elle confirme ensuite l'appréciation de la cour d'appel selon laquelle les pratiques illicites du réseau Zannier pouvaient fausser le jeu de la concurrence, en dépit de la part détenue par le réseau Zannier sur le marché de référence, qui n'était que de 2,7 %.

Pour la Haute Juridiction, la détermination d'un seuil de sensibilité constitue ainsi une question de fait, laissée à l'appréciation souveraine des juges du fond et sur laquelle elle n'exerce qu'un contrôle de motivation.

La cour d'appel

La cour d'appel de Paris a longtemps jugé (arrêt du 7/07/1994, Odoncia) qu'il importait peu que la pratique n'ait « *pu avoir d'effet sensible sur le jeu de la concurrence au sein du marché considéré, dès lors que l'obstacle reconnu à la libre fixation des prix avait nécessairement pour objet de restreindre ou de fausser la concurrence* ». Dans un arrêt du 14 juin 1995 (stations françaises de sport d'hiver), la cour se contente aussi de la démonstration de l'objet des pratiques : « *Même si la preuve de cet effet (sensible) ne pouvait être rapportée, les accords susvisés n'en seraient pas moins répréhensibles au sens de l'article 7 précité dès lors qu'ils avaient* "pour objet" *de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché concerné.* »

La cour a parfois pris en compte l'effet sensible, au titre des sanctions encourues : « *Seule une atteinte sensible, avérée ou potentielle, au jeu de la concurrence peut justifier la sanction d'une pratique prohibée par l'article 7*

20. Voir aussi Cour de cassation, 13 février 2001, barreau de Marseille et Cour de cassation, 13 février 2001, Synergie.

de l'ordonnance du 1er décembre 1986 » (cour d'appel de Paris, 7 juillet 1995).

Toutefois, dans son arrêt du 22 septembre 1998 (Adecco), la cour énonce, par une motivation de principe, que « *l'atteinte sensible au jeu de la concurrence n'est pas une condition du prononcé de la sanction, mais de l'existence de l'infraction aux articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986* ». Comme la Cour de cassation dans ses arrêts barreau de Quimper et Mutualité de Haute-Savoie précités, elle admet que la preuve de l'effet sensible peut résulter de l'objet même des pratiques ou de leurs caractéristiques intrinsèques. C'est ainsi que dans un arrêt TF1 du 21 novembre 2000, elle rejette le moyen de l'absence d'effet sensible mis en œuvre par la société appelante en énonçant : « *TF1 ne saurait soutenir que les pratiques mises en cause auraient un impact négligeable sur le libre jeu de la concurrence, alors qu'elle occupe sur le marché amont de la production d'œuvres cinématographiques ou audiovisuelles une place significative et déclare elle-même être "le premier investisseur dans la production française parmi les chaînes en clair"* » [21].

Le Conseil de la concurrence

Le Conseil de la concurrence s'est traditionnellement refusé à ériger le critère d'effet sensible en condition de la qualification d'une pratique anticoncurrentielle par objet. Se livrant à une interprétation stricte du texte, qui, il est vrai, ne formule aucune exigence relative à un quelconque degré d'affectation de la concurrence, le Conseil estime, dans une décision 94-D-33 du 31 mai 1994, que : « *La circonstance que ces pratiques n'auraient pas eu d'effet sensible sur le jeu de la concurrence entre distributeurs est sans influence sur leur qualification au regard des dispositions de l'article 7 de l'ordonnance (...)* ».

S'agissant des pratiques anticoncurrentielles par leur effet, le Conseil étudiait donc l'effet potentiel ou réel des pratiques, mais se refusait à introduire des degrés dans cette appréciation [22].

Aux entreprises alléguant une absence d'effet sensible, il répondait en se plaçant sur le terrain de l'objet ou de l'effet [23], évitant de citer le terme d'effet sensible.

Dans une décision du 15 octobre 1996 (96-D-60), relative à la situation de la concurrence dans le secteur des plants de pommes de terre, il répond néanmoins au moyen sur le terrain de l'effet sensible lui-même, mais l'écarte. Les parties soutenaient, en effet, que les ententes incriminées sur les prix des plants aux utilisateurs finaux, conclues entre les obtenteurs de plants et les

21. De nombreux arrêts illustrent la position de la Cour. Ainsi dans son arrêt du 9 décembre 1997, ordre des membres du barreau de Tarascon, la Cour estime que « *l'appréciation concrète de la portée de l'accord examiné dans le marché pertinent et de l'atteinte sensible au jeu de la concurrence n'est pas une condition de prononcé de la sanction mais de l'existence de l'infraction aux articles 85 et 86 du traité instituant la Communauté économique européenne comme aux articles 7 et 8 de l'ordonnance du 1er décembre 1986* ».

22. La Commission de la concurrence avait, quant à elle, fait application de la notion pour prononcer des non-lieux : avis du 11 décembre 1980 ; avis du 7 mai 1981 ; décision nº 84-8/DC.

23. Décision 97-D-16 du 11 mars 1997 (abus de position dominante).

multiplicateurs, ne pouvaient porter une atteinte sensible au jeu de la concurrence ; le Conseil estime au contraire, dans cette affaire, que les sociétés ne peuvent soutenir que les pratiques reprochées n'auraient pas d'effet sensible [24], compte tenu de leur ampleur sur le marché, couvrant plus de 40 % de la production française, et de leur contenu, prévoyant des prix minimaux imposés en début de campagne.

L'adhésion effective du Conseil de la concurrence à la notion d'« *effet sensible* » semble se manifester pour la première fois dans son rapport d'activité pour 1997. Le Conseil consacre à l'effet sensible des développements qu'il intègre dans un paragraphe sur la qualification des ententes. Il estime désormais que « *la condition de sensibilité est alors un élément de qualification des pratiques et nécessite donc de démontrer les effets concrets, avérés ou potentiels, des pratiques en cause* ». Cette position a été retenue par la cour d'appel dans un arrêt du 9 décembre 1997 (ordre du barreau de Quimper).

Dans une décision du 8 juillet 1998 (98-D-54), le Conseil, faisant une application positive de la notion d'effet sensible, constate : « *La mesure a eu un effet sensible sur le marché concerné*. » Il s'agissait d'une pratique d'entente organisée par le Comité interprofessionnel du gruyère de Comté consistant, lors de la fixation du prix des plaques d'identification du fromage de Comté, à limiter les augmentations de production en les cantonnant à une croissance de 10 % par rapport à l'année précédente et à établir des systèmes de quotas de production, en sanctionnant les entreprises qui dépasseraient les quotas par des surtaxes. Le Conseil a constaté que cette pratique avait pour objectif de limiter la croissance de la production et pouvait avoir pour effet de figer la répartition des productions entre fromageries. Le Comité alléguait l'absence d'effet sensible puisque la production avait augmenté durant la période considérée, que la tolérance de 10 % de croissance de la production était de nature à permettre un contrôle de la qualité et enfin que les prix avaient baissé. Le Conseil a noté, pour conclure à l'existence d'un effet sensible sur le marché concerné, que le directeur du Comité avait reconnu l'effet dissuasif de la mesure sur les fabricants de fromage désirant pénétrer le marché, que la mesure visait toutes les entreprises de production de fromages de Comté AOC et avait freiné la baisse des prix et enfin que plusieurs entreprises avaient fait l'objet d'une surtaxation.

En 1998, le Conseil applique la notion d'« *effet potentiel sensible* » en matière d'ententes sur les marchés publics : « *Ces pratiques qui visaient à tromper le maître d'ouvrage sur la réalité de la concurrence avaient un objet anticoncurrentiel et (...) même si les sociétés Geteba et SAEW n'ont pas obtenu les marchés concernés, ces pratiques avaient un effet potentiel sensible sur le choix de l'attributaire de chacun des marchés* » (décision 98-D-42 du 23/06/1998) [25].

24. Voir aussi décision 97-D-22 du 8 avril 1997.

25. Voir aussi décisions 98-D-72 du 17 novembre 1998, 98-D-77 du 15 décembre 1998, 98-D-81 du 21 décembre 1998.

La jurisprudence actuelle du Conseil

Elle est marquée à la fois par une certaine inflexion manifestant plus d'ouverture à la notion d'« *effet sensible* » et par la prise en compte d'éléments du droit communautaire conduisant à tenir compte d'un seuil de sensibilité.

Une jurisprudence plus ouverte à l'« effet sensible »

Les autorités de concurrence françaises appliquent aujourd'hui la notion d'effet sensible. En règle générale, cependant, le Conseil [26] n'évoque la sensibilité de l'effet que lorsque le moyen tiré de l'absence d'un tel effet est soulevé en défense.

Il est rare que le Conseil prononce un non-lieu fondé, même partiellement, sur l'absence d'effet sensible. Généralement, la notion d'effet sensible joue un rôle important lorsqu'il s'agit d'examiner les effets de pratiques *a priori* licites, comme les clauses d'exclusivité...

Lorsque le Conseil prononce un non-lieu en faisant droit au moyen tiré de l'absence d'effet sensible, il le fait généralement sur le double fondement d'absence d'objet et d'absence d'effet sensible [27].

Le Conseil a, cependant, dans trois décisions de l'année 2003, prononcé un non-lieu pour des pratiques ayant un objet anticoncurrentiel, mais dépourvues d'effet sensible.

Il convient de noter que ces décisions sont extrêmement motivées et correspondent à des hypothèses où l'affectation de la concurrence était réellement insignifiante. Le Conseil n'admet en effet le moyen pris de l'absence d'effet sensible qu'avec une grande parcimonie (pratiques ponctuelles ou limitées dans le temps, atteinte portée à une seule entreprise dans une structure de marché où les offres sont nombreuses...).

Ainsi, dans une décision 03-D-01 du 14 janvier 2003, le Conseil a jugé que la signature de clauses d'exclusivité convenues entre fabricants de gaz médicaux et installateurs de réseaux, qui constituaient une barrière à l'entrée pour les concurrents et avaient un objet anticoncurrentiel, n'avait pas pu avoir d'effet sensible, ces clauses ayant été conclues entre Air Liquide et trois petites entreprises de réseaux (§ 171) : « *Il convient de relever qu'il s'agit de petites structures implantées localement et détenant de très faibles parts de marché dans le secteur des réseaux fluides médicaux où un grand nombre de petites entreprises sont susceptibles de répondre à la demande ; qu'en conséquence, les clauses d'exclusivité des contrats signés avec ces trois seules entreprises n'ont pas pu avoir d'effet sensible sur ce marché* ».

Dans une décision 03-D-26 du 4 juin 2003 (EDF-GDF), le Conseil a souligné le caractère excessif de la pénalité encourue par l'OPAC de Savoie prévue dans une convention signée avec le centre EDF-GDF service de Savoie, dans

26. Suivant en cela la cour d'appel de Paris, comme la chambre commerciale de la Cour de cassation.

27. Décisions 99-D-68 du 9 novembre 1999, 02-D-56 du 17 septembre 2002, 02-D-67 du 7 novembre 2002, 02-D-68 du 14 novembre 2002, 03-D-38 du 30 juillet 2003.

l'hypothèse où un seul programme immobilier ne serait pas équipé au gaz naturel (§ 117), et a jugé son objet anticoncurrentiel ; mais constatant que la pratique en cause ne se retrouvait que dans une seule convention et que la clause de pénalité n'avait jamais été mise en œuvre, il a estimé que « *cette pratique n'a[vait] (...) pu affecter de façon sensible la concurrence sur le marché national de la fourniture d'énergie pour le chauffage et la production d'eau chaude* ».

Enfin, dans une décision 03-D-33 du 3 juillet 2003 (Régie des pompes funèbres de Toulouse), le Conseil a estimé que la diffusion par la Régie municipale des pompes funèbres, en position dominante sur le marché de Toulouse, d'un document publicitaire unique présentant de façon liée les services administratifs liés aux décès et les services commerciaux de la régie municipale « *pouvait engendrer une confusion, dans l'esprit des familles, préjudiciable à l'exercice d'une libre concurrence sur le marché des pompes funèbres. Toutefois, (...) cette pratique a été de très courte durée puisque le document en cause n'a été diffusé que dans certains points d'accueil de la mairie, pendant deux mois, à une période antérieure à l'installation de l'antenne de l'état civil dans le nouveau complexe et pour un total de 3 000 exemplaires environ. Dès lors, la pratique en cause ne saurait avoir affecté le marché de manière sensible et ne peut, dans ces conditions, être qualifiée d'abusive* » (§ 64).

En revanche, s'agissant de certaines pratiques graves par nature, le Conseil affirme de manière constante qu'elles doivent être sanctionnées indépendamment de tout effet.

Il en est ainsi du *boycott* et des pratiques d'échange d'informations avant le dépôt des offres dans le cadre de marchés publics. La décision 03-D-68 du 23 décembre 2003 (CNPA) illustre la continuité du traitement des pratiques de *boycott*, qui, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, sont graves par nature. L'absence d'effet n'est prise en compte que comme un facteur d'atténuation des sanctions (§ 49) : « *Il convient, cependant, de tenir compte de ce qu'il n'existe au dossier aucun élément permettant d'établir que l'incitation des adhérents du CNPA au* boycott *du Crédit de l'Est et la menace de boycott adressée par cet organisme professionnel au Républicain lorrain auraient eu pour effet de restreindre l'accès des mandataires au crédit et à la publicité, circonstance de nature à constituer un facteur de modération mais non d'exonération de toute sanction, eu égard à la particulière gravité des pratiques* ». [28]

La cour d'appel de Paris partage la même analyse. Dans un arrêt du 18 mars 2003 (SA Lamy), elle a jugé que « *la concertation organisée pour tenter de mettre fin à une pratique commerciale de prix bas lancée par un nouveau concurrent constitue une pratique anticoncurrentielle par son objet, peu*

28. La pratique de *boycott* est anticoncurrentielle en soi, indépendamment de l'effet concret (§ 38). La cour d'appel a souligné à maintes reprises la gravité *per se* de la pratique de boycott et jugé, par exemple dans un arrêt du 23 février 1996, que la circonstance que « *cette action ait eu un effet limité ne peut lui enlever son caractère de pratique concertée anticoncurrentielle par son objet* » ; voir aussi la décision du Conseil 99-D-01 du 5 janvier 1999 : « *Compte tenu de sa gravité, il est peu important qu'elle n'ait eu qu'un impact limité sur le marché* » (4 et 2,3 % du marché).

important le fait que la société Optical Center, (victime des pratiques) soit toujours implantée à Lyon (...) ». La Cour a souligné que « *l'objet anticoncurrentiel de pratiques accomplies dans le cadre d'une entente tendant à l'élimination d'une entreprise du marché est caractérisé indépendamment des conséquences immédiates de ces pratiques* ».

Application de la communication de minimis *comme guide d'analyse*

Les autorités de concurrence françaises se sont toujours interdit de fixer des seuils de sensibilité. Toutefois, en matière de restrictions verticales, le Conseil s'est inspiré des principes figurant dans la communication *de minimis* de la Commission européenne du 22 décembre 2001 ; ainsi, dans une décision 03-D-53 du 26 novembre 2003 (Biotherm), il a estimé que la part détenue par Biotherm sur le marché des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle étant inférieure à 3 % et en l'absence de clauses noires, « *l'application discriminatoire des critères de sélection (du contrat de distribution sélective du réseau Biotherm) n'a (vait) pu avoir d'effet sensible* » (§ 21).

Il faut observer que la notion d'effet sensible ne vise pas à racheter une pratique comme le ferait un système d'exemption ou le jeu de la règle de raison. La notion légalise certaines pratiques, faute d'atteinte suffisante à la concurrence, alors que les systèmes d'exemption font prévaloir les effets positifs de la pratique sur ses effets anticoncurrentiels.

L'exemption catégorielle accordée par le règlement de la Commission européenne CE nº 2790/1999 à certaines catégories d'accords verticaux conclus entre des distributeurs et un fournisseur (notamment lorsque la part du marché pertinent sur lequel le fournisseur vend ses biens ou services ne dépasse pas 30 %) est basée sur l'idée qu'un accord susceptible d'avoir des effets néfastes sur le marché verra ces effets contrebalancés par des avantages proconcurrentiels ; selon la définition donnée par le Conseil de la concurrence dans sa décision 03-D-69 du 26 décembre 2003 (Ivoclar), l'exemption « *repose sur la constatation que les contrats de distribution peuvent améliorer l'efficience 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'efficience 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* ».

Depuis 2000, le Conseil considère que les restrictions verticales doivent être analysées en tenant compte de ces principes, même lorsque l'analyse n'en est effectuée qu'au regard du droit national [29]. Il a appliqué cette jurisprudence aux contrats de distribution sélective de Cartier et d'Ivoclar dans la décision 03-D-60 du 17 décembre 2003 (Cartier) et la décision 03-D-69 du 26 décembre 2003 (Ivoclar).

29. Rapport annuel pour 2002, page 201.

L'affectation sensible des échanges intracommunautaires

L'appréciation de l'effet sensible d'une pratique, au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité, doit être distinguée de l'appréciation de l'effet sur le commerce intracommunautaire, qui selon la Cour de justice des communautés européennes, définit le champ d'application du droit communautaire de la concurrence [30].

Ce critère d'affectation du commerce intracommunautaire est d'autant plus important qu'il détermine aussi, par voie de conséquence, le champ d'application de l'article 3 du règlement nº 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité. En effet, aux termes de cet article, les autorités de concurrence et les juridictions des États membres doivent appliquer les articles 81 et 82 aux pratiques susceptibles d'affecter le commerce entre États membres quand elles appliquent leur droit national. La première question que le Conseil (et les autres autorités nationales de concurrence) devra se poser, dès le 1er mai 2004, sera celle de l'affectation du commerce intracommunautaire, afin de déterminer si le droit de la concurrence communautaire s'applique aux pratiques dont il est saisi. La réponse affirmative conditionne, notamment, la communication des informations au réseau des autorités de concurrence, prévue à l'article 11 du règlement.

Le critère de l'effet sur le commerce limite le champ d'application des articles 81 et 82 aux accords et pratiques susceptibles d'avoir un niveau minimum d'effets transfrontaliers à l'intérieur de la Communauté. Selon les termes de la Cour de justice, l'accord ou la pratique doit affecter « *de façon sensible* » le commerce entre États membres [31]. Seuls les effets d'une certaine ampleur sont susceptibles d'affecter la concurrence.

La Commission a rédigé des lignes directrices relatives à la notion d'effet sur le commerce, qui déterminent des seuils en deçà desquels les pratiques sont présumées ne pas avoir d'effet sensible sur les échanges au sein de la Communauté européenne.

En vertu du paragraphe 52 de cette communication, « *la Commission estime que, en principe, les accords ne peuvent pas affecter sensiblement le commerce entre États membres lorsque les conditions cumulatives suivantes sont remplies :*
(a) la part de marché totale des parties sur un marché communautaire en cause affecté par l'accord n'excède pas 5 %, et
(b) dans le cas des accords horizontaux, le chiffre d'affaires annuel moyen réalisé dans la Communauté par les entreprises en cause [32] avec les produits concernés par l'accord n'excède pas 40 millions d'euros (...) ».

---

30. Ce critère est « *seulement destiné à déterminer les accords qui relèvent du droit communautaire* » (CJCE, 31/03/1993, pâtes de bois citée plus haut, § 176).

31. Voir arrêt 22/71, Béguelin, Recueil 1971, p. 949, point 16.

32. Le terme « *entreprises en cause* » englobe les entreprises liées, telles que définies au paragraphe 12.2 de la communication de la Commission concernant les accords d'importance mineure qui ne restreignent pas sensiblement le jeu de la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité instituant la Communauté européenne, *JO* C 368 du 22/12/ 2001, p. 13.

En sens contraire, selon les dispositions du paragraphe 53, « *la Commission estime en outre que, si un accord ou une pratique sont, par leur nature même, susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, par exemple parce qu'ils concernent des importations et des exportations ou bien plusieurs États membres, il existe une présomption positive réfutable que ces effets sur le commerce sont sensibles, dès lors que le chiffre d'affaires réalisé par les parties avec les produits concernés par l'accord et calculé comme indiqué aux paragraphes 52 ci-dessus et 54 ci-dessous excède 40 millions d'euros ou que la part de marché des parties, calculée comme indiqué au paragraphe 52, est supérieure à 5 %* ».

La Commission a, à dessein, distingué les seuils *de minimis* relatifs à l'affectation du commerce, des seuils *de minimis* relatifs à l'atteinte à la concurrence, estimant que ceux-ci doivent faire l'objet d'une analyse spécifique. Il convient de noter toutefois que les deux notions ne sont pas dépourvues de tout lien et que l'on ne peut que difficilement concevoir une pratique qui affecterait les échanges intracommunautaires sans affecter la concurrence, et, à l'inverse une pratique dénuée d'effet sur la concurrence qui affecterait le commerce intracommunautaire.

L'élément intentionnel

L'appréciation des éléments matériels de l'infraction ne doit pas faire oublier l'élément subjectif des pratiques, c'est-à-dire l'intention, qui ne doit pas être confondue avec l'objet, même si les deux notions peuvent parfois se recouper.

La preuve de l'intention subjective de porter atteinte à la concurrence n'est pas requise

Il n'est pas nécessaire de prouver que la restriction de concurrence a été consciemment envisagée et voulue par les parties en connaissance de cause (décision 94-D-21 du 22/03/1994 du Conseil de la concurrence) : « *N'échappent (...) pas à ces règles (articles 7 et 8) les pratiques ayant un effet ou pouvant avoir un effet anticoncurrentiel sur le marché sans qu'il soit besoin d'établir l'intention de les enfreindre* ». [33] On ne peut en aucun cas exempter une entente illicite, au prétexte que les parties n'auraient pas eu pour intention de fausser le jeu de la concurrence. Il est préférable de supprimer cette appréciation qui risque d'affaiblir la démonstration. Dans une décision 01-D-67 (*cf.* rapport annuel 2001, page 179), le Conseil a encore relevé que « *l'absence d'intention anticoncurrentielle des entreprises parties à l'entente est sans portée sur la qualification même d'entente* ».

Le droit communautaire sanctionne, quant à lui, les infractions commises par négligence. Ainsi, dans un arrêt Pâtes de bois du 31 mars 1993 (C-89/85,

33. Voir aussi décision 01-D-67 du 19 octobre 2001.

114/85, 116/85), la Cour de justice des communautés européennes a jugé que le fait que des clauses anticoncurrentielles aient été insérées par négligence dans un contrat ne suffisait pas à exonérer la pratique, car l'article 15 du règlement 17 parle aussi d'infraction par négligence [34].

Cette apparente indifférence à l'intentionnalité des parties ne saurait surprendre et se justifie par la nature même du droit de la concurrence, qui protège avant tout la concurrence et n'a pas pour mission de protéger les concurrents. Le fondement de son action répressive est la défense de l'ordre public économique. Il s'intéresse donc moins aux conditions subjectives dans lesquelles interviennent les pratiques qu'au cadre dans lequel celles-ci s'inscrivent, et à leur incidence sur le marché. En outre, le droit de la concurrence évalue le plus souvent le comportement de personnes morales ; or, depuis longtemps, la jurisprudence pénale, qui inspire couramment la jurisprudence en matière de droit de la concurrence, admet la responsabilité des personnes morales pour la répression d'infractions matérielles, indépendantes de toute intention criminelle et dans des cas où la personne morale est désignée en qualité d'employeur, de propriétaire ; en droit de la concurrence, il s'agit de la qualité d'opérateur économique.

L'intention de s'entendre, distincte de l'intention de porter atteinte à la concurrence

Si la preuve de la volonté de porter atteinte à la concurrence n'est pas requise, l'intention de s'entendre ou l'accord de volontés doit, en revanche, être démontré, pour caractériser l'entente. En effet, la qualification d'une pratique d'entente anticoncurrentielle est conditionnée par la démonstration de l'élément intentionnel, consistant dans la volonté d'adhérer à l'action collective. Dans certains cas, l'existence de cet élément repose en grande partie sur des présomptions. C'est ainsi qu'une entreprise qui s'aligne en connaissance de cause sur un tarif concerté est présumée adhérer à l'entente. En matière d'ententes horizontales, la jurisprudence communautaire considère même que la participation d'une entreprise à une entente est caractérisée, par une simple attitude passive lors d'une réunion ayant un objet anticoncurrentiel dans la mesure où cette entreprise ne se distancie pas publiquement du contenu de la réunion. La preuve de sa volonté d'adhésion est présumée. Le droit français de la concurrence est, en ce domaine, plus exigeant en matière de preuves.

Le Conseil a ainsi décidé, dans une décision 03-D-55 du 4 décembre 2003 sur la réfection de la pelouse d'un stade de football, qu'une entreprise ne pouvait pas être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce si elle n'avait pas eu conscience de participer à une entente : en l'espèce, il a relaxé des fins de la poursuite une entreprise qui avait utilisé l'offre rédigée par une autre entreprise non soumissionnaire comme carte de visite pour soumissionner dans une procédure d'appel d'offres, en ignorant que cette offre provenait d'une entente (§ 39).

34. Voir aussi l'article 23 du réglement 1/2003.

La distinction objet/intention apparaît cependant en grande partie théorique, car le plus souvent, le consentement à l'entente des membres d'une entente, leur volonté d'adhérer à l'entente, traduisent en eux-mêmes leur intention de porter atteinte à la concurrence. Aussi, la démonstration de l'intention de porter atteinte à la concurrence par une entente et celle de l'intention de participer à une entente sont souvent intimement liées dans la jurisprudence.

C'est ainsi que la Cour de cassation a, dans un arrêt du 12 janvier 1999 (Office universitaire de presse/OFUP), censuré l'application qui avait été faite de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (devenu L. 420-1) aux éditeurs distribués par la société OFUP, liés par un contrat type rédigé par l'OFUP et qui conférait à cet organisme le monopole de représentation des titres sélectionnés : « *En se déterminant ainsi, par des termes impropres à caractériser une entente et sans constater que les éditeurs concernés aient eu pour but de participer à une action concertée en vue de limiter l'accès au marché pertinent ou à la libre concurrence, la cour d'appel a violé le texte susvisé* ».

Les vices du consentement à l'entente, faits justificatifs des pratiques

Prenant en compte la subjectivité des pratiques, la jurisprudence admet comme exonératoires au regard du droit de la concurrence, certaines atteintes à la validité du consentement des parties, que le droit civil identifie comme vices du consentement et le droit pénal comme causes subjectives d'irresponsabilité ou d'atténuation de responsabilité, comme la contrainte, le commandement ou la permission de la loi.

La volonté d'une partie de participer à une entente anticoncurrentielle ne peut exister quand cette partie est soumise à une contrainte irrésistible. Le Conseil de la concurrence a exigé, dans une décision du 9 octobre 1990 (90-D-35 Comareg), que cette contrainte soit irrésistible : « *La menace de boycottage, qui n'était pas irrésistible, compte tenu de la part relativement modeste des annonces des concessionnaires dans le chiffre d'affaires de la société éditrice, ne saurait exonérer la société Comareg du grief de participation de cette dernière à une entente* ». Il convient de noter qu'une contrainte simple ne suffit pas à exonérer une pratique, ainsi que les autorités communautaires l'ont rappelé ; une entreprise ne pourrait échapper à la prohibition des ententes et abus de domination au motif qu'elle a agi sous la contrainte que si ce comportement était indispensable pour écarter un péril dont l'entreprise était menacée, si les menaces étaient directes, si le péril était imminent et si aucune voie légale ne permettait d'y parer. La cour d'appel de Paris a ainsi jugé, dans un arrêt du 9 novembre 1989, qu'une société, contrainte d'aligner ses prix sous la pression de graves menaces et sous l'empire de contraintes individuelles, n'avait pu consentir à l'entente et que son comportement n'était pas anticoncurrentiel.

De simples liens de dépendance économique entre partenaires (CJCE, 12 juillet 1979, BMW) ne suffisent pas à caractériser une contrainte irrésistible.

Ainsi que le TPI l'a relevé dans un arrêt 15 mars 2000 (T-25 /95 Cimenterie CBR SA e.a contre Commission des Communautés européennes, points 1855 et 1865) : « *Des entreprises ne sauraient justifier une infraction aux*

règles de la concurrence en prétextant qu'elles y ont été poussées par le comportement d'autres opérateurs économiques ».

En effet, elles disposent, dans l'hypothèse où elles subiraient des pressions, de voies de droit, ainsi que l'a rappelé le TPI dans un arrêt du 6 avril 1995 (Solatrenz, T-149/89, § 53) : « *(...) La requérante ne peut se prévaloir du fait d'avoir participé à ces ententes sous la contrainte. En effet, à supposer que des pressions aient été effectivement exercées à son encontre, elle aurait pu les dénoncer aux autorités compétentes et introduire auprès de la Commission une plainte en application de l'article 3 du règlement n° 17, plutôt que de participer aux ententes en cause* ».

Lorsque l'État est le partenaire à l'entente, la contrainte est plus facilement qualifiée d'irrésistible. Le TPI a ainsi estimé, dans une affaire Asia Motors, que les pressions irrésistibles exercées par un opérateur (ici l'État) sur un autre partenaire exonéraient ce dernier de toute accusation d'entente ou de position dominante (TPI Asia Motor FranceSA/Commission T-387/94 du 18 septembre 1996).

La jurisprudence se montre plus exigeante, en matière d'accords verticaux, lorsqu'il s'agit d'apprécier la validité du consentement des personnes subordonnées dans la chaîne économique. Dans un arrêt Rallye du 7 avril 1998, la Cour de cassation, dans une espèce où la société Rallye avait, lors de l'acquisition des réseaux de distribution Disque bleu et Genty Cathiard, subordonné la poursuite de ses relations commerciales avec l'ensemble de ses fournisseurs à des conditions supplémentaires, a jugé que « *l'accord de ces fournisseurs à ces nouvelles conditions commerciales ne pouvait être qualifié d'action concertée ou d'entente au sens de l'article 7 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 que s'il était établi que les parties y avaient librement consenti en vue de limiter l'accès au marché ou à la libre concurrence* », ce qui n'était pas le cas en l'espèce.

Le fait d'obéir à la loi (commandement de la loi) peut aussi faire disparaître l'élément intentionnel de l'adhésion aux pratiques. Il ressort en effet de la jurisprudence que si un comportement anticoncurrentiel est imposé aux entreprises par une législation nationale ou si celle-ci crée un cadre juridique qui, en lui-même, élimine toute possibilité de comportement concurrentiel de leur part, l'article 81 est inapplicable. Dans une telle situation, en effet, la restriction de concurrence ne trouve pas sa cause dans des comportements autonomes des entreprises. Ainsi, en droit français, l'article L. 420-4 alinéa 2 permet d'exonérer les pratiques des entreprises qui sont la conséquence directe de l'application d'une loi ou d'un décret pris pour son application.

L'état de nécessité (risques de graves difficultés, voire de disparition de l'entreprise), parfois invoqué devant les autorités de concurrence comme fait justificatif des pratiques anticoncurrentielles, est entendu très restrictivement. En effet, ni une crise générale du secteur concerné, ni une situation de danger provoquée par un choix de politique économique de l'entreprise incriminée, ne constituent un état de nécessité [35]. Par ailleurs, les autorités de concurrence se refusent à exonérer une participation à des pratiques

35. CJCE, 11 mai 1983, Klöckner-Werke, 303/81, § 42 à 47.

anticoncurrentielles qui auraient été mises en œuvre à titre de riposte aux agissements d'un concurrent [36]. Il appartient, en effet, à l'entreprise qui se prétend victime de ces agissements, de recourir aux voies de droit existantes afin d'en obtenir la cessation.

L'intention est appréciée au niveau des sanctions

Les atteintes non irrésistibles au consentement des parties à l'accord, comme par exemple, l'existence de menaces de rétorsion [37], de même que l'absence de preuve que l'atteinte à la concurrence a été recherchée par les auteurs des pratiques, seront prises en compte au moment d'évaluer la sanction encourue. Ainsi que la cour d'appel de Paris l'a énoncé dans un arrêt du 3/06/93 GIE Gitem et autres, il convient, pour apprécier la gravité des pratiques, et, par conséquent, fixer le niveau de la sanction pécuniaire, de prendre en considération le degré de connaissance du caractère anticoncurrentiel de la pratique : « *relativement à la gravité des faits, (...) ces pratiques ont été mises en œuvre par des organismes coopératifs cherchant à définir les modalités d'un système de commerce de détail, regroupant des entreprises indépendantes au sein d'un réseau valorisant une enseigne unique et des procédés de vente cohérents leur permettant de s'opposer à la concurrence de la grande distribution ou des réseaux intégrés, sans que les responsables de ces groupements aient nécessairement, et dans tous les cas, eu conscience du caractère anticoncurrentiel des contraintes statutaires imposées à leurs adhérents ou des campagnes de promotion uniformisées engagées à cette fin* ».

Dans une décision 93-D-49 du 16 novembre 1993, le Conseil de la concurrence, après avoir estimé que « *le fait que la société Laboratoires Odoncia ait exercé des pressions vis-à-vis de la société CAP pour qu'elle accepte d'appliquer les prix* minima *est sans portée sur la qualification de la pratique relevée* », a néanmoins, au regard de ces circonstances, décidé de ne pas sanctionner l'entreprise CAP.

De même, la Commission tient compte, dans la fixation du montant des amendes, de la circonstance que les infractions aux articles 81 et 82 ont été commises par négligence.

Conclusion

Les développements précédents montrent bien que la jurisprudence évolue sur l'objet, l'effet et l'intention des pratiques anticoncurrentielles, même si une impression générale de cohérence se dégage de cette perspective d'ensemble.

Si l'on raisonnait par rapprochement avec les classifications pénales, on pourrait dire que les infractions en droit français de la concurrence sont,

36. TPI, 10 mars 1992, Hüls, T-9/89, § 365.

37. Conseil de la concurrence, décision 03-D-47 du 22 octobre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par les ambulanciers de montagne des Vosges, § 49.

selon le cas, des infractions matérielles dont le résultat est un élément constitutif (démonstration des effets) ou des infractions formelles, constituées même en l'absence de résultat démontré (objet ou potentialité d'effet).

Dans toutes les hypothèses, l'atteinte à la concurrence doit être, soit démontrée positivement, soit déduite des pratiques. Les effets réels ou potentiels des pratiques occupent donc une place fondamentale en droit de la concurrence. Eléments constitutifs des infractions, leur localisation permet d'abord de rattacher les pratiques à la compétence des autorités de concurrence ; ils conditionnent également l'octroi d'éventuelles mesures conservatoires, et enfin, l'évaluation *in fine* des dommages à l'économie causés par les pratiques.

L'élément « *effet* » des pratiques est encore visé dans l'article 26 -10 de la loi nº 2003-591 du 2 juillet 2003 habilitant le Gouvernement à simplifier le droit, qui dispose que le gouvernement est autorisé à prendre par ordonnance toutes mesures afin d'« *instituer une procédure accélérée pour l'examen, par le Conseil de la concurrence, des affaires inférieures à un seuil déterminé (...)* ».

Sur ce fondement, l'article 24 de l'ordonnance nº 2004-274 du 25 mars 2004 (*JO* nº 74 du 27 mars 2004 page 5871) insère deux nouveaux articles dans le Code de commerce, les articles L. 464-6-1 et L. 464-6-2, qui permettent au Conseil de prononcer un non-lieu pour des pratiques d'entente, lorsque la part cumulée des entreprises parties à l'accord ou à la pratique ne dépasse pas certains seuils, en terme de parts de marché (seuils identiques aux seuils prévus dans la communication *de minimis* de la Commission européenne du 22 décembre 2001). Les pratiques considérées comme des restrictions caractérisées et les contrats passés en application du Code des marchés publics ne sont pas visés par cette disposition *de minimis*.

Le Conseil pourra donc, à son tour, non pas rejeter *de plano* les affaires dépourvues de véritable enjeu de concurrence – comme la Commission européenne et la plupart des autorités de concurrence nationales en Europe déjà dotées du pouvoir de classer les plaintes et de centrer leur action sur la répression des pratiques les plus graves – mais les instruire plus rapidement, dans une perspective de meilleure gestion des dossiers, orientée vers l'efficacité.

Les monopoles publics dans le jeu concurrentiel

Introduction

Avec l'ouverture à la concurrence des marchés des télécommunications, de l'électricité, du gaz et des transports ferroviaires, s'est posée avec acuité la question de l'insertion des monopoles publics dans le libre jeu de la concurrence, d'autant plus, que la libéralisation de ces secteurs s'accompagne de la diversification des activités des anciens monopoles. L'appartenance des entreprises concernées au secteur public ne les met pas en dehors du champ d'application du droit commun de la concurrence, comme le dispose 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 conventions de délégation de service public* ». De même, l'existence éventuelle d'une régulation sectorielle spécifique répond à des objectifs complémentaires par rapport à ceux du droit de la concurrence, qui vise à garantir le fonctionnement efficace des marchés. Le Conseil a ainsi joué un rôle notable dans la clarification des conditions de l'insertion des entreprises publiques dans le jeu concurrentiel, à l'occasion des contentieux dont il a été saisi, mais aussi dans le cadre de son rôle consultatif. Depuis dix ans, le Conseil a en effet rendu une vingtaine d'avis et de nombreuses décisions sur ces questions.

Le Conseil a été amené à se prononcer sur toutes les grandes étapes de l'ouverture à la concurrence des industries de réseau : sur le projet de loi de réglementation des télécommunications (96-A-04), sur les principes à respecter pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique dans le cadre tracé par la directive européenne 96/92/CE (98-A-05), sur la séparation comptable entre les activités de production, de transport et de distribution de l'électricité (00-A-29 et 02-A-06), sur la transposition de la directive 97/67/CE concernant les règles communes de développement du marché intérieur des services postaux (03-A-06).

Il a aussi été fréquemment interrogé sur les questions posées par la diversification des activités des entreprises publiques : EDF et GDF (94-A-15), les activités de messagerie de la SNCF *via* le Sernam (95-A-18), les services financiers de *La Poste* (96-A-10), le service d'hydrographie et d'océanographie de la marine (97-A-10), la RATP (97-A-20).

Plus spécifiquement, le Conseil a rendu un avis sur les questions soulevées au regard du droit de la concurrence, s'agissant de France Télécom, par la coexistence au sein d'une même structure juridique et commerciale, d'activités de télécommunications exercées en situation concurrentielle et sous monopole (97-A-07).

Le niveau et la structure des tarifs des entreprises publiques dans le contexte de l'ouverture des marchés à la concurrence ou de la diversification de leurs activités ont également donné lieu à de nombreux avis : offres sur mesure de France Télécom (98-A-24), tarification par France Télécom des communications téléphoniques au départ des réseaux tiers (01-A-01), principes devant

guider et encadrer la politique tarifaire d'EDF (98-A-22), option tarifaire « abonnement modéré » de France Télécom (99-A-01), tarifs d'EDF aux clients non éligibles (00-A-20 et 03-A-10), tarifs d'utilisation des réseaux publics de transport et de distribution d'électricité (00-A-21 et 02-A-05), coûts évités pour l'évolution des charges imputables aux missions de service public assignées aux producteurs d'électricité (01-A-16), tarif spécial de l'électricité dit « *produit de première nécessité* » (02-A-13).

Au contentieux, c'est surtout dans le secteur des télécommunications que le Conseil a été saisi de plaintes mettant en cause le niveau trop élevé de tarifs d'accès au réseau de l'opérateur historique (décisions annuaires 98-D-60, 02-D-41, 03-D-43, cartes prépayées 01-MC-07, internet dans les écoles 98-MC-03), ou la structure et le niveau d'offres de détail de France Télécom présentées comme prédatrices ou constitutives de remises de couplage (décisions Renault 01-D-46 et 01-D-66, Ligne France 00-MC-19, Primaliste 98-MC-04). Le niveau trop élevé des tarifs d'accès à une infrastructure a également été mis en cause en ce qui concerne la télédiffusion (affaire Antalis 02-MC-04). Le caractère prédateur des prestations offertes sur des marchés concurrentiels par des entreprises ou établissements publics a par ailleurs été dénoncé devant le Conseil dans des secteurs très divers : les statistiques INSEE (décision 01-D-78), les cartes IGN (décision 02-MC-02), l'ingénierie géographique (décision 03-D-68), les transports maritimes (décision 01-MC-02), le chauffage domestique (décision 03-D-26), l'ingénierie électrique (décision 02-D-34), l'éclairage public (décision 00-D-47), la maintenance informatique (décision 00-D-50).

La présente étude, dont l'approche est essentiellement économique [38], vise à mettre en perspective cette jurisprudence et les principes d'analyse dégagés par le Conseil, s'agissant de l'insertion des anciens monopoles publics dans le jeu concurrentiel.

Les spécificités des entreprises publiques, qu'elles s'analysent comme des atouts ou des contraintes dans le jeu concurrentiel, peuvent influer sur leur comportement concurrentiel. La première partie de l'étude évoque la question des objectifs et des incitations des entreprises publiques. La deuxième partie rappelle les pratiques de prix susceptibles de fausser la concurrence sur un marché et favorisées, dans le cas des monopoles publics, par la possibilité de transférer des ressources tirées du monopole ou, plus généralement, d'utiliser des avantages liés au monopole [39]. La troisième partie présente la jurisprudence communautaire récente sur ces questions. La dernière partie rappelle les aménagements structurels que le Conseil a souvent été amené à préconiser dans le cadre de son rôle consultatif, notamment afin de limiter les risques évoqués ci-dessus.

38. L'étude n'aborde pas les aspects juridiques liés au partage de compétence entre le Conseil de la concurrence et les juridictions administratives, selon que les activités des personnes publiques mettent ou non en œuvre des prérogatives de puissance publique, ou liés à la délimitation au principe de spécialité.

39. Les risques liés à la détention par les anciens monopoles publics d'infrastructures dont l'accès constitue un enjeu concurrentiel essentiel ont été exposés dans l'étude du rapport annuel 2002 sur « *L'orientation des prix vers les coûts* ». Ces problèmes ne seront, en conséquence, pas rappelés ici, bien qu'ils constituent évidemment un aspect important de l'insertion de ces entreprises dans le jeu concurrentiel.

Des conditions d'exploitation, des contraintes et des objectifs spécifiques

Les entreprises publiques peuvent, en raison de leur statut et de leur histoire, bénéficier d'avantages ou au contraire faire face à des contraintes qui sont autant de handicaps vis-à-vis de leurs concurrents sur les marchés concurrentiels. En revanche, la question de savoir si les incitations auxquelles sont soumises les entreprises publiques diffèrent substantiellement de celles des entreprises privées, est encore débattue.

Des conditions d'exploitation différentes

Certaines caractéristiques propres aux entreprises publiques peuvent apparaître comme des avantages susceptibles de fausser la concurrence. Ils sont parfois aussi la contrepartie des contraintes qui, par ailleurs s'imposent à elles, dont celles liées à leur mission de service public.

Les monopoles légaux ou les domaines réservés (distribution de l'électricité, du courrier sous un seuil de poids, etc.) constituent évidemment la principale spécificité. Toutes les questions traitées dans la présente étude sont liées à l'existence, présente ou passée, de ces monopoles. L'existence même d'un monopole légal et l'exercice d'une mission de service public imposent certaines contreparties. Le Conseil a ainsi relevé que les entreprises publiques n'ont souvent qu'une maîtrise partielle de leur politique commerciale. Ainsi, « les aides commerciales constituent (...) 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 » (décision 02-D-34). Même dans les cas où les tarifs sont seulement soumis à l'agrément du ministre ou d'une autorité de régulation, les procédures d'homologation, souvent lourdes, réduisent la réactivité des entreprises publiques.

De même, les obligations de service public ou les missions d'intérêt général imposées aux entreprises publiques ont parfois un coût net et le Conseil a souvent insisté sur la nécessité d'une juste compensation. Par exemple, il recommandait dans un avis [40] sur les problèmes de concurrence posés par les services financiers fournis par *La Poste* que « *le bon fonctionnement de la concurrence implique aussi que les services financiers de* La Poste *puissent exercer leur activité dans des conditions qui ne les pénalisent pas face à leurs concurrents. C'est pourquoi, il paraîtrait normal que l'ensemble des charges particulières que l'État impose à* La Poste *d'assumer soient reconnues en tant que telles et fassent l'objet d'une juste compensation financière lorsque leur maintien est jugé nécessaire* ».

Parmi les autres caractéristiques de ces entreprises figure la densité de leur présence sur l'ensemble du territoire (bureaux de poste, agences France Télécom, etc.). Ces réseaux facilitent l'accès au consommateur final. À ces effets de taille et de réseau s'ajoutent des avantages immatériels comme

40. Avis 96-A-10 du 25 juin 1996.

l'image d'intérêt général du service public aux yeux des consommateurs. Pour les consommateurs finaux, le caractère public peut être perçu comme un élément rassurant associé à des appréciations de sérieux, de fiabilité ou de sécurité (garanties d'universalité et de continuité). Les entreprises publiques sont également souvent considérées tant par les particuliers que par les entreprises comme des interlocuteurs de référence, ce qui leur confère un rôle de conseil, de « *certificateur* », voire de « *prescripteur* » de fait. En revanche, les opérateurs historiques peuvent souffrir de handicaps inhérents à l'exercice d'une activité en monopole, activité dont l'efficacité n'a donc pas été stimulée par le jeu de la concurrence. Par exemple, s'agissant de *La Poste*, un rapport administratif, cité dans l'avis 96-A-10 relevait, que « *La Poste a, pour sa clientèle, l'image du service public, elle représente l'État, elle a donc vocation à être neutre, impartiale. En contrepoint, les clients lui reprochent sa lourdeur de fonctionnement* ("bureaucratique"), *le manque de sens commercial de son personnel* ("fonctionnaires"), *le manque de confidentialité des locaux, les files d'attente aux guichets* ».

Les spécificités des entreprises publiques portent en second lieu sur leurs coûts de financement. Au-delà de leurs moyens propres, elles bénéficient d'un accès plus aisé aux marchés financiers [41].

Les réglementations auxquelles sont soumises entreprises publiques et privées créent aussi des conditions d'exploitation différentes, dont certaines peuvent être considérées comme un avantage concurrentiel. Par exemple, s'agissant de *La Poste*, l'avis 96-A-10 indiquait que « l*a centralisation des fonds collectés explique que* La Poste *ne soit pas soumise au respect du coefficient de liquidité, l'un des ratios imposés aux banques. C'est le Trésor qui assure la liquidité des dépôts à vue moyennant la commission susmentionnée de 0,4 p. 100. Les autres ratios bancaires (ratio Cooke, ratio de division des risques et ratio emplois-ressources) ne lui sont pas non plus applicables car ils sont tous calculés à partir des crédits alors que La Poste n'a pas d'activité de crédit, à l'exception des prêts à l'habitat avec épargne préalable* ». Mais, dans le même avis, le Conseil relevait : « A contrario, *les responsables des services financiers de La Poste analysent le caractère dérogatoire des circuits financiers comme une contrainte imposée par l'État, faisant l'objet d'une indemnisation sans lien avec des règles de marché et se trouvant à l'origine d'un manque à gagner important sur des marges d'intermédiation*. »

D'une manière générale, les entreprises publiques font face, du fait de leur statut et de leur histoire, à un ensemble de charges héritées du passé. La Commission européenne a insisté sur cet aspect dans une décision relative à la poste allemande, notamment en ce qui concerne les contraintes liées au

41. « *La possibilité offerte aux filiales des grands groupes du secteur public d'avoir accès à moindre coût au financement (taux d'intérêt plus faibles, primes d'assurance réduites) peut également être un facteur contribuant à fausser les conditions de la concurrence au détriment des entreprises privées. En effet, bien que soumises à la loi nº 85-98 du 25 janvier 1985 relative au redressement et à la liquidation judiciaire des entreprises en difficulté dans les mêmes conditions que toute entreprise privée, les filiales rattachées au secteur public font rarement l'objet d'une procédure collective. Ainsi, leurs activités paraissent-elles peu risquées pour des partenaires financiers potentiels* » (94-A-15).

personnel [42]. En France également, la question de l'impact du statut des personnels est un élément souvent discuté. Dans l'avis 96-A-10, le Conseil constatait que le coût comparé, pour des tâches similaires et à productivité égale, d'un personnel fonctionnaire et d'un personnel de droit privé, est difficile à connaître [43] et notait que le système particulier de financement des retraites appliqué à *La Poste* apparaissait comme un handicap face à la concurrence.

Le Conseil a aussi souvent relevé que ces spécificités pouvaient conférer à ces entreprises un avantage concurrentiel : « *Leur situation particulière pour obtenir de manière privilégiée des moyens de financement, l'accès au consommateur final favorisé par l'existence d'un réseau couvrant l'intégralité du territoire national ou l'image d'intérêt général du service public apparaissent comme des avantages facilitant l'implantation sur des marchés ne relevant pas du monopole légal* » (avis 94-A-15).

Il faut rappeler ici que des moyens de financement ou d'autres types d'avantages octroyés aux entreprises publiques par l'État ou les collectivités territoriales, qui fausseraient la concurrence, relèveraient du contrôle des aides d'État, effectué, au sein de l'Union européenne, par les autorités communautaires, conformément à l'article 87 du traité de Rome. Ce partage de compétence, a, par exemple, été rappelé par le Conseil à propos de *La Poste* dont il notait qu'elle pouvait ne pas être soumise à une contrainte de rentabilité équivalente à celles de ses concurrents, même sur la partie de son activité ouverte à la concurrence [44].

Au total, l'importance des disparités dans les modes de fonctionnement entre entreprises publiques et privées rend difficile l'examen comparatif des conditions de concurrence. Dans son avis 98-A-05 sur les conditions d'ouverture à la concurrence du secteur de l'électricité, le Conseil soulignait que « *si EDF estime qu'elle subirait un désavantage dans la concurrence du fait du statut de son personnel, il est aussi évident qu'EDF dispose par ailleurs d'avantages, du fait de son statut d'EPIC, qui ne la soumet pas aux mêmes contraintes*

42. « *Si elle exploitait un service de colis dans des conditions normales de marché, DPAG ne serait pas exposée à un ensemble de coûts exceptionnels, tels que : 1) traitements de base plus élevés que le niveau habituel du marché, 2) prêts à la construction accordés au personnel à des taux d'intérêt inférieurs au niveau habituel du marché, 3) indemnités de licenciement, 4) sureffectifs (rémunération de fonctionnaires sans véritables attributions), 5) réorientation des aides à l'investissement en faveur des nouveaux Bundesländer, 6) taxe sur la valeur ajoutée non déductible (les activités postales de DPAG sont en effet exonérées de la taxe sur la valeur ajoutée), 7) coûts induits par la protection civile et la sécurité de l'entreprise, 8) frais financiers exceptionnels, 9) coûts d'une forme inhabituelle d'amortissement accéléré, 10) coûts de l'exploitation directe de guichets postaux par rapport à la rémunération d'agences, 11) faiblesse du volume de colis livrés à chaque arrêt par le véhicule de distribution, 12) distribution du samedi, 13) coûts de l'unification 14) inefficacité du système de distribution de colis dans les nouveaux Bundesländer, 15) exploitation parallèle de deux systèmes de transport de colis pendant la phase de transition entre 1994 et 1995* » (2002/753/CE du 19 juin 2002).

43. « *Ce sujet est à lui seul un thème d'étude particulièrement complexe (analyse comparée des salaires et traitements moyens ; coûts de la protection sociale, montant par agent des cotisations de retraite et des pensions, compte tenu notamment de la pyramide des âges défavorable à La Poste et du fait qu'elle supporte intégralement les paiements des pensions versées aux retraités, coût analytique de la protection de l'emploi, etc.). En première analyse, il n'apparaît pas que cette donnée législative assure à La Poste un avantage concurrentiel abusif.* »

44. « *La question de savoir si cette circonstance est susceptible de poser problème au regard des dispositions communautaires en matière d'aide d'État n'est pas de la compétence du Conseil de la concurrence* » (avis 96-A-10 du 25 juin 1996).

financières que celles auxquelles doivent faire face ses concurrents. Dans cette perspective, la recherche d'une "égalisation" *des conditions de concurrence doit être envisagée avec prudence et en prenant en compte tous les facteurs de différenciation entre les acteurs concurrents* ».

En outre, si les entreprises publiques exploitent leurs activités dans des conditions différentes de celles de leurs concurrentes privées, cette différence de situation ne constitue pas en soi une atteinte au droit de la concurrence. Dans son avis 96-A-12 du 17 septembre 1996, le Conseil de la concurrence a rappelé que « *le bon fonctionnement de la concurrence sur un marché n'implique pas nécessairement que tous les opérateurs se trouvent dans des conditions d'exploitation identiques. Il suppose toutefois qu'aucun opérateur ne bénéficie, pour son développement, de facilités que les autres ne pourraient obtenir et d'une ampleur telle qu'elles lui permettent de fausser le jeu de la concurrence, sauf à ce qu'elles soient justifiées par des considérations d'intérêt général* ». À titre d'exemple, il indiquait que s'il était établi qu'un réseau bénéficie, en conséquence du statut de son personnel, d'un avantage concurrentiel, ceci ne saurait constituer en soi une pratique prohibée par le droit de la concurrence.

La question des incitations est largement débattue

L'explicitation des objectifs des entreprises publiques est une tâche difficile. Au premier chef, ces entreprises doivent assurer leurs missions de service public. Elles se voient fréquemment assigner des objectifs distincts de la maximisation du profit de court terme, objectifs qui peuvent même être complètement incompatibles avec cette dernière. Dans son avis 94-A-15 précité, le Conseil de la concurrence suggérait, à propos d'EDF et GDF, que l'absence d'actionnaires privés peut conduire à assouplir les contraintes de rentabilité et de rémunération des fonds propres ou, du moins, à avoir une exigence plus globale de rentabilité [45].

Dans l'exercice de leurs missions publiques, les entreprises publiques sont assujetties à des obligations de service universel : présence sur l'ensemble du territoire et desserte de zones non rentables, péréquation tarifaire entre catégories de clients ou zones géographiques. Ces contraintes traduisent des objectifs implicites de redistribution entre diverses catégories d'usagers. Historiquement, ce sont les opérateurs historiques qui, dans la plupart des cas, ont assumé la mise en œuvre effective de ces obligations. Le cadre du monopole permet un financement des obligations de service universel

45. « *Ainsi, la rémunération de l'État actionnaire, dans les priorités fixées à EDF par le contrat de plan 1993-1996, n'est-elle inscrite qu'après le désendettement, la qualité et les tarifs, au même rang que le développement hors mission de base. Par ailleurs, elle est calculée à partir des comptes consolidés. En raison du faible poids des activités de diversification (de l'ordre de 1 p. 100 du chiffre d'affaires total pour EDF et de 3 p. 100 pour GDF) et du fait qu'elles sont mises en œuvre sur des marchés concurrentiels (ce qui suppose l'autonomie des acteurs), la tutelle ne s'exerce pas et ne peut s'exercer avec la même rigueur sur les activités de diversification que sur celles relevant du métier de base. Au surplus, certaines contraintes imposées à EDF ou GDF relèvent de décisions ministérielles qui peuvent être, le cas échéant, tout à fait étrangères à la logique d'entreprise* ».

par des subventions croisées, qui reflètent des transferts entre catégories d'usagers.

Au surplus, les entreprises publiques sont souvent explicitement encouragées à poursuivre des objectifs qui vont au-delà du strict champ du service universel, tel que défini dans les textes de loi (notamment les directives européennes). Ces « *missions d'intérêt général* » relèvent de considérations environnementales, de santé publique, d'aménagement du territoire et de cohésion sociale. Elles peuvent concerner, par exemple, le pluralisme de la presse d'information politique et générale ou encore les contraintes de sécurité intérieure et de défense nationale, etc. L'avis 03-A-06 a ainsi cité des chiffres, selon lesquels 211 M€ restent à la charge de La Poste française au titre de la politique d'aménagement du territoire, et 482 M€ au titre du déficit sur l'activité de distribution de presse. Ces objectifs traduisent l'ambivalence du rôle de l'État vis-à-vis des entreprises publiques, à la fois actionnaire et autorité de tutelle, imposant des contraintes parfois très éloignées de la logique de l'entreprise. Dans l'avis précité, le Conseil de la concurrence appelait une nouvelle fois de ses vœux une clarification des relations entre l'État et *La Poste*.

Cette multiplicité d'objectifs rend compliquée la gouvernance de ces entreprises. Dans le cas des entreprises privées, plusieurs forces ont été identifiées comme étant de nature à contraindre les dirigeants à privilégier l'objectif de maximisation du profit. En premier lieu, des schémas de rémunération incitatifs, faisant dépendre les revenus des dirigeants des performances de l'entreprise, permettent d'aligner partiellement leurs objectifs sur ceux des actionnaires. En second lieu, le souci de la réputation et le fonctionnement du marché du travail contraignent les actions des dirigeants. La concurrence sur les marchés de produits eux-mêmes contribue également à discipliner les dirigeants, en permettant de comparer leurs performances et en réduisant l'asymétrie d'information aux dépens des actionnaires. Enfin, la menace d'une prise de contrôle des entreprises privées par des investisseurs extérieurs a longtemps été considérée comme « *l'arme ultime* » contre les comportements déviants des dirigeants : si les dirigeants ne maximisaient pas la valeur de la firme, alors des investisseurs pourraient en prendre le contrôle, installer un management qui, lui, maximiserait cette valeur et réaliser un profit d'arbitrage (en revendant l'entreprise à un prix plus élevé qu'ils ne l'auraient achetée).

Certaines de ces incitations des dirigeants des entreprises à privilégier la maximisation du profit sont absentes dans le cas des entreprises publiques. En cas de monopole, la pression concurrentielle et la possibilité d'évaluation relative des dirigeants n'existent pas. Mais surtout, les entreprises publiques ne sont en général pas sujettes aux tentatives de prise de contrôle et à la discipline des marchés financiers, ce qui peut laisser aux dirigeants un fort degré de discrétion dans la poursuite de leurs propres objectifs. Les dirigeants peuvent avoir un intérêt considérable à étendre le champ et l'échelle de leurs activités, leurs mérites étant souvent jugés en fonction de la dimension des opérations qu'ils supervisent. Par ailleurs, les autorités de tutelle partagent souvent la préférence des dirigeants pour des niveaux élevés de production, pour diverses raisons qui peuvent tenir notamment à des considérations sociales (maintien de l'emploi).

Dans un article récent sur les comportements des entreprises publiques sur les marchés concurrentiels [46], David Sappington et Gregory Sidak suggèrent que les divers éléments rappelés ci-dessus peuvent, au total, se traduire par une moindre attention accordée aux pertes et au critère du profit et une plus grande valorisation de l'échelle et de l'éventail des activités.

Mais l'appréciation portée par ces auteurs sur cette question très générale ne fait pas l'objet d'un consensus et reste débattue par les économistes. Notamment, certains travaux ont discuté la plupart des arguments évoqués ci-dessus, y compris celui relatif à l'efficacité du contrôle qui serait exercé par les marchés financiers sur les dirigeants des entreprises privées [47], et ainsi largement relativisé les différences d'incitation avec les entreprises publiques.

En tout état de cause, si l'éventualité de telles différences peut être prise en compte par le droit de la concurrence, elle ne justifie pas qu'une régulation économique spécifique soit définie et appliquée aux questions posées par l'insertion des anciens monopoles publics dans le jeu concurrentiel. Dans son avis 96-A-04 sur le projet de loi de réglementation des télécommunications, le Conseil précisait : « *Les règles actuelles du droit de la concurrence et les procédures applicables, permettent d'apporter des réponses aux problèmes de structure et de comportement dans les activités de réseaux, dans la double perspective d'une diversification des activités de l'opérateur public et d'une concurrence accrue entre les opérateurs* ».

Les comportements

Dans les nombreux avis rendus sur ces questions, le Conseil a notamment rappelé que, s'agissant d'entreprises occupant vraisemblablement, du fait du monopole qu'elles détiennent, une position dominante sur un marché, certaines pratiques qu'elles pourraient mettre en œuvre sont susceptibles de fausser le jeu de la concurrence au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce ou 82 du traité CE. Les risques que les comportements des entreprises publiques peuvent faire courir à la concurrence sur les marchés récemment ouverts ou sur ceux sur lesquels elles prolongeraient leur activité, ont déjà été partiellement abordés dans l'étude du rapport annuel 2002 sur « *L'orientation des prix vers les coûts* ». Y sont notamment traités les problèmes liés à la détention par un opérateur public d'une infrastructure essentielle : refus d'accès, conditions d'accès discriminatoires ou ne permettant pas une concurrence effective. Cette partie sera, en conséquence, consacrée aux autres risques relevés par le Conseil, concernant les conditions de l'intervention de l'opérateur public sur les marchés concurrentiels sur lesquels il prolonge ses activités ou qui ont été récemment ouverts à la concurrence. Le transfert de ressources tirées du monopole ou, plus généralement, l'utilisation d'avantages liés au monopole peuvent, en particulier, favoriser des pratiques de prix susceptibles de fausser la concurrence sur ces marchés.

46. David E. M. Sappington et J. Gregory Sidak, « *Incentives for Anticompetitive Behavior by Public Enterprises* », *Review of Industrial Organization* 22 : 183-206, 2003.

47. Pour une discussion approfondie de ces arguments, voir Holmstrom et Tirole, 1989.

S'agissant de l'existence d'une position dominante, le fait de détenir ou d'avoir détenu un monopole, confère généralement aux entreprises concernées une position dominante, mais on ne peut totalement exclure l'hypothèse selon laquelle les droits exclusifs ne seraient détenus que sur une fraction d'un marché économiquement pertinent. En revanche, sauf dans les cas d'ouverture récente des marchés à la concurrence, la position de l'opérateur historique sur les marchés concurrentiels en cause n'est pas nécessairement dominante, ce qui exclut que les prix pratiqués puissent être qualifiés de prédateurs. De plus, les spécificités des entreprises publiques telles qu'elles ont été exposées ci-dessus, rendent les comparaisons des prix et des coûts particulièrement délicates en ce qui les concerne. Les effets anticoncurrentiels d'une pratique sur un marché peuvent cependant résulter de la position dominante occupée par l'auteur de ces pratiques sur un marché connexe, s'il existe un lien entre la détention de cette position dominante et les pratiques mises en cause. Ce lien peut être simplement ponctuel, comme dans une pratique de couplage d'offres, ou structurel, comme dans le cas de subventions croisées entre les deux marchés.

Les prix prédateurs

Les spécificités relevées dans la première partie de cette étude se traduisent-elles par des comportements concurrentiels différents de ceux des entreprises privées ? Les travaux de Sappington et Sidak cités ci-dessus concluent qu'une moindre priorité accordée à la maximisation des profits peut favoriser des comportements de prix plus agressifs à travers une mise en relation des prix et des coûts plus distendue. Le Conseil a déjà souligné en effet, essentiellement dans son rôle consultatif, que des raisonnements à la base de certaines analyses concurrentielles devaient être appliqués avec prudence au cas des entreprises publiques.

Si un prix est fixé à un niveau inférieur au coût marginal, c'est-à-dire au coût encouru pour la production d'une unité supplémentaire de bien ou service, toute vente entraîne une perte. *A priori*, une entreprise devrait donc, si elle poursuit un objectif de maximisation de son profit, renoncer à produire une unité de plus plutôt que la vendre à un prix inférieur au coût marginal. C'est le raisonnement sous-jacent à l'arrêt Akzo du 3 juillet 1991 de la Cour de justice des Communautés européennes, consistant à inférer de manière automatique un objet anticoncurrentiel à partir de la constatation d'un prix inférieur au coût moyen variable, celui-ci étant *a priori* plus facile à mesurer que le coût marginal : « *Des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables (c'est-à-dire de ceux qui varient en fonction des quantités produites), par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent, doivent être considérés comme abusifs. Une entreprise dominante n'a, en effet, aucun intérêt à pratiquer de tels prix, si ce n'est celui d'éliminer ses concurrents pour pouvoir, ensuite, relever ses prix en tirant profit de sa situation monopolistique, puisque chaque vente entraîne pour elle une perte, à savoir la totalité des coûts fixes (c'est-à-dire de ceux qui restent constants, quelles que soient les quantités produites), et une partie, au moins, des coûts variables afférents à l'unité produite. Un prix inférieur au coût marginal, s'il fait baisser le profit, peut en effet accroître les ventes et les recettes de l'entreprise* ».

En revanche, toute vente supplémentaire, même à un prix inférieur au coût variable, permet tout de même d'accroître le chiffre d'affaires de l'entreprise. Une plus grande priorité accordée à l'échelle des activités de l'entreprise peut donc inciter à vendre en dessous du coût marginal, indépendamment de toute intention d'éviction. Dès lors que l'on admet que les entreprises publiques peuvent s'écarter de l'objectif de maximisation du profit, la présomption automatique d'un objet anticoncurrentiel, à la seule vue de pertes pérennes, est remise en cause. Dans son avis 96-A-10, le Conseil indiquait : « *On doit cependant constater que les prémisses, sur lesquelles est fondé l'arrêt Akzo précédemment cité, peuvent n'être qu'imparfaitement satisfaites dans les cas où se trouvent confrontés sur un même marché des opérateurs privés et un opérateur public disposant,* "par ailleurs" *d'une position de monopole associée à l'exercice d'une mission de service public. (...) La circonstance que l'opérateur public peut ne pas être soumis à une contrainte de rentabilité du type de celles auxquelles ses concurrents sont soumis, même sur la partie de son activité ouverte à la concurrence, implique que l'on ne peut déduire du simple fait qu'il enregistre des pertes, fussent-elles importantes, sur cette partie de son activité, que sa pratique de prix ne peut s'expliquer que par un objet anticoncurrentiel* ».

En résumé, des pertes, même pendant une longue période, n'indiquent pas nécessairement d'objet anticoncurrentiel ; elles peuvent refléter la forme particulière des objectifs de l'entreprise publique, qui valoriserait le niveau de sa production, davantage que l'ampleur de ses coûts ou de ses pertes. L'avis 96-A-10 indiquait à cet égard que « *la circonstance que l'opérateur public adopterait sur la partie concurrencée de son activité une logique d'action qui ne relèverait pas du souci de satisfaire une contrainte de rentabilité minimum ou d'équilibre de ses comptes et accumulerait des pertes, alors même qu'il serait concurrencé par des entreprises qui seraient, elles, soumises à cette contrainte de rentabilité, pourrait, dans certaines circonstances, perturber le jeu de la concurrence sur le marché. Mais, dans ce cas, la pratique serait anticoncurrentielle, non pas dans son objet (on ne peut être sûr que l'objet poursuivi par l'opérateur dominant est anticoncurrentiel) mais dans sa potentialité d'effet (si la pratique de l'opérateur public peut éliminer du marché des concurrents aussi efficaces que lui)* ». L'objet anticoncurrentiel étant souvent difficile, voire impossible, à démontrer dans le cas des entreprises publiques, c'est l'appréciation des effets qui prime.

Dans le même avis, le Conseil relativisait également le raisonnement de l'arrêt Akzo à propos des prix prédateurs, compte tenu des difficultés dans la comparaison des coûts respectifs d'une entreprise publique et d'une entreprise privée : « *D'une part, sauf dans les cas les plus évidents, il n'est pas certain que l'on puisse établir l'objet éventuellement anticoncurrentiel de la pratique de l'opérateur dominant à partir de la seule considération de ses coûts et de sa stratégie de prix. Il est, en effet, possible que le fait qu'il assure, par ailleurs, une mission de service public entraîne nécessairement pour lui des coûts plus élevés que ceux de ses concurrents pour la partie de son activité ouverte à la concurrence. (...) D'autre part, la seule circonstance que l'opérateur dominant enregistre une perte, fût-elle importante sur le marché ouvert à la concurrence, est insuffisante pour établir que sa stratégie de prix dans cette activité peut être de nature à éliminer du marché un*

concurrent aussi efficace que lui si les conditions de coûts unitaires des ressources qu'il emploie sont, pour des raisons associées à l'exercice de sa mission de service public ou à son statut, nettement plus défavorables que celles de ses concurrents ».

Les comparaisons peuvent aussi poser problème, dans la mesure où, une entreprise qui accorde une priorité moindre à la maximisation du profit, peut être tentée de sous-estimer ses coûts. De même, certains choix technologiques peuvent se traduire par des coûts fixes importants et des coûts variables faibles. De tels choix peuvent conduire à une surcapitalisation et empêcher l'entrée de concurrents efficaces, mais une comparaison des coûts variables aux prix, conformément à la jurisprudence Akzo, ne permet pas à elle seule de conclure à la prédation.

De plus, le caractère prédateur des prix peut être particulièrement difficile à évaluer s'agissant d'activités connexes à celles exercées en monopole et qui ont des coûts importants en commun avec elles. Le partage de ces coûts communs entre activités en monopole et activités concurrentielles pose non seulement un problème de mesure mais, également, celui du mode de partage. La Commission européenne a retenu [48] que, dans le cas d'un opérateur détenant un monopole lié à une mission de service public et diversifiant ses activités, le caractère prédateur des prix pratiqués sur le marché concurrentiel doit être évalué en prenant comme référence les seuls coûts incrémentaux liés à l'activité concurrentielle, c'est-à-dire ceux qui ne seraient pas engagés par l'entreprise si elle n'exerçait pas cette activité. Les coûts communs à l'activité en monopole et qui, en tout état de cause, doivent être supportés pour la mission de service public, ne sont pas pris en compte. Les coûts incrémentaux sont, en principe, supérieurs aux coûts variables, dans la mesure où ils peuvent inclure des coûts fixes si ceux-ci ont été exclusivement engagés pour la fourniture de biens ou services sur le marché concurrentiel. Cette approche s'inspire des travaux de William Baumol [49], pour qui le concept de coût pertinent pour l'appréciation de la prédation est le coût incrémental (ou le coût évitable qui en est généralement proche).

Le Conseil a listé, dans un avis portant sur les prix pratiqués par le Service hydrographique et océanographique de la Marine [50], pour un manuel d'« *instructions nautiques pour la plaisance* », les critères selon lesquels devaient être appréciés les effets des prix pratiqués par un opérateur public, disposant par ailleurs d'une position de monopole associée à une mission de service public. Il précisait que, dans un tel cas, l'autorité de concurrence ne pourra conclure à l'existence d'une pratique prohibée qu'après avoir examiné la pratique de prix dénoncée à travers les réponses apportées à une série de questions permettant d'en cerner la nature, l'étendue et les effets, et une fois constatée l'existence d'une position dominante :

– « *les prix pratiqués sur le ou les marchés concurrencés par l'opérateur auquel ont été conférés des droits de monopole sont-ils manifestement*

48. Décision Deutsche Post du 20 mars 2001 (*cf. infra*).

49. William Baumol, « *Predation and the Logic of the Average Variable Cost Test* », *Journal of Law and Economics* (1996).

50. Avis 97-A-10 du 25 février 1997.

supérieurs à ceux pratiqués par ses concurrents ? Dans un tel cas, au demeurant peu vraisemblable, l'opérateur dominant ne peut être considéré comme abusant (sous l'angle de la tarification) de son pouvoir de domination, même si, par ailleurs, les prix de vente qu'il pratique ne couvraient pas ses coûts variables ;
– si l'opérateur dominant pratique des prix analogues ou inférieurs à ceux de ses concurrents, ces concurrents enregistrent-ils des pertes sur l'activité concurrencée ? Au cas où ces concurrents enregistreraient des bénéfices sur l'activité concurrencée, il existerait une présomption que l'opérateur dominant n'abuse pas de sa position dominante. En effet, dans un tel cas, il ne semble pas, a priori, *que la pratique de tarification de l'opérateur dominant soit de nature à éliminer des concurrents du marché ;*
– si l'opérateur dominant pratique, de façon pérenne, des prix inférieurs à ses coûts moyens totaux et si ses concurrents enregistrent des pertes sur l'activité concurrencée, se posera la question de savoir s'il existe d'autres éléments établissant que sa tarification s'inscrit dans le cadre d'un plan ayant pour objet d'éliminer ses concurrents sur l'activité concernée. Dans un tel cas, l'abus de position dominante sera établi ;
– en l'absence d'autres éléments établissant une volonté d'élimination de la concurrence se posera, en principe, une dernière question : si les concurrents de l'opérateur dominant étaient aussi efficaces que lui, continueraient-ils à enregistrer des pertes (compte tenu de la tarification qu'il pratique) ? Si tel était le cas, en effet, la pratique de l'opérateur dominant consistant à tarifer à perte à un niveau auquel ne pourraient résister des concurrents aussi efficaces, constituerait un abus de sa position dominante au sens du droit de la concurrence ».

Quelle que soit la position occupée par l'entreprise publique concernée sur le marché concurrentiel, le Conseil n'a cependant jamais été amené, au contentieux, à constater la pratique de prix prédateurs par une entreprise publique sur un marché récemment ouvert à la concurrence ou sur un marché sur lequel elle aurait diversifié ses activités. La Commission européenne a, en revanche, condamné Wanadoo, la filiale de France Télécom spécialisée dans la fourniture d'accès à internet, pour avoir pratiqué des prix prédateurs pour les packs ADSL (*cf.* décision de la Commission européenne dans l'affaire COMP n° 38/233).

Les ventes liées

La coexistence, au sein d'une même entité économique, d'activités en monopole et d'activités concurrentielles peut permettre à une entreprise de proposer des offres liant directement les deux types de prestations, dans lesquelles est consenti un rabais sur la prestation en monopole, qu'elle est la seule à pouvoir offrir. Si les effets anticoncurrentiels de telles pratiques ne sont pas conditionnés par le statut de l'entreprise [51], leur ampleur lorsqu'elles sont mises en

51. Il faut rappeler que sont sanctionnées de la même manière les pratiques de ventes liées et de remises de couplage entre produits sous monopole et en concurrence, lorsqu'elles sont le fait d'entreprises privées, comme le montre, par exemple, la décision 03-D-35 du 24 juillet 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires Sandoz.

œuvre par des monopoles publics sur des marchés récemment ouverts à la concurrence ou en cas de diversification, a été relevée.

Dans le cadre de l'ouverture des marchés

L'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications en France n'a pas concerné d'emblée l'ensemble des services téléphoniques fournis par France Télécom. Les opérateurs tiers n'ont pu proposer des offres concernant les communications locales qu'à partir de la suppression de la zone locale de tri intervenue le 1er janvier 2002. La souscription d'un abonnement auprès d'un autre opérateur que France Télécom n'est possible que depuis la mise en œuvre effective du dégroupage de la boucle locale et seulement sur un nombre limité de zones géographiques.

Aussi, le Conseil a-t-il rappelé à de nombreuses reprises que, dans les offres tarifaires de France Télécom, des remises sur le segment d'activité en monopole ne doivent pas être liées à des engagements sur les segments en concurrence [52]. Dans l'avis qu'il a rendu à la demande de l'ART sur les conditions des offres sur mesure de France Télécom, le Conseil a considéré que « *l'offre sur mesure ne doit pas comporter de couplage entre des segments en concurrence et des segments en monopole, en l'occurrence entre téléphonie longue distance, nationale ou internationale, et téléphonie locale* » et recommandé que les offres et les remises soient définies, présentées et justifiées segment par segment pour garantir l'absence de telles remises [53]. Examinant les effets sur la concurrence d'une offre sur mesure proposée par France Télécom à Renault en 1999, il a de fait constaté que « *cette offre a permis à France Télécom de faire bénéficier Renault de prix avantageux sur le trafic local, dont il a estimé, dans un document de présentation de l'offre, l'impact financier à 3,1 MF, alors qu'il n'était confronté à aucune concurrence pour ce type de communications ; qu'il ressort des échanges de télécopies des 28 et 30 juin 1999, entre France Télécom et Renault, que les tarifs offerts pour les différentes catégories de communications étaient subordonnés à l'achat par Renault d'un volume global de communications* » et sanctionné l'opérateur historique pour abus de position dominante [54].

Dans l'avis 00-A-26, rendu à la demande du Gouvernement, sur deux décisions tarifaires de France Télécom visant à créer des forfaits de communications incluant l'abonnement à la ligne téléphonique, le Conseil a considéré que « *l'ouverture de la boucle locale à la concurrence, prévue pour le 1er janvier 2001, n'étant pas encore effective, le couplage dans une même offre tarifaire de services aujourd'hui fournis en situation de quasi monopole – l'abonnement et les communications locales – et de services en concurrence – les communications nationales – peut constituer une atteinte à la concurrence, même si le niveau du tarif auquel ce forfait est proposé ne constitue pas une remise de couplage* ». L'élément important est que l'opérateur historique était le seul à pouvoir proposer une telle offre. Même si elle n'était pas financièrement attractive, elle pouvait attirer les consommateurs en raison de son

52. Avis 97-A-05 du 22 janvier 1997 portant sur les propositions tarifaires « *Modulance partenaires* » de France Télécom.

53. Avis 98-A-24 du 16 décembre 1998.

54. Décision 01-D-46 du 23 juillet 2001.

apparente simplicité. La captation de clientèle qui en résultait pouvait avoir pour effet de ralentir l'ouverture à la concurrence de la téléphonie locale, tout en faussant le jeu de la concurrence avec les opérateurs de téléphonie longue distance, en dissuadant les consommateurs de contracter avec ces opérateurs, dans l'attente de la commercialisation d'une éventuelle formule groupée, alors que le dégroupage n'était pas effectivement mis en œuvre. Tant que les concurrents ne sont pas en mesure de proposer des offres équivalentes, on doit considérer qu'une telle offre ne relève pas de la concurrence par les mérites. Comme l'avait souligné l'ART dans l'avis rendu au Conseil sur cette question, il est essentiel, pour préserver l'égalité des chances entre les opérateurs, qu'il existe une cohérence de rythme entre la mise en place d'une concurrence réelle et significative sur la boucle locale, et la mise en œuvre par France Télécom, opérateur global, d'offres commerciales intégrant tous types de communications. Le Conseil a donc conclu que « *le couplage, dans une même offre tarifaire, le forfait Ligne France, de services fournis aujourd'hui en situation de quasi-monopole, l'abonnement et les communications locales, et de services en concurrence, les communications nationales, peut constituer une atteinte au développement de la concurrence, en permettant à France Télécom de limiter artificiellement le libre exercice de cette concurrence sur le marché des communications longue distance* ».

Le Conseil a repris cette analyse dans plusieurs décisions se prononçant sur des demandes de mesures conservatoires relatives à des offres mises sur le marché par France Télécom. À propos d'une offre Ligne France, couplant les communications locales et nationales, il a estimé : « *Mais considérant que, si, comme l'indique France Télécom, le forfait Ligne France ne présente dans la réalité d'avantage tarifaire pour les consommateurs, ni au regard des formules déjà commercialisées sur le marché par France Télécom, ni au regard de la combinaison entre le recours à France Télécom pour les communications locales et à un concurrent de France Télécom pour les communications longue distance, il n'en reste pas moins que la commercialisation de cette formule forfaitaire combinée est destinée à attirer des consommateurs soit parce que, mal informés, ils croient que la formule est attractive financièrement, soit parce qu'ils sont sensibles à son apparente simplicité ; qu'un tel effet est d'autant plus vraisemblable que, d'une part, France Télécom, qui a reconnu devant le Conseil qu'il était difficile de procéder à des comparaisons entre différentes formules tarifaires, a publiquement souhaité qu'une décision du Conseil sur le forfait Ligne France intervienne rapidement "afin d'offrir nos nouveaux services favorables aux clients le plus vite possible" alors même qu'elle soutient devant le Conseil de la concurrence que ce forfait est, dans les faits, moins intéressant que les formules déjà existantes et que, d'autre part, elle souligne que c'est en raison du succès rencontré par les formules de tarification forfaitaire dans le domaine de la téléphonie mobile qu'elle a mis au point la formule Ligne France* ». Le Conseil a donc enjoint à France Télécom de suspendre son offre jusqu'à la mise en place effective des conditions permettant aux opérateurs tiers de proposer, s'ils le souhaitent, des offres alternatives [55]. De même, dans le

55. Décision 00-MC-19 du 5 décembre 2000.

contexte de l'ouverture à la concurrence des communications locales, le Conseil avait demandé la suspension de plusieurs offres tarifaires comprenant l'abonnement et un forfait de communications locales (décision 01-MC-06 du 19 décembre 2001).

Dans le cadre de la diversification des activités des entreprises publiques

Dans le cas de la diversification de leurs activités, les entreprises publiques peuvent également prendre appui sur leur monopole pour rendre plus attractives leurs offres sur les marchés concurrentiels. L'avis 94-A-15 indiquait déjà qu'EDF en tant que seul fournisseur d'électricité peut être tenté de procéder à des ventes liées, par exemple en offrant à une collectivité locale des prestations en matière d'environnement (enterrement de lignes électriques ou de postes de moyenne tension) pour le réseau de distribution électrique traditionnel, à condition qu'elle souscrive un contrat dans une nouvelle activité d'éclairage public. Il précisait que ces ventes liées peuvent aussi consister en conditions tarifaires exceptionnelles (aides commerciales au branchement, exemption de pénalités) pour les équipements publics en contrepartie de la signature de contrats multiservices.

Dans la décision 00-D-47, le Conseil a condamné EDF pour avoir lié, d'une part, des avantages sur le marché de l'éclairage public et d'autre part, un rabais sur la concession de distribution d'électricité. La décision indique : « *Il existait un lien direct entre, d'une part, l'octroi par EDF d'avantages matériels et financiers substantiels pour la distribution d'électricité lui permettant d'en obtenir la concession, et, d'autre part, l'attribution du marché d'éclairage public pour lequel elle a consenti, au surplus, un rabais présenté comme particulièrement avantageux* ».

Le Conseil a conclu que « *l'offre d'EDF pour l'éclairage public de Tourcoing a été faite à un niveau artificiellement bas par rapport, d'une part, aux prix relevés pour des conventions comparables, d'autre part, aux études de coûts relatives à ce type de prestations ; que cette offre a été déterminante pour la municipalité dans sa décision d'attribuer ledit marché à EDF ; que, dans le cadre de l'obtention de la concession de la distribution d'électricité de la ville de Tourcoing, EDF a proposé à cette collectivité une offre concernant l'éclairage public de la ville à un prix particulièrement bas, ce qui a dissuadé la ville de procéder à un appel d'offres pour cette prestation et a permis à l'établissement public d'emporter ce marché qui, en outre, a été conclu pour une période de dix ans, renouvelable par tacite reconduction ; qu'un tel comportement de la part d'une entreprise en position dominante est constitutif d'un abus et est prohibé par les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce* ».

Une note d'EDF du 28 décembre 1993 relative au « Développement de l'éclairage public » permettait de comprendre les objectifs de la diversification d'EDF dans le secteur de l'éclairage public. Il s'agit pour l'entreprise publique de fidéliser les communes pour la concession de la distribution d'électricité : « *L'engagement renouvelé du groupe EDF dans l'éclairage public est d'abord une illustration de notre volonté d'approfondissement de l'offre autour de l'usage de l'électricité pour l'éclairage : il a pour objectif de pérenniser avec des contrats de longue durée la relation contractuelle avec la*

collectivité cliente pour la fourniture d'électricité dans cet usage en offrant un service meilleur que celui d'un autre opérateur. Cette offre d'un service dans le champ concurrentiel enrichit aussi nos liens avec la collectivité concédante et contribue ainsi à sa fidélité au contrat de concession de distribution d'électricité ».

Les subventions croisées

Les subventions croisées ne sont pas illicites en soi

Un prix inférieur au coût entraîne une perte qui doit être compensée d'une manière ou d'une autre. Elle peut l'être par une source de financement externe à l'entreprise (appel aux actionnaires, aux banques, augmentation de capital) ou de manière interne par un transfert en provenance d'une autre activité qui, elle, serait excédentaire. L'existence d'excédents sur le domaine réservé renforce donc le risque d'existence de prix inférieurs aux coûts sur certains marchés.

Tous les transferts de ressources d'une activité vers une autre ne sont pas nécessairement inefficaces d'un point de vue économique. Par exemple, l'activité de diversification peut bénéficier d'économies d'échelle dues aux activités en monopole. L'existence de coûts communs à l'ensemble des activités rend particulièrement délicate la mesure des transferts de ressources et l'appréciation de leur impact sur le bien-être collectif. Pourtant de telles subventions croisées peuvent conduire à certaines inefficacités allocatives, dans la mesure où, en payant le prix du bien ou service qui est à la source du financement, le consommateur paye pour des biens ou services qu'il ne consommera peut-être jamais. Mais dans le cas des monopoles publics, ces inefficacités allocatives sont aggravées par le fait que le prix des biens et services couverts par le monopole est un prix réglementé, et par le fait que les produits concernés sont des produits de première nécessité, pour lesquels les consommateurs sont peu sensibles au prix.

Les subventions croisées peuvent aussi nuire à l'efficacité productive si elles conduisent à l'élimination de concurrents efficaces.

Dans un article fondateur [56], l'économiste américain G.R. Faulhaber a donné le critère suivant permettant de reconnaître l'existence d'une subvention croisée : il n'y a pas subvention si le fait de fournir un autre bien ou service ne conduit pas, pour le bien ou service initialement fourni, à un prix plus élevé que son coût de fourniture isolée [57].

56. G.R. Faulhaber, « *Cross-Subsidization : Pricing in public enterprises* », *The American Economic Review* (1975). Dans cet article, Faulhaber prenait pour point de départ intuitif l'exemple d'une ligne de chemin de fer qui relie deux grandes villes et dessert une petite ville entre les deux. Si les recettes provenant des voyageurs qui embarquent ou descendent dans cette petite ville couvrent au moins les investissements consentis pour la construction de la gare et ses coûts de fonctionnement, ainsi que les coûts de commercialisation des billets, alors le prix des billets payés par les autres voyageurs ne sera pas plus élevé que si cette gare n'existait pas. Il pourra même être moins élevé si les voyageurs de la petite ville contribuent en partie au financement des coûts communs.

57. Le coût de fourniture isolée (*stand alone cost*) est le coût supporté si le bien en question est produit seul.

Il ressort de la définition ci-dessus que l'activité en monopole doit dégager des ressources et, qu'ensuite, cette subvention doit permettre d'offrir le bien ou service sur le marché concurrentiel à un prix qui ne couvre pas les coûts incrémentaux liés à cette activité, c'est-à-dire les coûts qui n'auraient pas été engagés si ce service n'avait pas été offert. Dans la décision Deutsche Post 2001/354/CE du 20 mars 2001, la Commission européenne a repris cette définition des subventions croisées : « *Du point de vue économique, les* "subventions croisées" *supposent, d'une part, que les produits d'un service donné ne permettent pas de couvrir les coûts incrémentaux propres à ce service et, d'autre part, qu'il existe un service ou tout un domaine d'activité de l'entreprise dont les produits dépassent les* "coûts de fourniture isolée"*. L'excédent de couverture des* "coûts de fourniture isolée" *indique la source des subventions croisées et le déficit de couverture des coûts incrémentaux la destination. En l'espèce, le domaine réservé constitue une source durable de financement, car les chiffres indiqués par DPAG dans le tableau 1 montrent que la totalité des produits de ce secteur dépassent ses* "coûts de fourniture isolée" ».

Il convient d'examiner avec pragmatisme les effets réels sur la concurrence des subventions croisées. Parmi les nombreux facteurs qui entrent en jeu, le plus important est sans doute le pouvoir de marché de l'entreprise.

Si le pouvoir de marché de l'entreprise publique (sur le marché directement concerné par la pratique) est important, alors un prix inférieur au coût incrémental moyen risque d'éliminer ou de dissuader l'entrée de concurrents efficaces. Cet effet ne dépend pas de la manière dont est compensée la perte occasionnée par le prix prédateur. Les subventions croisées au sens défini ci-dessus s'interprètent, dans le cas où le pouvoir de marché est fort, comme un moyen de financement de la prédation parmi d'autres.

Si, au contraire, l'entreprise dispose d'une part de marché réduite, alors la pratique de prix inférieurs aux coûts est moins susceptible, toutes choses étant égales par ailleurs, d'entraîner l'éviction de concurrents efficaces. Le financement du développement de nouveaux produits ou la pénétration de nouveaux marchés par des entreprises bénéficiant d'une position dominante, voire d'un quasi monopole, est une situation fréquemment rencontrée. Cette pratique peut même stimuler la concurrence. C'est pourquoi le Conseil de la concurrence indiquait, dans son avis 96-A-10 : « *À cet égard, il semble que l'opinion émise par la Commission européenne dans son rapport pour l'année 1994, et précédemment citée – opinion selon laquelle les entreprises auxquelles un État membre a accordé des droits de monopole ne doivent pas* "utiliser les recettes qu'elles tirent de leurs activités soumises à monopole pour subventionner leurs ventes dans d'autres secteurs défavorisant ainsi de manière artificielle les concurrents" *– doive être interprétée avec une certaine prudence en mettant en œuvre une série de tests pour établir si la pratique de ces entreprises est effectivement de nature à éliminer des concurrents aussi efficaces qu'elles* ».

La probabilité d'exclusion de concurrents efficaces, consécutive à des prix inférieurs aux coûts incrémentaux, dépend d'une multitude de facteurs, parmi lesquels l'ampleur et la pérennité de la subvention. Comme l'indiquait l'avis 94-A-15, on ne peut exclure « *un schéma selon lequel 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 ; la permanence de cette offre rétroagirait, en outre, sur le fonctionnement concurrentiel du marché ». Dans la décision 00-D-47, le Conseil concluait qu'« *une subvention croisée peut, à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son importance, avoir un effet potentiel sur le marché* ».

L'efficacité relative de l'entreprise publique (ou de sa filiale) et des concurrents, le nombre et la taille de ces derniers, leurs pouvoirs de marché respectifs et le degré de concentration des marchés sont également des éléments à prendre en compte. L'arrivée d'une entreprise publique sur un marché atomisé peut avoir des effets importants. L'avis 94-A-15 indiquait à cet égard que, « *lorsque EDF ou GDF s'implantent sur des marchés où sont déjà présentes des entreprises de dimension importante, leur entrée peut, dans certains cas, accroître la concurrence. Sur certains secteurs d'ailleurs, des concurrents comme la Lyonnaise des Eaux-Dumez ou la Compagnie générale des eaux disposent de moyens qui reposent sur des monopoles avec mission de service public. En revanche, la problématique de la diversification se présente de façon très différente, en particulier sur les marchés locaux où les offreurs sont des entreprises de petite, voire de très petite taille* ».

Les risques liés aux subventions croisées dépendent aussi de l'intensité concurrentielle et du caractère contestable des marchés. Les effets des subventions croisées peuvent être plus importants sur les marchés caractérisés par des connaissances technologiques spécifiques, des coûts fixes irréversibles, des effets d'expérience, une forte intensité capitalistique de l'activité, etc. En effet, la sortie du marché peut s'avérer très coûteuse pour les concurrents qui ne pourraient pas supporter la politique agressive de l'entreprise publique ; toute nouvelle entrée étant très improbable, les dommages pourraient être irrémédiables. L'existence et l'ampleur des barrières à l'entrée ou à la sortie entrent donc également en compte lors de l'appréciation de l'effet des subventions croisées.

Le caractère non illicite en soi des subventions croisées a, depuis, été affirmé à de nombreuses reprises (voir notamment décision 00-D-50 du 5 mars 2001, confirmée par la cour d'appel le 20 novembre 2001) : « *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'entrer sur un ou des marchés 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*. ». Cette analyse a encore été récemment confirmée par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 décembre 2003.

La jurisprudence du Conseil

Le Conseil a rarement considéré que les éléments du dossier lui permettaient d'établir que ces subventions avaient eu pour objet ou pouvaient avoir eu

pour effet d'empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

Dans la plupart des nombreuses plaintes dont le Conseil est régulièrement saisi à l'encontre d'entreprises publiques bénéficiant d'un monopole et qui développent une activité sur un marché concurrentiel, les revenus tirés de leur activité en monopole et qui leur permettraient de pratiquer des « *prix bas, voire prédateurs* », ne sont pas contestés. Ainsi, dans l'affaire ayant donné lieu à la décision 00-D-50 et mettant en cause La Française des jeux, les excédents de ressources tirés du marché des jeux de hasard n'ont pas fait débat. En revanche, le transfert de ces ressources d'une activité à l'autre peut prendre des formes plus ou moins transparentes. Dans l'avis 94-A-05 précité, le Conseil envisageait l'utilisation par les activités de diversification du réseau commercial EDF-GDF Services, initialement développé pour la vente de gaz et d'électricité au consommateur final et la mise à disposition de ces activités de certains personnels rémunérés par EDF ou GDF et précisait : « *Dès lors que ces facilités ne font pas l'objet de contreparties financières reflétant la réalité des coûts, elles peuvent être interprétées comme des subventions de l'établissement public vers les activités en dehors du métier de base* ». Dans l'affaire qui mettait en cause EDF et sa filiale Citélum sur le marché de l'éclairage public (00-D-47), le Conseil a considéré que l'appui commercial et logistique apporté par les centres EDF-GDF Services à Citélum, non rétribué à sa jute valeur, constituait une subvention. De même, dans l'affaire 02-D-34, il était établi qu'EDF avait fourni sans compensation des avantages matériels et immatériels aux sociétés Industelec. Le Conseil a reconnu aussi, dans une décision 03-D-44 mettant en cause Gaz de France, « *l'accumulation des avantages consentis par GDF à sa filiale Calliance* ».

S'agissant de l'appréciation des effets des subventions sur les marchés, de nombreux critères sont à prendre en compte. Le Conseil a ainsi estimé que la circonstance que les ressources étaient tirées d'un monopole légal, et donc incontestables, pouvait fausser le jeu de la concurrence sur un marché connexe, même si les critères caractérisant la prédation n'étaient pas réunis (décision 00-D-50 du 5 mars 2001, confirmée par la cour d'appel le 20 novembre 2001 et par la Cour de cassation dans un arrêt du 10 décembre 2003) : « *Considérant, en revanche, qu'est susceptible de constituer un abus le fait, pour une entreprise disposant d'un monopole légal, c'est-à-dire un monopole dont l'acquisition n'a supposé aucune dépense et est insusceptible d'être contesté, 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 elles* ». En revanche, le Conseil a précisé dans un avis récent, rendu à une juridiction, concernant les activités de diversification du Giat [58], que le caractère légal du monopole était l'un des trois critères cumulatifs retenus dans la décision citée ci-dessus et constaté, en l'espèce, que le monopole de fait, dont dispose Giat Industries, non

58. Avis 03-A-12 du 15 juillet 2003.

seulement n'est fondé sur aucune base légale mais encore ne paraît pas insusceptible d'être contesté.

Les décisions rendues montrent l'importance de la prise en compte de l'ensemble des éléments de contexte économique, nombre et taille des concurrents, profitabilité globale du marché, succès ou échec de l'entreprise publique, barrières à l'entrée, etc.

Dans ces conditions, la part de marché détenue sur le marché concurrentiel n'est pas, à elle seule, un élément déterminant. Dans l'affaire précitée mettant en cause la Française des jeux, le caractère atomisé du marché a été souligné par le Conseil : la Française des jeux faisait face à une multitude d'entreprises de taille modeste. Il a alors considéré que, en dépit du fait que la filiale de la Française des jeux n'occupait qu'une part très limitée du marché de la maintenance informatique (de l'ordre de 0,5 à 0,7 %) « *plusieurs des contrats ainsi obtenus bénéficiaient d'une très forte visibilité (ANPE, SNCF) ; que ces pratiques ont ainsi permis à la Française de maintenance d'acquérir un poids économique et une réputation déterminants pour son avenir et ont affecté la capacité concurrentielle d'autres entreprises du secteur ; que cette perturbation du marché n'aurait pas pu avoir lieu sans les subventions croisées mises en œuvre par la Française des jeux ; que, dès lors, la pratique est qualifiable au regard de l'article L. 420-2 du Code de commerce* ».

En revanche, dans la décision 00-D-47, la constatation que la part de marché de la société Citelum, filiale d'EDF, était limitée à 1 %, mais aussi que « *les subventions en nature mises en évidence par l'instruction ont eu une durée limitée au démarrage de l'activité de Citélum et sont restées d'une ampleur relativement modeste* » a amené le Conseil à considérer qu'elles n'avaient pas eu d'effet. Dans la décision 02-D-34 relative au soutien d'EDF aux sociétés Industelec, le Conseil a, de même, estimé que ce soutien n'avait pas eu d'effet sur le marché de l'ingénierie : « *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* ». Dans la décision 03-D-44 précitée, la prise en compte de « *l'échec que la société Calliance a rencontré assez rapidement dans le développement de son offre globale de chaleur, après quelques années seulement d'exploitation* » a également amené le Conseil à estimer que les transferts de ressources de GDF vers sa filiale n'avaient pu fausser le jeu de la concurrence sur un marché.

Enfin, dans l'affaire 03-D-62, le cabinet Bernard Consultants exposait que « *du fait des avantages dont il bénéficie au titre de sa mission de service public (subventions notamment) et de l'absence de distinction juridique et comptable de ses différentes missions (service public d'une part, et activités commerciales concurrentielles d'autre part), l'Institut géographique national (IGN) pratique des prix largement inférieurs à ceux de ses concurrents de droit privé, ce qui est constitutif de concurrence déloyale, et à tout le moins*

d'une entrave à la concurrence ». La société saisissante soutenait que l'IGN avait utilisé les subventions publiques destinées à financer ses missions de service public pour pratiquer des prix prédateurs sur le marché du conseil en système d'information géographique de l'agglomération dijonnaise et évincer ses concurrents. Un avis du Conseil d'État relatif à cette affaire avait indiqué qu'une personne publique peut « *se porter candidate à l'attribution d'un marché public ou d'un contrat de délégation de service public* », pour autant que soient respectés « *tant les exigences de l'égal accès aux marchés publics que le principe de liberté de la concurrence* », « *l'attribution d'un marché public ou d'une délégation de service public à un établissement administratif suppos (ant), d'une part, que le prix proposé par cet établissement public administratif soit déterminé en prenant en compte l'ensemble des coûts directs et indirects concourant à la formation du prix de la prestation objet du contrat, d'autre part, que cet établissement public n'ait pas bénéficié, pour déterminer le prix qu'il a proposé, d'un avantage découlant des ressources ou des moyens qui lui sont attribués au titre de sa mission de service public et enfin qu'il puisse, si nécessaire, en justifier par ses documents comptables ou tout autre moyen d'information approprié* ». L'instruction avait permis de s'assurer que l'IGN avait bien intégré l'ensemble des coûts pertinents pour établir son offre tarifaire et donc de vérifier que le critère défini par le Conseil d'État avait été respecté. Au surplus, l'instruction n'avait mis en évidence aucune perturbation du marché à la suite de l'intervention, au demeurant ponctuelle, de l'IGN.

Notons pour finir qu'en l'absence d'excédents de ressources dégagés par l'activité en monopole et qui seraient à l'origine de subventions dont bénéficierait l'activité en concurrence, on ne peut parler de subventions croisées. Le Conseil de la concurrence a rencontré ce cas à propos de l'affaire Giat (avis 03-A-12), dans laquelle il n'était pas contesté que l'activité de production de chars de combat de Giat Industries était déficitaire et ne générait pas d'excédents de ressources qui seraient à l'origine de subventions dont bénéficierait l'activité de diversification. Un tel cas relève sans ambiguïté du contrôle des aides d'État : « *Il convient de rappeler ici que, quand bien même il serait établi que tant l'activité principale que l'activité de diversification étaient déficitaires et que ces déficits étaient couverts par la ressource publique, le contrôle des aides d'État relève de la compétence communautaire et non de celle des autorités nationales de la concurrence* ».

Prédation, subventions croisées et aides d'État : la jurisprudence de la Commission européenne

Au sein de l'Union européenne, le contrôle des aides d'État relève de la compétence des autorités communautaires. L'article 87 du traité CE dispose ceci : « *Sauf dérogations prévues par le présent traité, sont incompatibles avec le marché commun, dans la mesure où elles affectent les échanges entre États membres, les aides accordées par les États ou au moyen de ressources d'État sous quelque forme que ce soit qui faussent ou qui menacent de fausser la concurrence en favorisant certaines entreprises ou certaines productions* ».

L'article 88 du traité CE prévoit que, lorsqu'une aide d'État est déclarée incompatible avec le marché commun, alors l'État concerné doit demander au bénéficiaire la restitution de l'aide : « *Si, après avoir mis les intéressés en demeure de présenter leurs observations, la Commission constate qu'une aide accordée par un État ou au moyen de ressources d'État n'est pas compatible avec le marché commun aux termes de l'article 87, ou que cette aide est appliquée de façon abusive, elle décide que l'État intéressé doit la supprimer ou la modifier dans le délai qu'elle détermine*. » Une condamnation au titre de l'article 87 ne se traduit donc pas par une sanction financière, mais par l'obligation pour l'entreprise concernée de restituer l'aide dont elle a bénéficié.

Cette compétence permet à la Commission d'aborder les problèmes de distorsion de concurrence posés par les subventions croisées au sein des entreprises publiques, soit comme un abus de position dominante, imputable à l'entreprise elle-même, soit comme la conséquence du soutien initialement accordé par l'État à l'entreprise publique et qui lui a permis de dégager les excédents de ressources susceptibles de compenser les pertes réalisées sur un marché concurrentiel.

Chronopost

Les concurrents de Chronopost (Ufex, DHL, Fedex, etc.) avaient dénoncé, auprès de la Commission européenne, l'assistance logistique et commerciale apportée par *La Poste* à sa filiale au motif que cette assistance n'était pas rétribuée aux « *conditions normales de marché* » et constituait donc, en partie, une aide d'État.

Dans sa décision du 22 octobre 1997, la Commission a constaté que les prix facturés entre les deux sociétés pour ces services étaient calculés sur la base des coûts complets (c'est-à-dire les coûts totaux plus la rémunération des capitaux propres). Elle a de plus calculé que le taux de rendement interne (TRI) de l'investissement de *La Poste* en tant qu'actionnaire excédait largement le coût du capital de la société, c'est-à-dire le taux de rendement normal qu'un investisseur privé exigerait dans des circonstances similaires. Elle a donc estimé qu'on ne pouvait parler d'aide d'État.

Dans le recours en annulation formé devant le TPI, les plaignants se sont référés à l'arrêt du 11 juillet 1996 (en réponse à une question préjudicielle posée par le Tribunal de commerce de Paris), dans lequel la Cour de justice avait indiqué que « *la fourniture d'une assistance logistique et commerciale par une entreprise publique à ses filiales de droit privé exerçant une activité ouverte à la libre concurrence est susceptible de constituer une aide d'État au sens de l'article 92 du traité CE si la rémunération perçue en contrepartie est inférieure à celle qui aurait été réclamée dans des conditions normales de marché* ». Le TPI a annulé la décision de la Commission, jugeant qu'elle aurait dû vérifier que la contrepartie reçue par *La Poste* était comparable à celle qu'aurait réclamée une société financière privée ou un groupe privé d'entreprises, n'opérant pas dans un secteur réservé, poursuivant une politique structurelle, globale ou sectorielle et guidée par des perspectives à long terme.

Finalement, la Cour de justice a annulé l'arrêt du TPI et confirmé la décision initiale de la Commission. L'arrêt de la CJCE indique que la méthodologie d'appréciation des aides d'État doit reconnaître la spécificité des monopoles publics, dotés de réseaux qui, historiquement, se sont développés pour répondre à des obligations de service universel (desserte de l'ensemble du territoire notamment). Il s'ensuit que la situation d'un opérateur historique n'est pas comparable à celle d'une entreprise privée, qui n'aurait jamais développé un tel réseau. Grâce à cette infrastructure, un opérateur historique peut bénéficier d'un avantage concurrentiel, mais celui-ci n'a pas à entrer en compte dans l'appréciation de l'aide qu'il accorde à ses filiales. La CJCE a jugé que l'aide d'État doit être calculée au regard des coûts effectifs de l'établissement public (qui peuvent être plus faibles que ceux que supporterait une entreprise privée pour rendre les mêmes services), et non d'hypothétiques « *conditions normales de marché* » [59].

Les deux décisions Deutsche Post

La Commission a abordé les problèmes de concurrence posés par la diversification des activités de Deutsche Post (DPAG), sous l'angle de l'abus de position dominante dans une première décision et sous celui de l'aide d'État, dans une seconde décision.

Dans sa décision 2001/354/CE du 20 mars 2001, la Commission européenne a considéré que DPAG a enfreint l'article 82 du traité, en proposant d'assurer le transport de colis pour le secteur de la vente par correspondance à des prix inférieurs aux coûts incrémentaux de 1990 à 1995. Cependant, la Commission n'a pas qualifié les prix inférieurs aux coûts incrémentaux de « *prédateurs* », alors que DPAG était également en position dominante sur le marché directement concerné par la pratique (le transport de colis pour la

59. « *En effet, La Poste est chargée d'un service d'intérêt économique général au sens de l'article 86, paragraphe 2, du traité CE. Un tel service consiste, en substance, dans l'obligation d'assurer la collecte, le transport et la distribution du courrier, au profit de tous les usagers, sur l'ensemble du territoire de l'État membre concerné, à des tarifs uniformes et à des conditions de qualité similaires. À cette fin, La Poste a dû se doter ou a été dotée d'infrastructures et de moyens importants (le "*réseau postal*") lui permettant de fournir le service postal de base à tous les usagers, y compris dans les zones à faible densité de population, dans lesquelles les tarifs ne couvraient pas les coûts générés par la fourniture du service en cause. En raison des caractéristiques du service que le réseau de La Poste doit permettre d'assurer, la constitution et le maintien de ce réseau ne répondent pas à une logique purement commerciale. Partant, ce réseau n'aurait jamais été constitué par une entreprise privée. Par ailleurs, la fourniture de l'assistance logistique et commerciale est indissociablement liée au réseau de La Poste, puisqu'elle consiste précisément dans la mise à disposition de ce réseau sans équivalent sur le marché. Dans ces conditions, en l'absence de toute possibilité de comparer la situation de La Poste avec celle d'un groupe privé d'entreprises n'opérant pas dans un secteur réservé, les "*conditions normales de marché*", qui sont nécessairement hypothétiques, doivent s'apprécier par référence aux éléments objectifs et vérifiables qui sont disponibles. En l'occurrence, les coûts supportés par La Poste pour la fourniture à sa filiale d'une assistance logistique et commerciale peuvent constituer de tels éléments objectifs et vérifiables. Sur cette base, l'existence d'une aide d'État en faveur de la Chronopost peut être exclue si, d'une part, il est établi que la contrepartie exigée couvre dûment tous les coûts variables supplémentaires occasionnés par la fourniture de l'assistance logistique et commerciale, une contribution adéquate aux coûts fixes consécutifs à l'utilisation du réseau postal ainsi qu'une rémunération appropriée des capitaux propres dans la mesure où ils sont affectés à l'activité concurrentielle de la Chronopost, et si, d'autre part, aucun indice ne donne à penser que ces éléments ont été sous-estimés ou fixés de manière arbitraire* » (CJCE, affaires jointes C-83/01 P, C-93/01 P et C-94/01 P du 3 juillet 2003).

vente par correspondance). La Commission avait par ailleurs constaté que le domaine réservé de la poste allemande dégageait des excédents de ressources qui avaient permis de pratiquer ces prix bas. Elle a jugé cette subvention contraire à l'article 82, mais n'a pas infligé de sanctions pécuniaires à DPAG à ce titre. La Commission a justifié l'absence de sanction par le fait qu'il n'y avait jusqu'alors pas de réponse établie à la question de savoir quel standard de couverture des coûts devait s'appliquer aux services exposés à la concurrence d'une entreprise « multiproduits » ou « multiservices » qui bénéficierait d'un domaine réservé. Elle a également tenu compte du fait que DPAG, dès qu'elle a eu connaissance des griefs notifiés, s'est engagée à procéder à une séparation structurelle entre le domaine réservé et ses activités concurrentielles (en cédant ces dernières à une nouvelle société) et à mettre en place une transparence complète des relations financières entre les deux types d'activités.

Dans la seconde décision 2002/753/CE du 19 juin 2002, la Commission a utilisé un concept de coût un peu différent (les « *coûts d'infrastructure* ») et a mis en évidence la « politique de rabais agressive » menée par DPAG depuis 1994 dans le secteur des services de colis « *porte-à-porte* » (*B to B* et vente par correspondance). DPAG était soumise à l'obligation de proposer un tarif unique abordable à tous les utilisateurs de service de colis. La politique de rabais de DPAG consistait à proposer un prix inférieur à ce tarif unique aux clients ayant eux-mêmes au préalable pré-encodé et/ou pré-trié leurs envois ou disposant d'un volume d'envois minimum donné. Selon la Commission, cette stratégie n'était en rien imputable à l'obligation de service universel à laquelle DPAG était soumise, mais participait des efforts entrepris par DPAG pour conserver ou conquérir des parts de marché dans le secteur des services de colis de porte à porte, soumis à la concurrence. La Commission a estimé à 572 M€ les surcoûts nets occasionnés par la politique de rabais de DPAG. Elle a considéré que ces surcoûts ont faussé le jeu de la concurrence et qu'ils ont été compensés (indirectement) par l'État allemand. Il s'agissait donc d'une aide d'État interdite par l'article 87 du traité CE. La Commission a enjoint à l'Allemagne de prendre toutes les mesures qui s'imposent pour exiger du bénéficiaire (DPAG) la restitution de cette aide.

Le 4 septembre 2002, DPAG a introduit un recours [60] devant le TPI, dans lequel elle constate que les deux décisions de la Commission ont conduit à des résultats différents (sanction dans un cas et pas dans l'autre) en ce qui a trait à la période concernée, au montant et au financement des pertes d'exploitation enregistrées. DPAG ajoute que les pertes d'exploitation constatées dans la décision reposent sur un calcul erroné. Elle considère également que l'affirmation de la Commission, selon laquelle les pertes ont été causées par la politique de rabais agressive et n'ont aucun lien avec les missions d'intérêt général, n'est pas établie. DPAG reproche à la Commission d'avoir méconnu le fait qu'une simple compensation des pertes opérée au sein d'une entreprise ne constitue pas une aide, mais tombe uniquement sous l'article 82 CE. Le recours est actuellement pendant devant le TPI.

60. Les moyens introduits par DPAG devant le TPI sont publiés au *JOCE* du 9 septembre 2002.

L'adaptation des structures des entreprises publiques au jeu concurrentiel

La recommandation de mesures visant à adapter les structures des entreprises publiques aux marchés concurrentiels afin de limiter les risques de comportements anticoncurrentiels, et notamment de subventions croisées entre les activités en monopole et les activités concurrentielles, est au premier plan de nombreux avis rendus par le Conseil : « *La diversification des activités d'EDF et de GDF peut révéler ainsi des pratiques éventuellement sanctionnables au regard des règles de la concurrence mais qui peuvent aussi refléter une inadaptation des structures aux contraintes d'une économie de concurrence* » (94-A-15). Le Conseil ne méconnaît pas l'intérêt d'une diversification des activités des entreprises dans certaines circonstances, mais a déjà été d'avis qu'il convenait de maintenir une certaine surveillance. Il a surtout particulièrement insisté sur la nécessité de séparer de manière juridique et comptable les activités en concurrence et les activités en monopole et même de filialiser ces deux types d'activités. La clarification du champ des missions de services publics et de leurs modes de financement a également été préconisée à plusieurs reprises.

L'opportunité de la diversification

Concernant l'opportunité de la diversification, deux approches sont possibles : l'une consiste à limiter la diversification aux activités pour lesquelles l'initiative privée est défaillante ; l'autre, à se contenter d'en surveiller *ex-post* les effets sur la concurrence. C'est cette seconde approche qui ressort de la jurisprudence, tant du Conseil de la concurrence que du Conseil d'État.

Les diversifications elles-mêmes peuvent en effet avoir un impact bénéfique sur la concurrence et ne sont pas interdites en soi. Le libre accès de nouvelles entreprises au marché est un des facteurs déterminants du fonctionnement effectif de la concurrence. La diversification d'une entreprise en position dominante (ou monopole) sur des nouveaux marchés peut en effet stimuler la concurrence sur ces marchés. Sauf en ce qui concerne les établissements publics, soumis au principe de spécialité, aucune disposition législative ou réglementaire et aucune jurisprudence nationale ou communautaire ne prohibent en soi le développement d'activités nouvelles, quand bien même l'entreprise qui cherche à se diversifier serait en position dominante sur un marché.

Lorsqu'il s'agit de valoriser des compétences ou un savoir-faire acquis par l'entreprise et d'en faire profiter les consommateurs, d'utiliser des surcapacités tout en répondant à une demande, la diversification apparaît comme bénéfique pour la collectivité. L'avis 94-A-15 signalait bien cet aspect positif : « *Dans le cadre de l'activité de production, transport et distribution d'électricité par exemple, EDF a développé des compétences et un savoir-faire (gestion de grands projets, calcul de risque...) dont les débouchés sur le territoire national s'amenuisent en raison du ralentissement du rythme de construction des infrastructures de production d'électricité en France. Cependant, ces compétences sont susceptibles d'être valorisées en France comme à*

l'étranger. Au nom d'arguments de rentabilité et de progrès économique, l'interdiction ou la limitation de la diversification pourrait avoir des effets négatifs sur le progrès économique et conduire à des pertes d'"efficience" pour la collectivité ».

La diversification est également considérée comme la « contrepartie » normale de l'ouverture à la concurrence : « *Dans tous les cas, une évolution qui conduirait EDF à être soumis à la concurrence en matière de production ou de distribution ou à accorder un droit d'accès des tiers au réseau devrait, selon l'établissement, avoir pour contrepartie de permettre à EDF de se diversifier* » (avis 94-A-15). Lorsqu'une entreprise publique se trouve confrontée à des surcapacités ou à des sureffectifs, qui sont hérités du passé et ne sont pas nécessairement liés à la libéralisation du secteur, il peut lui apparaître optimal d'utiliser ses capacités de production disponibles (capital et travail) au lieu de les laisser inemployées. « *En 1988, la direction d'EDF annonça, pour la première fois, une stratégie de diversification. Depuis cette date, cinq types de motivations ont pu être avancés : le ralentissement de la croissance de la consommation d'électricité en France rend nécessaire le redéploiement du personnel de l'entreprise ; l'excès de capacité de production pousse l'établissement à valoriser ses surplus ; la demande de la clientèle pour des services plus élaborés oblige EDF à adapter son offre ; le partenariat imposé avec les collectivités locales ouvre des marchés voisins de l'activité principale ; l'éventuelle ouverture à d'autres opérateurs des marchés captifs d'EDF incite à développer, dès aujourd'hui, un esprit de concurrence au sein de l'établissement public* ».

Ainsi qu'il l'a énoncé dans la décision 93-D-15 du 1er juillet 1993, il n'appartient pas au Conseil de se prononcer, lorsqu'il examine des affaires dans le cadre contentieux, sur la conformité des activités d'une entreprise publique au principe de spécialité [61]. Statuant sur cette décision le 10 février 1994, la cour d'appel de Paris a précisé « *qu'est inopérante (...) l'allégation selon laquelle la violation du principe de spécialité constitue en soi un abus de position dominante* ». Néanmoins, le Conseil avait recommandé, dans son avis 94-A-15, un suivi vigilant de la diversification de l'entreprise dans de nouveaux secteurs et appelé à une appréciation concrète des conséquences du processus de diversification en fonction de la structure des marchés

61. Il faut préciser qu'en tant qu'établissement public, EDF est soumis au principe de spécialité. Son objet est strictement délimité par les dispositions de l'article 46 de la loi du 8 avril 1946 modifiée, aux termes duquel des décrets doivent fixer « les conditions dans lesquelles les services de distribution devront cesser toutes activités industrielles et commerciales relatives à la réparation, à l'entretien des installations intérieures, à la vente, à la location des appareils ménagers et, d'une façon générale, toutes les activités autres que celles définies à l'article 1er, à savoir la production, le transport, la distribution, l'importation et l'exportation d'électricité ». Ces textes ne sont toujours pas intervenus.
Dans un avis du 7 juillet 1994, le Conseil d'État a reconnu l'existence d'une « certaine marge légale de diversification » d'EDF et a déterminé les deux conditions auxquelles doivent satisfaire les activités économiques de diversification d'un établissement industriel et commercial pour respecter le principe de spécialité :
– ces activités doivent être le complément normal de sa mission statutaire principale ;
– elles doivent être à la fois d'intérêt général et directement utiles à l'établissement public « notamment par son adaptation à l'évolution technique, aux impératifs d'une bonne gestion des intérêts confiés à l'établissement, le savoir-faire de ses personnels, la vigueur de sa recherche et la valorisation de ses compétences, tous moyens mis au service de son objet principal ».

concernés, les marchés atomisés, faiblement capitalistiques, devant être soumis à une vigilance particulière. À la suite de cet avis, le ministre de l'industrie a procédé à la mise en place d'un observatoire de la diversification. EDF s'est par ailleurs désengagé de la cartographie et de la télésurveillance. Se prononçant sur les principes à respecter pour assurer le fonctionnement concurrentiel du marché électrique [62], le Conseil a cependant estimé que, par suite de l'ouverture du marché de l'électricité à la concurrence, du fait que, comme dans les autres secteurs, la demande des clients s'exprime en termes de produits et de services, et dans le souci que la concurrence soit équitable, la loi devrait donner plus de liberté d'action à EDF et qu'en conséquence la question de l'extension du champ d'activité de l'établissement public devait être posée.

La séparation des activités en monopole et en concurrence

Le Conseil de la concurrence a préconisé à maintes reprises [63] la nécessité d'une séparation claire des comptes entre les activités en monopole et celles ouvertes à la concurrence, comme condition minimale afin d'assurer un bon fonctionnement de la concurrence. Cette séparation peut prendre la forme d'une simple présentation de comptes séparés et de la mise en place d'une comptabilité analytique. Elle peut aussi aller jusqu'à la filialisation des activités concurrentielles.

Séparation comptable et mise en place d'une comptabilité analytique

S'agissant des télécommunications, les directives organisant l'ouverture à la concurrence du secteur ont prévu une comptabilité séparée pour les activités de télécommunications « *de la même façon que si ces activités étaient entreprises par des sociétés juridiquement indépendantes* » et une comptabilité séparée pour les services d'interconnexion. Ces dispositions ont été intégrées dans le Code des postes et télécommunications. Les obligations de France Télécom à cet égard sont de plus détaillées dans son cahier des charges [64].

62. Avis 98-A-05 du 28 avril 1998.

63. Avis Sernam 1995, La Poste, 1996, France Télécom en 1996 et 1998, EDF en 1998 et 2000.

64. Article 18 : « *France Télécom tient un système d'information ainsi qu'une comptabilité des services et des activités, qui doivent permettre, notamment, de vérifier le respect du principe de l'orientation des tarifs vers les coûts lorsqu'il s'applique. À cette fin, le système d'information et la comptabilité analytique mis en œuvre par France Télécom doivent permettre d'allouer précisément aux différents produits et services les coûts communs, notamment ceux relatifs à l'utilisation des agences commerciales et des points de contact avec les clients, à la publicité et à la recherche, en fonction de l'utilisation effective de ces prestations. Les activités, services et éléments de réseaux utilisés par France Télécom sont valorisés à leur prix de cession externe ou, à défaut, par référence aux tarifs pratiqués par France Télécom à l'égard des utilisateurs ou des opérateurs qui s'interconnectent à son réseau. Cette comptabilité respecte les obligations résultant du Code des postes et télécommunications, notamment ses articles L. 34-8 et L. 35-3. Les éléments pertinents du système d'information et les données comptables sont tenus à la disposition de l'Autorité de régulation des télécommunications à la demande de cette dernière. Ils sont audités périodiquement aux frais de France Télécom par un organisme indépendant désigné par l'Autorité de régulation des télécommunications, de manière à permettre une mise à jour annuelle des éléments et données nécessaires à l'application du Code des postes et télécommunications. Les auditeurs doivent être indépendants des commissaires aux comptes de France Télécom. Ils publient une déclaration de conformité à la suite de l'audit* ».

Toutefois, le Conseil a été amené à remarquer, dans un avis 97-A-07 que, s'agissant des activités de radio-télécommunication : « *La réalisation effective par France Télécom de l'individualisation comptable de ses activités en concurrence, obligation qui a été fixée par le ministre chargé des Télécommunications, permettrait de s'assurer qu'il n'existe pas de transfert de charges et de ressources entre les diverses activités du groupe et serait de nature à réduire les éventuelles distorsions de concurrence, compte tenu des risques spécifiques d'atteinte à la concurrence liés à la situation de l'opérateur historique* ». Il a de même déploré que les obligations de France Télécom se limitent à la tenue d'une comptabilité analytique pour quatre activités (liaisons louées, interconnexion, communications, abonnement).

Dans son avis 95-A-18 du 17 octobre 1995 relatif aux activités de messagerie de la SNCF, le Conseil a considéré que la traduction comptable des activités du Sernam au sein de la SNCF ne permet pas de procéder à une analyse complète des distorsions éventuelles de concurrence liées au statut du Sernam et à ses modalités de fonctionnement. Il a d'abord estimé que l'imbrication des comptes du Sernam dans ceux de la SNCF a pour effet d'intégrer les déficits d'exploitation de ce service dans le résultat de la SNCF et de poursuivre, malgré cette situation, d'importants programmes d'investissements. Enfin, il a constaté que le Sernam assure pour la SNCF un ensemble de services qu'il lui facture, la SNCF facturant pour sa part au Sernam le coût des services qu'elle lui rend, sur la base du coût variable supporté par l'établissement prestataire, les prestations peu importantes ne donnant pas lieu à facturation. En conséquence, il a indiqué que, s'agissant des modifications de nature à garantir le respect des règles de concurrence, il y avait lieu, tout d'abord, d'instaurer une séparation comptable et financière entre la SNCF et son service de messagerie, et que cette clarification permettrait d'identifier les flux financiers entre ces deux entités et de renforcer les contrôles, notamment quant à la rationalité économique des investissements, ainsi qu'au regard des règles de la concurrence, la SNCF pouvant être tentée d'abuser de sa position dominante en accordant des avantages au Sernam qu'elle ne consent pas aux concurrents de celui-ci.

De même, dans son avis 96-A-10 du 25 juin 1996 relatif au fonctionnement des services financiers de *La Poste*, le Conseil après avoir noté l'importance des disparités dans les modes de fonctionnement des services financiers de *La Poste* et des banques, complexité encore accrue par l'absence de séparation entre les activités sous monopole et les activités exercées en concurrence, a estimé que cette absence de séparation rend difficile l'analyse comptable et peut conduire à ne pas imputer aux activités financières des coûts engendrés par celles-ci, si les facilités dont elles bénéficient ou les ressources qu'elles utilisent pour leur développement ne sont pas précisément identifiées et facturées à leur coût réel. Le Conseil a donc réaffirmé que « *la mise en place d'un système de comptabilité analytique fiable et transparent et de comptes généraux séparés est pour* La Poste *(...) une impérieuse nécessité, dès lors que coexistent, en son sein, deux types d'activités de nature différente dont l'une d'elles est couverte par un monopole public et en dépit du fait que les autres établissements de crédit ne sont pas eux-mêmes soumis à cette obligation* ».

De même, le Conseil a souligné, dans l'avis 98-A-05 précité, qu'il était essentiel qu'EDF dispose d'une comptabilité appropriée permettant de vérifier

l'absence de subventions croisées et de prix de prédation pour la vente d'électricité aux clients éligibles. Il a depuis été consulté à deux reprises sur les principes de séparation comptable entre activités de production, transport, distribution d'électricité et autres activités [65].

Les affaires contentieuses citées *supra* illustrent le caractère indispensable d'une comptabilité séparée pour une application effective du droit de la concurrence. Dans l'affaire 00-D-50, le montant de la subvention de la Française des jeux à la Française de maintenance a pu être établi avec une relative précision grâce à la séparation juridique et comptable des deux sociétés et à la comptabilité tenue par la société mère, qui identifiait précisément les contrats entre cette dernière et sa filiale. Il a ainsi été possible de comparer la rentabilité des contrats effectués par la Française de maintenance pour le compte de la Française des jeux (plus de 30 %) à l'objectif de rentabilité affiché (10 %) et d'en déduire, par différence, une première estimation de l'aide accordée par la Française des jeux à sa filiale (23 millions de francs). Par ailleurs des « *surcoûts sociaux* » avaient été identifiés dans la comptabilité analytique de la Française des jeux. Ces surcoûts traduisaient le niveau supérieur au marché des salaires des anciens collaborateurs de la Française des jeux embauchés par la Française de maintenance, ainsi que des avantages sociaux des anciens collaborateurs Française des jeux embauchés par la Française de maintenance, étendus aux collaborateurs embauchés depuis. Les surcoûts sociaux avaient été chiffrés à 21 millions de francs et ventilés sur différents contrats. La part de ces surcoûts imputée sur les contrats payés par la société mère a donné une autre estimation de l'aide que cette dernière avait accordée à sa filiale (18 millions de francs).

La séparation peut aller jusqu'à la filialisation des activités relevant du champ concurrentiel

Cependant, pour garantir l'exercice d'une concurrence effective, il est parfois souhaitable de procéder à une séparation juridique des entités assurant des activités différentes.

Ainsi, dans le cas d'EDF, le Conseil de la concurrence recommandait (avis 94-A-15) de filialiser l'ensemble des activités de diversification et de créer un *holding* unique regroupant toutes les filiales, autonome vis-à-vis d'EDF, dont le capital serait ouvert à des actionnaires privés et au grand public (particuliers, institutionnels, OPCVM, Sicav, salariés de l'entreprise, etc.). De même, dans son avis 95-A-18 du 17 octobre 1995, le Conseil, constatant que la filialisation du Sernam avait été évoquée dès la création du service, a observé que cette filialisation constituerait une solution présentant l'avantage de simplifier les relations entre la SNCF et son service de messagerie et de permettre un contrôle plus efficace de son activité. Il a considéré, par ailleurs (avis 96-A-10 du 25 juin 1996), que la filialisation de l'intégrité des activités financières de *La Poste* était théoriquement envisageable et qu'elle permettrait normalement, grâce notamment à l'établissement d'une comptabilité distincte dont la transparence serait assurée, de placer les services financiers

65. Avis 00-A-29 du 30 novembre 2000 et 02-A-06 du 4 mai 2002.

dans une situation permettant de vérifier que l'utilisation des infrastructures du réseau fait l'objet d'une facturation à son coût réel.

Dans son avis 97-A-07, le Conseil avait, de la même façon, suggéré que la filialisation des activités de téléphone mobile de France Télécom assurerait une plus grande transparence, solution qui a finalement été mise en œuvre avec la création d'Itinéris, devenue Orange.

La filialisation garantit une véritable séparation comptable et favorise une plus grande transparence des passerelles entre activités en monopole et activités concurrentielles, comme, par exemple, la facturation à son coût réel du réseau commercial de l'opérateur historique.

Par rapport à une simple séparation comptable, la filialisation peut aussi permettre de rapprocher les conditions de fonctionnement des filiales concernées de celles d'une entreprise privée. Le Conseil indiquait, par exemple, dans l'avis 94-A-15, à propos de la filialisation des activités de diversification d'EDF que : « *Ces filiales, personnes morales distinctes, exerceraient leurs activités indépendamment de l'établissement public. Cela implique également qu'en cas de difficultés financières les mesures appliquées aux filiales ne différeraient pas de celles du secteur privé et que les procédures de redressement judiciaire pourraient leur être appliquées en fait et non seulement en droit* ». Le Conseil recommandait également le financement des filiales aux conditions du marché, de manière à inscrire ce mode de financement dans un cadre juridique et financier le plus proche possible de celui des filiales de groupes privés. À la suite de cet avis, deux holdings ont effectivement été créées pour regrouper l'ensemble des filiales de diversification [66].

Le Conseil a cependant reconnu à plusieurs reprises que la filialisation soulevait un certain nombre de difficultés. Par exemple, s'agissant des activités financières de *La Poste*, son impact sur la polyvalence des agents et le problème de la partition du personnel était noté.

La séparation peut également aller jusqu'à scinder l'entreprise en plusieurs entités économiques distinctes. Examinant les risques pour la concurrence présentés en raison du cumul des fonctions de gestionnaire de réseau et de producteur par EDF, le Conseil a ainsi estimé que « *la création d'une filiale spécialisée au sein d'EDF ne serait pas non plus de nature à garantir un accès au réseau non discriminatoire, dès lors que cette filiale ne disposerait pas d'une autonomie suffisante par rapport à sa société mère. Dans une affaire Viho/Parker Pen (Viho Europe BV c. Commission, 24 octobre 1996) la Cour de justice des Communautés européennes a, en effet, considéré qu'*"aux fins de l'application des règles de concurrence, l'unité de comportement sur le marché de la société mère et de ses filiales prime sur la séparation formelle entre ces deux sociétés, résultant de leurs personnalités juridiques distinctes"*. Le Conseil de la concurrence estime que la création d'un établissement public, distinct d'EDF et totalement autonome sur le plan de la gestion, serait à cet égard porteur de la meilleure garantie d'indépendance souhaitable, dans un système concurrentiel respectant totalement*

66. SDS (Synergie, développement et services), et CHARTH (Compagnie holding d'application et de réalisation thermique).

l'esprit de la directive 96/92/CE » [67]. Pour le moment, l'entité gestionnaire de réseau (RTE) n'est pas juridiquement distincte d'EDF, même si elle dispose d'une large autonomie sur le plan managérial, comptable et financier. La directive 2003/54/CE impose cependant une séparation complète entre les gestionnaires de réseau et les activités de production. S'agissant des transports ferroviaires, la propriété des infrastructures ferroviaires a été transférée à un établissement public distinct, le RFF.

L'organisation des obligations de service universel

La mise en œuvre d'obligations de service universel peut soulever des problèmes de concurrence, lorsque le champ de ces obligations n'est pas défini de façon suffisamment précise, lorsque son mécanisme de financement est distorsif et lorsque des prestations relevant du service universel peuvent être fournies dans des conditions identiques, voire à un tarif moindre, par d'autres opérateurs que ceux désignés pour les fournir.

Le Conseil a donc insisté, dans le cadre de son rôle consultatif, sur la nécessité que les obligations de service universel, ou les missions d'intérêt général, soient définies de façon explicite, claire et précise [68]. La définition de ces missions particulières dévolues aux opérateurs publics est d'autant plus importante que les droits exclusifs, dont ils peuvent bénéficier, sont justifiés par l'existence de ces missions. Les entreprises publiques tirent souvent argument des obligations de service universel qu'elles assument, pour justifier une définition large de leurs activités de monopole. Or, ces obligations ne nécessitent pas, par nature, que l'opérateur qui en est chargé, se trouve en situation de monopole public. Elles peuvent être dévolues à plusieurs opérateurs publics ou privés. De plus, ces obligations ne sont pas nécessairement financées par un domaine réservé.

Dans l'affaire 03-MC-03, TDF tentait de justifier le monopole de la diffusion et de la transmission de l'ensemble des programmes radiophoniques de Radio France par les contraintes qui lui sont imposées : TDF est seule tenue de diffuser les déclarations et communications du gouvernement en temps de crise, dans le cadre de la sauvegarde de l'ordre public et des besoins de la défense nationale. Le Conseil n'a pas admis cet argument, considérant que « *les obligations de service universel tenant à la défense nationale, à la sécurité publique ainsi qu'aux communications du gouvernement en temps de crise, telles qu'elles s'imposent à TDF en vertu de l'article 54 de la loi du 30 septembre 1986, pourraient être également imposées par voie conventionnelle à tout opérateur susceptible de prendre en charge les émissions de Radio France* ».

Les obligations de service universel consistent souvent en une contrainte de desserte intégrale du territoire et l'offre à tous les usagers d'un service de base à un prix abordable et uniforme. Un des moyens de les mettre en œuvre est de conférer à l'entreprise qui en a la charge une situation de monopole

67. Avis 98-A-05 du 28 avril 1998.
68. Avis 98-A-05, 03-A-07.

sur un domaine réservé. Mais, comme le Conseil l'a dit dans sa réponse à la consultation publique relative à l'évolution du droit français des communications électroniques, le financement et l'allocation des obligations de service universel sont possibles dans un cadre concurrentiel, au moyen d'instruments divers [69] : fonds de compensation alimenté par des taxes sur les opérateurs ou des dotations de l'État, procédures d'enchère négative pour les zones non rentables, système de *pay or play* où chaque opérateur choisit d'assurer l'obligation ou d'y contribuer financièrement. Dans son avis 03-A-07 sur le projet de loi relatif aux communications électroniques, le Conseil a accueilli favorablement la segmentation du service universel en trois composantes qui permet d'envisager que sa fourniture soit assurée par plusieurs opérateurs, mais il a regretté certaines autres dispositions prévues par le projet de loi qui risquent d'interdire, en pratique, à un autre opérateur que France Télécom d'assumer des obligations de service universel. Même la péréquation géographique est possible dans un cadre où différents opérateurs assument les obligations de service universel : « *S'agissant plus particulièrement de la segmentation géographique, le Conseil rappelle que le fait de confier une même prestation de service universel à plusieurs opérateurs répartis sur le territoire national n'implique aucunement que ces prestations soient fournies dans des conditions, notamment tarifaires, différentes d'un territoire à l'autre dès lors que le régulateur dispose de la faculté d'imposer un encadrement uniforme à l'ensemble des opérateurs chargés des obligations en cause* ».

Autrement dit, allouer les obligations de service universel à l'opérateur historique ou, plus généralement, à une entreprise publique, n'est pas une nécessité. Les financer au moyen d'un domaine réservé non plus. L'avis 03-A-06 précise bien que les autorités françaises ont *fait le choix*, en matière postale, de maintenir un service réservé à l'opérateur du service postal universel qu'elles ont désigné. « *Ce monopole légal, prévu par les directives, doit compenser le surcoût des obligations spécifiques incombant à La Poste du fait de sa désignation. Le dispositif institué devra respecter le double principe de proportionnalité des revenus retirés de ce monopole légal au regard des surcoûts supportés par La Poste et de transparence comptable afin d'éviter toute subvention croisée hors du champ du secteur réservé. Les directives 1997/67/CE et 2002/39/CE excluent explicitement tout financement par le secteur réservé de prestations relevant du service postal universel concurrentiel, sauf contraintes particulières* ». Entre ces deux directives, le champ du domaine réservé a été largement réduit.

De plus, si ce mode de financement est retenu, le champ du domaine réservé ne doit pas excéder ce qui est nécessaire à la réalisation de ces objectifs. Dans son arrêt Corbeau du 19 mai 1993, la Cour de justice des Communautés européennes a reconnu que la fourniture de services dissociables du service d'intérêt général pourrait être réservée à l'entité chargée d'assurer le service d'intérêt général lorsque l'équilibre économique de ce service est en cause.

69. Le calcul des compensations des obligations de service universel dans un cadre concurrentiel dépasse le cadre de cette étude. Voir par exemple l'arrêt Altmark C280/00 du 24 juillet 2003 de la CJCE.

La CJCE a ainsi donné une interprétation de l'article 90 permettant aux États membres de déroger, dans certains cas, aux principes du droit de la concurrence. Commentant l'arrêt Corbeau, la Commission ajoute : « *L'exception prévue à l'article 90 découle du fait que les monopoles d'État sont très souvent amenés à assumer des tâches de service public et tenus d'offrir un service donné (pas forcément rentable) dans l'intérêt général. Les mesures adoptées en vue de satisfaire à ces obligations de service public peuvent déroger aux règles de concurrence et autres dispositions du traité pour autant qu'elles sont absolument indispensables à la réalisation des objectifs, légitimes, visés. Cette exemption aux règles du traité s'applique cependant de façon stricte : il ne doit exister aucune autre manière raisonnable et moins restrictive de réaliser les objectifs en question. À titre d'exemple, les services postaux nationaux sont tenus d'assurer la collecte et la distribution du courrier pour tous les citoyens à un prix uniforme (mission de service public). Ils peuvent se prévaloir de l'exception prévue à l'article 90 pour déroger aux règles de concurrence et utiliser les recettes produites par la distribution du courrier dans les zones rentables afin de financer la distribution à perte dans les zones plus éloignées, mais ils ne sauraient être autorisés à utiliser les recettes tirées d'activités protégées par des droits exclusifs pour subventionner leurs prix au détriment de leurs concurrents dans d'autres secteurs (activité bancaire par exemple). En effet, il s'agit dans le premier cas d'une mesure nécessaire à la réalisation d'une mission de service public, ce qui ne se vérifie pas dans le second exemple* ».

En résumé, les entreprises publiques ne peuvent se prévaloir des obligations de service universel qu'elles assument pour s'opposer à l'ouverture à la concurrence. Quand des domaines réservés ont été institués, ils doivent être limités à ce qui est strictement nécessaire pour assurer l'équilibre économique de l'opérateur en charge de ces obligations.

Conclusion

Les incitations particulières des entreprises publiques peuvent les conduire à adopter, sur les marchés concurrentiels, des comportements plus « *agressifs* » que ceux des entreprises privées, sans nécessairement que ces pratiques traduisent un objet anticoncurrentiel clairement défini. Les effets de ces pratiques dépendent de nombreux facteurs et doivent être appréciés cas par cas. Elles peuvent stimuler la concurrence dans certains secteurs où elle est peu intense, ou, à l'opposé, conduire à l'éviction de concurrents efficaces et perturber gravement le fonctionnement de certains marchés (cas des marchés atomisés notamment).

Lorsque les effets anticoncurrentiels sont avérés, les sanctions pécuniaires peuvent ne pas suffire à dissuader ce type de comportement, notamment s'il se trouve que l'entreprise n'est pas très sensible à ses coûts (ou si elle peut simplement transférer l'amende aux contribuables).

D'autres instruments sont probablement plus opératoires. D'une part, les injonctions prononcées dans le cadre de mesures conservatoires sont efficaces pour mettre fin aux pratiques visant à retarder l'entrée de concurrents.

D'autre part, les remèdes « *structurels* », consistant à séparer les activités concurrentielles et monopolistiques, permettent de vérifier l'absence d'aide ou de subvention croisée, d'en estimer, le cas échéant, le montant (qui est un élément d'appréciation de leur effet sur le marché) et, plus généralement, de garantir des conditions de concurrence plus homogènes entre les filiales des entreprises publiques et les acteurs privés. Des instruments complémentaires existent, relevant du droit administratif (préciser l'étendue du principe de spécialité, contrôler et limiter la diversification des entreprises publiques) et du contrôle des aides d'État (article 87 du traité CE).

Analyse de la jurisprudence

Analyse de la jurisprudence

Titre I – Avis et décisions les plus notables 121

Chapitre I – Principaux avis rendus en 2003 121

Les avis rendus sur différentes questions de concurrence 121

Projet de loi modifiant le Code des postes et télécommunications et portant création d'une autorité de régulation pour le secteur postal . 121

Projet de loi relatif aux communications électroniques 123

Conditions de commercialisation du porte-monnaie électronique Monéo 126

Conditions de négociation des contrats de coassurance des risques industriels 128

Les avis rendus en matière de concentration 130

Acquisition de la société Comareg par la société France Antilles . . . 130

Acquisition de la société Atos Investissement 4 par la société Experian Holding France 133

Chapitre II – Décisions contentieuses notables 137

Ententes 137

Décision 03-D-01 du 14 janvier 2003 137

Décision 03-D-10 du 20 février 2003 142

Décision 03-D-17 du 31 mars 2003 145

Décision 03-D-36 du 29 juillet 2003 150

Décision 03-D-45 du 25 septembre 2003 153

Abus de position dominante 164

Décision 03-D-09 du 14 février 2003 164

Décision 03-D-43 du 12 septembre 2003 168

Demande de mesures conservatoires 174
Décision 03-MC-01 du 23 janvier 2003 175
Décision 03-MC-02 du 5 mars 2003 179
Décision 03-D-41 du 4 août 2003 183
Décision 03-MC-03 du 1er décembre 2003 188
Décision 03-MC-04 du 22 décembre 2003 194

Titre II – La jurisprudence du Conseil de la concurrence . . 199

Chapitre I – Questions de compétence, de procédure et de preuve 199

Champ de compétence du Conseil de la concurrence 199
Applicabilité de l'article L. 410-1 du Code de commerce 199
Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions . 200
Application du droit communautaire 202

Prescription 203
Décompte du délai de prescription 203
Effet interruptif à l'égard de l'ensemble des entreprises impliquées dans les pratiques ou à l'égard de l'ensemble des saisines connexes 203
Pratiques continues 204
Actes interruptifs 205

Déroulement de la procédure 206
Enquêtes administratives 206
Saisine du Conseil de la concurrence 209
Examen des mesures conservatoires 211
Instruction 217
Audition de témoins devant le Conseil 220
Intervention volontaire de tiers devant le Conseil 221
Respect du contradictoire 221

Autorité de la chose jugée 222

Preuve des pratiques anticoncurrentielles 222
Preuves admissibles 222
Valeur probatoire des indices 223

Imputabilité des pratiques 224
Imputabilité en cas de transformation de l'entreprise 224
Imputabilité entre société mère et filiale 225
Changement de nom d'une association 225

Chapitre II – Les marchés pertinents 226

Le marché pertinent de produit ou de service 226
La nature de la demande 226

La nature ou la fonction organique d'un produit, ses caractéristiques physiques et matérielles . . . 228
La fonction et l'utilisation du produit . . . 229
Les caractéristiques de l'offre . . . 229
L'environnement juridique . . . 230
Les différences de prix . . . 231
Les préférences des demandeurs . . . 231
La substituabilité de l'offre . . . 231
La définition du marché peut reposer sur un faisceau d'indices . . . 232

Le marché géographique . . . 233
Dimension nationale . . . 233
Dimension régionale ou locale . . . 234

Chapitre III – Les ententes illicites . . . 235

La forme des ententes prohibées . . . 235
Les ententes horizontales . . . 235
Les groupements d'entreprises . . . 235
Les entreprises appartenant à un même groupe . . . 237
Les entreprises communes . . . 239
Les ententes verticales . . . 239

Les participants aux ententes . . . 240
La nature des participants . . . 240
Le rôle des organisations et associations professionnelles . . . 241

Les ententes anticoncurrentielles . . . 243
Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics ou privés . . . 243
Ententes et échanges d'informations sur les prix et marges . . . 247
Entraves à l'accès au marché . . . 249
Répartition de marché . . . 252
Restrictions verticales . . . 255

Chapitre IV – Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels . . . 266

Les abus de position dominante . . . 266
L'appréciation de la position dominante . . . 266
Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante . . . 269

Les abus de dépendance économique . . . 279
La notion de dépendance économique . . . 279
La notion d'abus de dépendance économique prohibé . . . 280

Chapitre V – Les conditions d'application de l'article L. 420-4 I du Code de commerce 280
Les pratiques résultant d'un texte 280
Les pratiques contribuant au progrès économique 282

Chapitre VI – Les pratiques de prix abusivement bas 283

Chapitre VII – La politique du Conseil en matière de sanction 283
L'aspect correctif : les injonctions et les engagements 284
Injonction de s'abstenir de certaines pratiques 284
Injonction de prendre certaines mesures 284
Examen du respect des injonctions 284
Procédure de transaction 286
L'aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions 287
Application des nouveaux plafonds de sanction prévus par la loi dite NRE du 15 mai 2001 287
Motivations des sanctions pécuniaires 287
Publication des décisions 298
Transmission au ministre de l'Économie 300
Transmission du dossier au procureur de la République 300
Transmission du dossier à la commission d'examen des pratiques commerciales 301

Titre III – Jurisprudence de la cour d'appel et de la Cour de cassation 302

Chapitre I – Jurisprudence de la cour d'appel 302
Sur la procédure 302
Sur l'enquête administrative 302
Sur la compétence du Conseil 303
Sur la procédure suivie devant le Conseil 304
Sur la prescription 310
Sur l'imputabilité des pratiques 311
Sur la procédure suivie devant la cour d'appel 311
Sur le fond 314
Sur la définition du marché pertinent 314
Sur les pratiques d'entente 315
Sur les pratiques d'abus de position dominante 320
Sur les mesures conservatoires 322

Sur les sanctions 323
Sur la gravité des pratiques 323
Sur le dommage à l'économie 324
Sur la détermination des sanctions (individualisation) 324
Sur l'existence d'une procédure collective ouverte antérieurement à la décision du Conseil 324
Sur la mesure de publication 325
Sur la transmission du dossier au procureur de la République 325

Chapitre II – Jurisprudence de la Cour de cassation 325

Jurisprudence relative à la procédure 325
La régularité des procès-verbaux d'enquête 325
L'identification de l'auteur de la demande d'enquête 326
L'authentification de la notification de griefs et du rapport 327
La définition du marché pertinent au regard du principe du contradictoire 327
Les observations faites en séance par le rapporteur et le rapporteur général 327
L'audition de témoins 328
Le caractère non public des séances du Conseil et du prononcé de ses décisions 328
La durée de la procédure 328
La recevabilité du pourvoi en cassation du ministre 328

Jurisprudence relative au fond 329
L'entente anticoncurrentielle 329
L'abus de position dominante 329
L'abus de position dominante collective 330
L'effet des pratiques 330
L'imputabilité des pratiques 331
La détermination des sanctions 332

AVERTISSEMENT

La présente partie a été rédigée alors que certaines décisions du Conseil de la concurrence faisaient l'objet d'un recours toujours pendant devant la cour d'appel de Paris. Le lecteur trouvera en fin d'ouvrage un tableau listant les décisions de 2003 ayant fait l'objet d'un recours, et indiquant le cas échéant, 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. Ces développements 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

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 2003

Les avis rendus sur différentes questions de concurrence

Dix-sept avis, ne portant pas sur des opérations de concentration, ont été rendus par le Conseil en 2003. Parmi ceux publiés, quatre méritent un développement particulier.

Avis 03-A-06 du 16 mai 2003 relatif au projet de loi modifiant le Code des postes et télécommunications et portant création d'une autorité de régulation pour le secteur postal

Contexte

Le Conseil a été saisi, sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, d'une demande d'avis portant sur un projet de loi modifiant le Code des postes et télécommunications et portant création d'une autorité de régulation pour le secteur postal. Il s'agit de la transposition en droit français de la

directive 97/67/CE, concernant les règles communes de développement du marché intérieur des services postaux de la Communauté et l'amélioration de la qualité de service, modifiée par la directive 2002/39/CE du 10 juin 2002. Cet avis s'inscrit donc dans la lignée des nombreux avis rendus par le Conseil dans le cadre de l'ouverture à la concurrence de marchés jusqu'alors couverts par un monopole légal bénéficiant à un opérateur historique public, comme par exemple, l'avis rendu le 13 mars 1996 sur le projet de loi de réglementation des télécommunications.

Orientation de l'avis

Afin d'accompagner l'ouverture à la concurrence des envois postaux de plus de 100 g (et trois fois le tarif public de base), ceux inférieurs à ce poids restant dans le domaine réservé à *La Poste*, le projet de loi organise notamment la délimitation du champ du service postal universel et son financement, ainsi que le dispositif de régulation de cette ouverture. Le Conseil a émis des réserves sur la compatibilité de plusieurs dispositions du projet de loi avec les directives européennes citées ci-dessus, de nature à imposer des distorsions de concurrence non strictement nécessaires.

S'agissant de l'organisation de la régulation, le Conseil a rappelé que seule une nette distinction entre la réglementation du service postal universel relevant du seul ministre et la régulation du secteur relevant de la seule ARTP est de nature à assurer un développement de la concurrence dans des conditions répondant aux directives. À cet égard, il a estimé que, si la définition du champ et des objectifs du service universel relève bien de la réglementation et donc du ministre, le contrôle des prestations offertes par *La Poste* pour répondre à ces objectifs pourrait relever du seul régulateur, afin de garantir à l'opérateur du service postal universel la possibilité d'adapter rapidement son offre aux évolutions des besoins du marché.

Le Conseil a également recommandé que l'homologation préalable, par la seule autorité de régulation agissant par référence au cadre des objectifs du service universel fixé par le ministre et à l'équilibre du secteur, soit requise pour les seules évolutions de tarif des services réservés et que le contrôle des prix de *La Poste* pour les prestations relevant du service postal universel ouvert à la concurrence s'effectue sur la base du seul droit commun, ceci afin de préserver le caractère équitable de la concurrence entre l'opérateur du service postal universel désigné et ses compétiteurs.

Le Conseil a par ailleurs estimé que la dérogation prévue au régime d'autorisation en faveur de *La Poste* du fait de sa désignation comme opérateur du service postal universel institue une discrimination à l'encontre de ses concurrents qui sont soumis à ce régime d'autorisation et a, de plus, recommandé une simplification de la procédure d'autorisation pour tous les opérateurs, à travers l'adoption d'un régime de déclaration valant reconnaissance de l'engagement des personnes concernées de respecter les obligations leur incombant au titre d'opérateur du service universel postal concurrentiel.

S'agissant du service universel non concurrentiel, il a rappelé que les questions relatives à la délimitation de son champ, à la mesure de son coût et aux choix de son mode de financement portaient des enjeux concurrentiels essentiels. En particulier, la compensation par le domaine réservé de *La*

Poste du surcoût des obligations spécifiques qui lui incombent en tant qu'opérateur du service universel devra respecter le double principe de proportionnalité des revenus retirés de ce monopole légal au regard des surcoûts supportés par *La Poste* et de transparence comptable afin d'éviter toute subvention croisée hors du champ du secteur réservé, conformément aux directives 97/67/CE et 2002/39/CE.

À cet égard, il a relevé que l'obligation dévolue à l'opérateur du service postal universel par le projet de loi de « *favoriser le pluralisme de l'information politique générale* », dans le cadre de la distribution de la presse, n'est pas recensée par la directive 97/67/CE, ni détaillée dans le paragraphe relatif au service postal universel de la communication 96/C 281/03 publiée au *JOCE* du 26 septembre 1996 relative au service universel, et relèverait plutôt d'une mission d'intérêt général supplémentaire prévue au point 30 de la communication de la Commission. Son maintien au titre d'obligation incombant à l'opérateur du service postal universel (que ce soit dans le texte du projet de loi ou dans le contrat de plan) sans compensation financière intégrale par un dispositif *ad hoc*, reviendrait dans ces conditions à en faire supporter le coût soit à *La Poste*, soit à ses concurrents en contravention avec les dispositions des directives communautaires. Il estime, en conséquence, que la solution la plus neutre du point de vue de la concurrence serait de prévoir un financement spécifique pour compenser cette charge particulière.

De même, le Conseil de la concurrence a estimé que le maintien de bureaux de poste à des fins d'aménagement du territoire posait également le problème du financement d'une obligation ne relevant pas du service postal universel, par un des dispositifs prévus par les directives au titre du financement de ce service postal universel.

Avis 03-A-07 du 21 mai 2003 et 03-A-08 du 26 mai 2003 relatifs à une demande d'avis du ministre de la Culture et de la Communication et de la ministre déléguée à l'Industrie concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques

Contexte

Le Conseil a été saisi, sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code de commerce, de deux demandes d'avis portant sur un projet de loi, relatif aux communications électroniques. Ce projet de loi vise à transposer en droit national un ensemble de textes adoptés au niveau communautaire en 2002, dénommé « *paquet télécoms* » et comprenant les directives « *accès* » (2002/19/CE), « *autorisation* » (2002/20/CE), « *cadre* » (2002/21/CE), « *service universel* » (2002/22/CE), « *données personnelles* » (2002/58/CE) du Parlement européen et du Conseil et directive « *concurrence* » (2002/77/CE) de la Commission. Le deuxième avis portait essentiellement sur les dispositions complémentaires qui, aux termes du projet de loi, viseraient à confier au Conseil supérieur de l'audiovisuel (CSA) de nouveaux pouvoirs de « *régulation économique* ». Comme dans l'avis relatif projet de loi modifiant le Code des postes et télécommunications et portant création d'une autorité de régulation pour le secteur postal, commenté ci-dessus, le Conseil était donc

amené à se prononcer sur les dispositions accompagnant l'ouverture à la concurrence de marchés et sur le dispositif de régulation mis en place à cette occasion.

Orientation des avis

Le « *paquet télécoms* » constitue une deuxième phase de réglementation de l'ouverture à la concurrence du secteur des télécommunications et prend acte du développement considérable de la concurrence depuis la deuxième phase en rapprochant le droit sectoriel qui avait été mis en place à l'époque du droit commun de la concurrence. Cette évolution est favorablement accueillie par le Conseil qui insiste, de façon liminaire, dans le premier avis, sur la nécessaire cohérence entre les règles sectorielles, lorsqu'elles demeurent nécessaires, de façon transitoire, en raison de la persistance d'obstacles au développement de la concurrence, et les règles de droit commun. Le Conseil estime souhaitable, à cet égard, que l'exposé des motifs de la loi rappelle que la régulation sectorielle s'applique sans préjudice des dispositions du livre IV du Code de commerce. Le Conseil souligne aussi la très grande utilité des mécanismes de consultation et de saisine réciproques organisés par l'article L. 36-10 du Code des postes et télécommunications, et qui pourraient servir de modèle à des mécanismes similaires entre le Conseil et le CSA.

Le Conseil accueille également favorablement les évolutions proposées par le projet de loi concernant la segmentation du service universel en trois composantes qui permet d'envisager sa fourniture par plusieurs opérateurs, la mise en œuvre de procédures d'enchères négatives à même de garantir l'efficacité économique dans des secteurs où l'offre est, par définition, limitée, et son mode de financement, dont la nécessaire neutralité sur le plan concurrentiel paraît assurée. Toutefois, le Conseil souligne le risque que la segmentation retenue, qui regroupe des activités pour lesquelles les barrières à l'entrée sont très fortes et d'autres plus accessibles, ainsi que l'obligation de couverture nationale, n'aboutissent à réserver l'ensemble de la fourniture du service universel sur le segment en question à l'opérateur historique. Il rappelle que le service universel peut être assuré par plusieurs opérateurs répartis sur le territoire national, à des conditions identiques dès lors que le régulateur dispose de la faculté d'imposer un encadrement uniforme, mais suggère que cet encadrement prenne la forme d'un prix plafond et non pas d'un prix uniforme, afin que les gains d'efficacité liés au déploiement des réseaux opérateurs alternatifs puissent se traduire dans les prix. Le Conseil relève aussi que le projet de loi semble inclure l'accès à internet dans le service universel, alors que la directive ne vise que le raccordement et le service universel et estime nécessaire d'être plus précis et plus explicite sur le champ du service universel.

S'agissant des aménagements apportés aux outils de régulation du secteur, le Conseil considère que le dispositif du projet de loi apparaît peu satisfaisant compte tenu, d'une part, de l'ambiguïté des conditions d'imposition et de justification des obligations *ex-ante* et d'autre part, de la définition des notions de marché pertinent, de position dominante et de position dominante conjointe, dont il convient qu'elles soient utilisées par l'autorité sectorielle en cohérence avec les autorités de concurrence.

Dans l'avis complémentaire, Conseil a d'abord rappelé, ainsi qu'il l'avait déjà fait, à plusieurs occasions [70], l'intérêt de clarifier l'articulation entre régulation audiovisuelle et droit de la concurrence sur le modèle des règles qui régissent les relations entre régulation des télécommunications et droit de la concurrence. Toutefois, le Conseil note qu'alors que la régulation des télécommunications a bénéficié, vis-à-vis de l'objectif de concurrence, d'une vision particulièrement claire et efficace de la part du législateur, par le biais d'un dispositif de régulation *ex-ante* inspiré des principes du droit de la concurrence et dans le cadre duquel le Conseil est consulté de façon systématique (art. L. 36-7 (7°) et L. 33-1 (II) du Code des postes et télécommunications), des ambiguïtés subsistent en matière de régulation audiovisuelle, notamment en ce qui concerne la nécessaire distinction à établir entre objectif de pluralisme et objectif de concurrence.

En effet, dans la mesure où il est souhaitable, du point de vue de la concurrence, de garantir une pluralité suffisante de l'offre de contenus par des agents indépendants sur un plan économique, l'objectif de concurrence peut rejoindre, dans le secteur de l'audiovisuel, l'objectif de pluralisme. Pour autant, la portée du droit de la concurrence est définie par ses missions de répression des pratiques anticoncurrentielles et de contrôle des opérations de concentration ; elle est donc limitée à des enjeux essentiellement économiques. Le Conseil a, également souligné que, contrairement au secteur des télécommunications, le secteur de l'audiovisuel ne s'est pas ouvert à la concurrence aux dépens d'un opérateur historique et a estimé, en conséquence que : « *C'est pourquoi les problèmes de concurrence susceptibles d'apparaître dans ce secteur ne nécessitent pas l'instauration d'une régulation économique spécifique. En revanche, dans la mesure où le libre jeu du marché, même encadré par le droit de la concurrence, peut s'avérer insuffisant à la réalisation des objectifs d'intérêt général propres à la régulation audiovisuelle, le dispositif sectoriel pourra être renforcé* ».

Le Conseil a cependant relevé que, dans le projet de loi, plusieurs dispositions conduisaient à l'institution de règles de concurrence propres au secteur audiovisuel. En particulier, le caractère très large et imprécis des dispositions relatives aux règlements de litiges par le CSA revenait à substituer, en matière audiovisuelle, le régulateur sectoriel au juge de droit commun. Le Conseil a estimé que le CSA, plutôt que de veiller « *à favoriser la libre concurrence* » (article 43 du projet de loi), pourrait disposer d'un pouvoir de règlement des litiges visant à garantir le respect du pluralisme et dont le bénéfice doit donc être réservé aux litiges qui visent directement les relations entre les différents acteurs susceptibles de saisir le CSA.

Le Conseil a en revanche souligné que le CSA, de par sa connaissance des acteurs et sa grande expérience dans le secteur de l'audiovisuel, doit rester associé à la poursuite de l'objectif de concurrence et, qu'à ce titre, il conviendrait que le CSA, comme l'ART, puisse saisir le Conseil pour avis sur toute question de concurrence et que, s'agissant de concepts qui sont au cœur de

70. Notamment dans son avis 99-A-07 du 6 avril 1999 relatif à la modification de l'article 41-4 de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986 relative à la liberté de communication, dans sa réponse à la consultation publique organisée le 31 juillet 2002 par les ministres saisissants et dans son avis 03-A-07 susmentionné.

l'application du droit de la concurrence, soit insérée, au huitième alinéa de l'article 29 de la loi n° 86-1067, une disposition par laquelle le CSA serait tenu de consulter pour avis le Conseil lorsqu'il entend prendre en compte « *la nécessité d'éviter les abus de position dominante ainsi que les pratiques entravant le libre exercice de la concurrence* » dans le cadre de l'octroi des autorisations d'usage de la ressource radioélectrique.

Avis 03-A-17 du 18 septembre 2003 relatif à une demande de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie sur les conditions de commercialisation du porte-monnaie électronique Monéo

Contexte

La Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie (CLCV) 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, sur les conditions de commercialisation du porte-monnaie électronique Monéo. La CLCV interrogeait notamment le Conseil sur la création d'un monopole de fait par la fusion des trois projets de porte-monnaie électronique concurrents et par l'établissement de filiales communes regroupant la quasi-totalité des banques de détail, sur les risques de fermeture du marché pour de nouveaux projets et, d'une manière générale, sur les conditions pour qu'une concurrence loyale soit établie sur le marché du porte-monnaie électronique. Les questions de la CLCV portaient également sur « *l'obligation des consommateurs de souscrire à Monéo pour ne pas être exclus de toute une catégorie de services* », visant principalement la possibilité d'une éviction de la monnaie fiduciaire par Monéo pour certains paiements automatiques.

Monéo est un porte-monnaie électronique, support de la monnaie électronique émise par un établissement unique : la Société financière du porte-monnaie électronique interbancaire (SFPMEI). Il permet à son utilisateur de stocker jusqu'à 100 € de valeur, pour lui donner la possibilité de régler des transactions d'un montant unitaire maximum de 30 € dans les établissements équipés d'un terminal de paiement électronique acceptant ce mode de paiement.

Lorsque Monéo est associé à un compte bancaire, ce dernier permet son rechargement depuis n'importe quel terminal d'un commerçant, en plus des bornes de rechargement situées en agence bancaire ou dans des espaces publics. L'application Monéo peut être hébergée sur une carte bancaire classique, voire sur une carte de retrait ou carte privative. Elle peut aussi faire l'objet d'une carte dédiée, adossée au compte bancaire du porteur, qui porte alors le nom de « *Monéo bleu* ».

Lorsque Monéo n'est pas relié à un compte bancaire prédéterminé, il est désigné sous l'appellation « *Monéo vert* » et devient anonyme. Ces porte-monnaie n'offrent pas la possibilité d'un rechargement depuis les terminaux des commerçants et doivent être alimentés par n'importe quelle carte bancaire depuis une borne de rechargement ou en espèces dans certains établissements bancaires.

Orientation de l'avis

Le Conseil a, dans un premier temps, estimé que le marché pertinent sur lequel intervient le PM-e Monéo pourrait être celui des moyens de paiement dématérialisés pour les transactions de faible montant sur lequel sont déjà présentes les cartes monétiques privatives (téléphone, parking, services municipaux, cantines, etc.) et, dans certaines limites de montant, les cartes bancaires. Il a au préalable rappelé que la monnaie fiduciaire occupe une place spécifique, puisqu'elle n'est pas émise à titre onéreux par un acteur économique particulier et qu'en conséquence, elle ne peut pas être, dans l'analyse concurrentielle, placée sur le même plan que les autres moyens de paiement.

S'agissant des conséquences de la création d'un monopole de fait par la fusion des trois projets de porte-monnaie électronique concurrents et par l'établissement de filiales communes regroupant la quasi-totalité des banques de détail, le Conseil de la concurrence a estimé que, en l'état actuel du développement du marché des moyens de micro-paiements électroniques, le développement de Monéo sous la forme d'un standard interbancaire est de nature à assurer sa diffusion auprès d'un plus large réseau de commerçants que la diffusion de systèmes incompatibles entre eux. Il a ajouté que l'universalité du nouveau mode de paiement était dans l'intérêt des commerçants et des consommateurs et pourrait, dès lors, être qualifié de progrès économique. Toutefois, le choix d'atteindre cette compatibilité interbancaire par la création de filiales communes n'était pas le seul possible et la coexistence de systèmes concurrents, mais utilisant une norme technologique commune afin d'assurer la compatibilité de la lecture des cartes, aurait également pu être retenue, avec les mêmes avantages pour les utilisateurs. Il en a conclu que le standard Monéo allait au-delà de ce qui aurait été strictement nécessaire pour atteindre le progrès économique attaché à ce nouveau mode de paiement. On pouvait, en effet, raisonnablement penser que le développement de PM-e commercialement indépendants et donc concurrents, mais fonctionnant avec des lecteurs identiques, aurait été *a priori* plus favorable à la concurrence.

Le Conseil a ensuite rappelé qu'une partie équitable de ce progrès économique doit être restituée aux consommateurs. À cet égard, il a considéré que les consommateurs restaient libres de continuer, à utiliser les espèces s'ils estiment Monéo trop cher et à utiliser la carte bancaire, s'ils estiment que la baisse de coût d'utilisation de Monéo par rapport à l'utilisation de la carte bancaire ne leur est pas suffisamment rétrocédée. Il a en effet considéré que le risque que les commerçants n'acceptent plus ni les espèces ni la carte bancaire était nul. Toutefois, les gains d'une majorité d'acteurs ne doivent pas conduire à faire supporter des pertes de bien-être aux consommateurs n'ayant pas la volonté ou les moyens de disposer d'un porte-monnaie électronique adossé à un compte bancaire.

En conséquence, et sans méconnaître les impératifs de sécurité attachés à la diffusion à large échelle de cartes monétiques anonymes, le Conseil a estimé nécessaire de maintenir la faculté, pour le consommateur, d'opter pour un fournisseur de porte-monnaie électronique distinct de la banque gérant son compte. Seules la distribution effective et la pérennisation des cartes

« *Monéo vert* » par une pluralité d'émetteurs, lui ont semblé de nature à satisfaire cette exigence. Considérant que, par ce biais, des consommateurs pourraient accéder à Monéo sans être bancarisés, le Conseil a estimé essentiel que les établissements financiers assurant un service public, tels La Poste ou les Caisses d'épargne, distribuent largement « *Monéo vert* ».

S'agissant de l'accès aux automates, notamment les horodateurs sur la voie publique, le Conseil a noté que des incertitudes subsistaient, puisque les problèmes concurrentiels ou d'exclusion de certains usagers ne pourraient apparaître que si certaines municipalités optaient pour des horodateurs n'acceptant qu'un paiement par Monéo, à l'exclusion des cartes de parking dédiées et de la monnaie métallique. Dans cette hypothèse, les consommateurs hostiles à Monéo – quelles que soient leurs raisons – n'auraient plus accès aux automates placés sur la voie publique, ce qui poserait par ailleurs d'autres problèmes que d'éventuelles limitations de la concurrence. À ce stade, le Conseil a considéré que ce risque est faible, car si le PM-e est une bonne solution technique, alliant un coût plus faible que la carte bancaire à une garantie de protection contre le vandalisme, avec une probabilité forte qu'il remplace le paiement en espèces, il est peu probable qu'il se substitue, à court terme, aux cartes privatives émises par les municipalités et les gestionnaires des parkings publics.

Le Conseil de la concurrence a enfin rappelé la nécessité de s'assurer que les pratiques mises en œuvre par les filiales et leurs actionnaires ne leur donnent pas la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle du marché. Il a, à cet égard, pris bonne note des dispositions statutaires des filiales communes, qui ne comportent ni exclusivité, ni monopole quant aux activités de leurs actionnaires relatives au développement de la monnaie électronique et de porte-monnaie électronique. Mais il a considéré que les décisions d'agrément ou de refus de la SFPMEI, ainsi que des décisions de son conseil d'administration relatives aux demandes d'un postulant souhaitant diffuser de la monnaie électronique, devraient être motivées afin de prévenir l'éviction arbitraire d'établissements concurrents.

Avis 03-A-19 du 17 novembre 2003 relatif à une demande de la Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances portant sur les conditions de négociation des contrats de coassurance des risques industriels

Contexte

La Fédération française des courtiers d'assurance 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, relative à une clause dite de « *l'assureur le plus favorisé* », dans des cotations portant sur des risques industriels nécessitant un recours à la coassurance. Cette clause est rédigée usuellement de la façon suivante : « *Cette proposition ferme jusqu'au (...) s'entend sans autre réserve que celle du placement à 100 % aux mêmes conditions et de non-aggravation de la sinistralité et/ou de l'augmentation des réserves de sinistre avant prise d'effet.*

En tout état de cause, cette proposition bénéficiera de la clause de l'assureur le plus favorisé, en vertu de laquelle s'appliquent à l'ensemble de la coassurance les conditions de placement les plus favorables obtenues par un ou plusieurs coassureurs participant(s) ».

En matière de risque industriel, le montant extrêmement élevé de la garantie impose de partager et de limiter le risque financier lié à un sinistre. Dans cette perspective, la coassurance est un montage permettant à plusieurs assureurs d'assurer par une police unique, au *prorata* du risque souscrit. Dans un premier temps, le courtier désigné pour monter un groupement de coassurance procède à une mise en concurrence aux fins de rechercher un chef de file, dit « *apériteur* ». Il obtient, de la société retenue, la meilleure offre de contracter la couverture du risque, établie grâce une expertise en matière d'évaluation des risques et matérialisée par un document nommé « *cotation* », constituant une offre de contracter. Dans un second temps, le courtier recherche des assureurs prêts à constituer un groupement aux conditions de la cotation. Mais il peut apparaître que ces conditions, notamment tarifaires, sont insuffisantes pour couvrir la totalité du risque et qu'elles doivent être revalorisées de façon à placer la part du risque ne trouvant pas preneur. Dans cette situation, le client peut accepter, notamment pour des problèmes de délais, l'application de la clause de l'assureur le plus favorisé, imposée par l'apériteur dans ses conditions de négociation, auquel cas la revalorisation des conditions de la cotation accordée au dernier assureur entrant est étendue à l'ensemble des offres individuelles émises par les assureurs déjà sollicités, et le groupement est constitué. Si le client, par l'intermédiaire de son courtier, refuse de procéder à la revalorisation automatique des conditions offertes par l'apériteur par la mise en œuvre de la clause de l'assureur le plus favorisé, il lui faut alors renégocier les conditions de la cotation auprès de l'ensemble des assureurs souhaitant participer au groupement, voire d'assureurs extérieurs, jusqu'à obtenir une souscription de la totalité du risque.

Orientation de l'avis

Le Conseil a d'abord noté que le placement aux mêmes conditions est intimement lié à l'esprit et à la pratique de la coassurance, dont les avantages de simplicité et d'efficacité – notamment de gestion – générateurs de moindres coûts, ne sont *a priori* concevables qu'en présence d'une homogénéité des conditions d'élaboration de la police, de tarification et de gestion des sinistres et que la « *clause de l'assureur le plus favorisé* » avait pour objectif de garantir cette homogénéité.

Cependant, il a estimé qu'en étendant à l'ensemble des offres d'assureurs les conditions obtenues par un seul d'entre eux, la clause substitue les conditions obtenues par une société à l'appréciation que chaque entreprise du groupement porte sur ses coûts de revient, son prix de vente, et plus généralement sur son offre, au moment de poser sa candidature pour entrer dans le groupement, et que ce faisant, la clause met en œuvre une pratique de nature à restreindre le jeu de la concurrence sur le marché, en favorisant une hausse artificielle des prix au détriment de leur libre fixation par le jeu du marché.

Le Conseil a certes relevé que le client final détient la possibilité de ne pas faire appliquer la clause de l'assureur le plus favorisé, en procédant à une nouvelle consultation des assureurs présents sur le marché pour permettre le placement de la totalité du risque. Cette faculté, si elle peut réellement s'exercer et n'est pas seulement théorique, prive, en principe, la clause de l'assureur le plus favorisé de tout effet anticoncurrentiel. Il a cependant estimé que l'urgence pouvait, dans les faits, empêcher qu'un second tour soit organisé. Il a de même estimé que le bénéfice de l'exemption individuelle de l'article L. 420-4 I, 2° du Code de commerce au titre des avantages économiques apportés par cette clause, était peu probable, dans la mesure où rien n'établit qu'il n'existe aucune autre façon de répondre rapidement et efficacement aux demandes de renouvellement des couvertures de risques, et également que rien n'établit *a priori* la proportionnalité de ce progrès économique aux restrictions de concurrence qui seraient mises en œuvre.

Les avis rendus en matière de concentration

En 2003, le Conseil a rendu deux avis en matière de concentration.

Avis 03-A-03 du 20 mars 2003 relatif à l'acquisition de la société Comareg par la société France Antilles

L'opération

La société Vivendi Universal Publishing cédait à la société France Antilles la totalité du capital de la société Comareg. La société France Antilles et ses filiales, spécialisées dans la presse régionale et dans la presse d'annonces gratuites, appartiennent au groupe de presse initialement créé par Robert Hersant. Elles éditent, à la date de l'opération, 14 quotidiens régionaux, dont 7 dans les DOM-TOM, et détiennent près d'une centaine de titres de journaux gratuits.

La société Comareg et ses filiales sont spécialisées dans le secteur de la presse d'annonces gratuites et éditent, à la date de l'opération, près de 160 journaux gratuits, sous le titre *Bonjour*, diffusés sur l'ensemble du territoire français.

Les marchés concernés par l'opération

Le Conseil a distingué plusieurs marchés concernés par l'opération :

– le lectorat de la presse d'annonces gratuites, chaque titre n'étant diffusé et lu que dans une aire géographique restreinte ;
– les marchés de la publicité commerciale dans les journaux gratuits, de dimension locale : comme il l'avait déjà fait dans plusieurs avis et décisions précédents (notamment 98-A-14, 96-D-44), le Conseil a considéré que les journaux gratuits constituaient un support publicitaire distinct des autres supports, et notamment de celui offert par la presse quotidienne régionale, en raison principalement de son taux de pénétration très important sur une

zone géographique donnée, atteignant toutes les couches de la population, et de son prix réduit comparé à ces autres supports ;
– les marchés des petites annonces dans les journaux gratuits, de dimension locale : les petites annonces constituent le principal intérêt des journaux gratuits et ont été considérées comme non substituables à celles paraissant sur d'autres supports pour les mêmes raisons que la publicité.

Le bilan concurrentiel fait par le Conseil

Le Conseil a noté que l'opération renforçait le degré de concentration, déjà élevé, du secteur, puisque la nouvelle entité aurait détenu, au niveau national, près de 260 titres, devant 160 titres pour la société Spir Communication, adossée au groupe de presse quotidienne régionale Ouest-France, et 50 titres pour la société S3G, du groupe de presse quotidienne régionale Sud-Ouest.

L'opération envisagée aurait eu directement pour effet, sur certains marchés locaux où étaient présents à la fois un titre France Antilles et un titre Comareg, soit de créer des « *monopoles* » locaux au profit des deux titres France Antilles-Comareg, là où il n'existait pas de titre de presse gratuite concurrent, soit de renforcer d'éventuelles positions dominantes lorsque d'autres titres étaient distribués.

La société France Antilles contestait cette analyse et faisait valoir que les marges de manœuvre pour augmenter les prix sur ces marchés étaient très limitées. Elle fournissait, à l'appui de cette thèse, des données montrant que les prix des espaces publicitaires étaient essentiellement corrélés au taux d'audience de chaque publication, estimations que le Conseil a rejeté en relevant qu'elles étaient basées sur des données trop partielles et des hypothèses trop restrictives. Elle estimait également, sur la base des réponses au test de marché effectué dans le cadre de l'instruction, que l'élasticité-prix de la demande était très élevée, mesure que le Conseil a rejetée, car étant fondée sur un nombre trop limité d'observations. Le Conseil a, au surplus, noté que dans certaines des zones locales concernées, la presse quotidienne régionale n'aurait pu, en tout état de cause, constituer une alternative concurrentielle à la presse gratuite puisque les titres concernés appartenaient également au groupe France Antilles, ou au groupe Socpresse, autre pôle du groupe Hersant.

Le Conseil a également examiné les effets de l'opération sur le marché de la distribution des imprimés sans adresse (ISA), dont les journaux gratuits. En effet, il était prévu, depuis 2001, que les activités de distribution d'ISA de Comareg, à travers la société Delta Diffusion, et du groupe *La Poste*, soient fusionnées dans une nouvelle société. À la suite de l'acquisition de Comareg par France Antilles, celle-ci aurait détenu 20 % de cette nouvelle société de distribution, dont la part dans le marché de la distribution d'ISA était estimée à 50-70 % devant Adrexo, société de distribution du groupe Spir, avec 20 à 30 %. Le Conseil a notamment relevé que le contrat d'exclusivité passé entre Comareg et la nouvelle société de distribution, dont le bénéficiaire devenait France Antilles, était de nature à rendre l'accès aux marchés de la presse gratuite plus difficile pour les petits éditeurs ne disposant pas d'un réseau de distribution.

Enfin le Conseil a constaté, que bien que les barrières à l'entrée sur le marché soient faibles, la tendance récente du marché était à la disparition des éditeurs indépendants d'un groupe de presse, ce qui rendait la probabilité de nouvelles entrées trop faible pour pouvoir limiter les risques d'atteinte à la concurrence identifiés par ailleurs. Il a, de même, estimé que les gains d'efficacité prévisibles n'étaient pas de nature à compenser les effets anticoncurrentiels de l'opération.

En revanche, le Conseil n'a pas considéré que l'opération risquait de créer une position dominante collective sur les marchés sur lesquels la nouvelle entité resterait en concurrence avec les groupes Spir et S3G, les conditions relatives à la transparence du marché, à la volatilité de la demande et à la stabilité du marché n'étant selon lui pas réunies. Le Conseil a notamment relevé que les prix étaient négociés au cas par cas et que le développement de *Paris Vendu* montrait que les parts de marché des membres de l'oligopole n'étaient pas stables.

Au total, le Conseil a été d'avis que le projet de concentration qui lui était soumis n'était pas de nature à apporter au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les risques d'atteinte à la concurrence qu'il comportait du fait de l'acquisition par la nouvelle entité d'une position dominante sur les marchés locaux suivants :

– les dix marchés locaux sur lesquels le nouveau groupe se trouvait en situation monopolistique : Troyes, Grenoble, Voiron, Épernay, Châlons-en-Champagne, Chaumont, Saint-Dizier, Montceau-les-Mines, Sens et Auxerre ;
– les trois marchés sur lesquels deux conditions cumulatives étaient réunies : la présence du nouveau groupe à plus de 70 % dans la presse gratuite ainsi que l'appartenance de la presse quotidienne régionale au groupe Hersant : à savoir Bourg-en-Bresse, Dijon, et Lons-le-Saulnier.

Il a ajouté que, sur ces marchés, des mesures structurelles, mais également comportementales, pouvaient être suggérées afin de rétablir un degré suffisant de concurrence : aux nécessaires cessions de titres pourraient en effet s'ajouter la confirmation formelle par France Antilles, de l'engagement pris par elle en séance de ne pas proposer d'offres liant les conditions tarifaires qu'elle propose sur les marchés de la presse gratuite, d'une part, et sur les marchés de la PQR, d'autre part.

Enfin, cet avis a été donné en prenant acte des déclarations faites en séance par France Antilles concernant l'absence d'intérêt d'une clause d'exclusivité « *à la poignée* », du type de celle négociée par Comareg avec *La Poste*, et son intention de renoncer à l'avenir à en bénéficier. A également été pris en considération l'engagement pris en séance par le représentant du groupe *La Poste* de développer une politique commerciale respectant une stricte neutralité à l'égard de tous les éditeurs, notamment en refusant de négocier de nouvelles clauses d'exclusivité.

La décision du ministre

Le ministre a estimé, dans la lettre adressée aux parties le 29 avril 2003, que les marchés de la presse gratuite présentaient de fortes barrières à l'entrée. Selon lui, les investissements nécessaires sont en effet relativement lourds

et le délai de retour sur investissement est relativement long. Il souligne aussi que le maillage national constitue un avantage substantiel, car il permet des subventions croisées et des économies d'échelle. Il prend de plus en compte l'effet de réputation dont bénéficient les titres historiquement implantés. Enfin, il rappelle que le contrôle par la nouvelle entité d'une part importante du marché de la distribution des ISA est de nature à rendre l'accès aux marchés de la presse gratuite difficile pour les éditeurs ne disposant pas d'un réseau de distribution, comme l'avait relevé le Conseil. Le ministre en déduit que la montée en puissance récente de *Paris Vendu* n'a été rendue possible que par l'adossement de France Antilles au groupe Hersant, lui permettant une entrée massive au plan national.

Il n'a, en conséquence, autorisé l'opération, que compte tenu des engagements comportementaux et structurels souscrits par la société France Antilles. Celle-ci s'est engagée à céder un titre par zone dans les quatorze zones dans lesquelles elle se retrouvait suite à l'opération, soit en situation de monopole, soit en concurrence avec un petit titre indépendant, non adossé à un groupe de presse.

Sur les 26 marchés, sur lesquels au moins un titre de Spir ou de S3G restait en concurrence avec la nouvelle entité, le ministre a relevé, que les conditions d'un équilibre collusif n'étaient pas réunies. Il a cependant examiné si les nouveaux équilibres concurrentiels issus de l'opération pourraient favoriser une hausse des prix. Il a, à cet effet, relevé que les titres de France Antilles bénéficiaient de facteurs de différenciation par rapport à ceux de Spir et S3G à travers le contrat d'exclusivité signé avec *La Poste* pour la distribution et grâce aux possibilités de couplage offertes par les titres de presse quotidienne régionale du groupe Hersant. Il a toutefois considéré que les engagements comportementaux pris par la société France Antilles étaient de nature à réduire significativement ces facteurs de différenciation et, donc, à ne pas autoriser de hausses de prix des prestations offertes par les titres de France Antilles qui ne se traduiraient pas par un report de la demande sur les titres de Spir et S2G. France Antilles s'est en effet engagée, d'une part, à ne pas proposer, pendant une durée de 5 ans, d'offres couplées liant les conditions tarifaires qu'elle propose sur les marchés de la presse gratuite et de la PQR, et d'autre part, à renoncer pour l'avenir à bénéficier d'une quelconque façon de clauses d'exclusivité consenties par *La Poste* concernant la distribution de ses journaux gratuits.

Avis 03-A-15 du 25 juillet 2003 relatif à l'acquisition de la société Atos Investissement 4 par la société Experian Holding France

L'opération

La société Atos Origin Services intervient en qualité de prestataire de services pour le traitement industriel des documents papiers des entreprises. Elle est aussi active dans d'autres secteurs : gestion des relations avec les clients (systèmes de carte de fidélité pour l'industrie pétrolière et la distribution, consulting et exploitation de bases de données marketing) et gestion des transactions (traitement des transactions par cartes bancaires, paiement électronique sécurisé sur internet et porte-monnaie électronique).

Le groupe Experian est un groupe international d'origine anglaise implanté dans une quinzaine de pays. La filiale française, Experian Holding France SA est active dans de nombreux secteurs : le traitement industriel de documents papiers des entreprises (chèques et autres documents) ; la gestion de centres d'appels ; les services électroniques (moyens de paiements électroniques, traitement des cartes bancaires, commerce électronique) ; la diffusion d'information pour les entreprises *via* minitel et internet ; l'aide à la décision pour les entreprises (gestion du risque, marketing, bases de données).

Le traitement des documents papiers pour compte de tiers étant le seul secteur sur lequel les deux sociétés étaient présentes, l'analyse du Conseil a porté uniquement sur ce secteur.

Les marchés concernés par l'opération

La société Experian soutenait que l'ensemble des opérations de traitement des chèques pour les banques, de traitement des encaissements (chèques, TIP) pour les grandes entreprises ou les administrations et de traitement des autres documents papiers (formulaires pré-imprimés de divers types, abonnements et résiliations, formulaires administratifs, etc), constituait un seul et même marché pertinent.

Le Conseil a cependant considéré que si, du point de vue de l'offre, il existait certaines similitudes entre le traitement des chèques, d'une part, et le traitement des décaissements et autres documents, d'autre part, comme en témoigne le fait que certains offreurs proposent les deux types de prestations, cette substituabilité était néanmoins limitée et n'était pas de nature à permettre aux conditions concurrentielles prévalant sur un type de prestations d'influencer les conditions de la concurrence sur l'autre. Il a donc distingué le traitement des chèques d'une part, et le traitement des encaissements et autres documents d'autre part et constaté la dimension nationale de ces marchés, les appels d'offres étant lancés, par les demandeurs, au niveau national.

Le bilan concurrentiel

Sur le marché du traitement des encaissements et autres documents, le Conseil a constaté que la nouvelle entité serait surtout présente sur le traitement des encaissements et seulement marginalement sur celui des autres documents et que, dans ces conditions, l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence.

Sur le marché du traitement des chèques, l'opération rassemblait les deux premiers acteurs du marché qui totalisaient 46 % des volumes traités et de la valeur cumulée des différents appels d'offres négociés par les banques. 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 et de ses clients, et que d'autres facteurs peuvent constituer des obstacles à l'exercice de ce pouvoir de marché.

Parmi ces facteurs, le Conseil a relevé que les trois principaux concurrents de la nouvelle entité, les sociétés Tessi, Euro TVS et Safig, constituaient une alternative concurrentielle crédible. S'agissant de la frange concurrentielle, il a constaté qu'ils intervenaient souvent comme sous-traitants, pratique à double tranchant puisque, d'un côté, elle induisait une dépendance vis-à-vis des sociétés titulaires des marchés, mais que, de l'autre, elle leur permettait de se faire connaître et d'acquérir le savoir-faire nécessaire. Le Conseil a, à ce propos, noté que la société Experian s'était engagée, en séance, à supprimer de ses contrats de sous-traitance la clause interdisant aux clients de traiter directement ou indirectement avec les sous-traitants, pendant une durée de 12 mois à l'issue du contrat.

S'agissant des barrières à l'entrée sur le marché, le Conseil a relevé que l'activité de traitement de chèques était en train de connaître des évolutions technologiques, dont l'effet sur l'effort à fournir pour entrer sur le marché était contrasté. D'une part, la dématérialisation du traitement des chèques, qui rend de moins en moins nécessaire la proximité géographique entre centres de traitement et agences bancaires, réduit l'intérêt d'une couverture nationale. D'ores et déjà, le nombre de centres de tri s'est sensiblement réduit. D'autre part, les mêmes évolutions favorisent des économies d'échelle qui poussent à l'augmentation de la taille des centres de traitement. Au total, le Conseil a cependant estimé que, si les contraintes liées à la taille d'un opérateur compétitif constituent l'un des facteurs explicatifs de la concentration, elles ne constituent pas pour autant un obstacle dirimant à l'accès au marché.

Le Conseil a également examiné les rigidités pouvant résulter du coût pour les banques d'un changement d'opérateur, qui pourraient peser sur l'élasticité-prix de la demande et constituer un obstacle à l'entrée sur le marché de nouveaux offreurs. Les éléments du dossier l'ont amené à conclure que les coûts de transition existaient certainement, mais n'étaient pas d'une ampleur telle à faire hésiter les banques à changer de prestataire en cas de hausse des prix.

En réponse aux objections du commissaire du Gouvernement, le Conseil a été amené à rappeler que l'absence d'entrée récente sur le marché n'est pas, en l'absence d'éléments objectifs indiquant l'existence de barrières à l'entrée, de nature à démontrer à elle seule que l'entrée sur le marché est impossible, dans la mesure où cette absence d'entrée peut être due à de nombreux autres facteurs. Au cas d'espèce, le marché du traitement de chèques avait connu, du fait de la dématérialisation du traitement des chèques, des mutations qui ont généré des coûts d'adaptation pour les opérateurs et ont, de plus, entraîné une baisse du nombre d'opérations de traitement susceptibles d'être rémunérées et donc des chiffres d'affaires. Or, les barrières à l'entrée sur un marché s'analysent comme les facteurs qui permettent aux entreprises présentes sur un marché de réaliser des profits supra-concurrentiels, sans se voir confrontées aux risques de nouvelles entrées. L'absence d'entrée constatée depuis trois ans sur le marché du traitement de chèques devait être replacée dans un contexte de baisse de la rentabilité des opérateurs. De plus, l'analyse faite par le Conseil des conditions d'entrée sur le marché ne révélait pas l'existence de facteurs susceptibles d'empêcher l'entrée de nouveaux concurrents dans l'hypothèse où le groupe Experian/Atos serait en mesure d'augmenter sensiblement ses prix.

Enfin, le Conseil a relevé que la puissance d'achat des banques limiterait le pouvoir de marché du nouvel ensemble et ce, d'autant plus, que les deux entreprises concernées par l'opération étaient fortement dépendantes de leurs principaux clients, alors que les banques ont déjà pour pratique d'éclater le traitement des chèques entre plusieurs opérateurs et que rien n'indique que la présence d'Experian/Atos parmi ces prestataires soit incontournable. Le Conseil a souligné les nombreux atouts dont disposaient les banques dans leurs négociations avec les prestataires de traitement de chèques. Il s'agit en effet d'une activité qu'elles maîtrisent bien, puisqu'à l'origine, elle était exclusivement exercée en interne, puis a été externalisée progressivement par le biais de la création de filiales. Certaines banques conservent d'ailleurs des participations au capital de quelques opérateurs, dont elles peuvent favoriser le développement. Des banques ont maintenu, par ailleurs, un service de traitement de chèques et ont donc suivi de près les évolutions récentes de l'activité. La réinternalisation de l'activité de traitement de chèques constitue de fait une alternative susceptible de peser dans leurs négociations avec les prestataires.

Au total, le Conseil a estimé que la concentration résultant de l'acquisition de la société Atos Investissement 4 par la société Experian n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés.

La décision du ministre

Le ministre n'a pas suivi l'analyse du Conseil et n'a autorisé l'opération que compte tenu des engagements pris par la société Experian.

En premier lieu, le ministre a considéré que le rôle joué par la société Euro TVS, filiale du Crédit mutuel, dans le jeu concurrentiel, avait été surestimé par le Conseil. Cette société aurait en effet indiqué à la DGCCRF que sa part de marché n'excédait pas 5 % alors que le Conseil l'avait estimée à 12,8 %, sur la base des informations dont il disposait. Selon le ministre, la différence entre les deux estimations tient sans doute au fait que l'estimation la plus haute inclut les volumes traités pour le compte du Crédit mutuel, qui ne pourraient, selon lui, être analysés comme relevant du marché externalisé. Le ministre note que l'opération a donc pour effet de réduire de quatre à trois les offreurs ayant la taille critique nécessaire pour répondre aux appels d'offre lancés par les grands réseaux bancaires.

Le ministre a de plus estimé que, compte tenu des fortes contraintes de délais et de sécurité auxquelles était soumise cette activité, les banques ne pourraient limiter le pouvoir de marché de la nouvelle entité, l'opération ayant même pour effet de réduire la puissance d'achat des banques. Il a notamment relevé que le changement de prestataire était délicat, et justifie la reconduction des bénéficiaires des contrats. De plus, afin de sécuriser le processus de traitement des chèques, les banques confient cette prestation à, au moins deux, voire trois, opérateurs différents, ce qui limite leurs possibilités d'arbitrage lors des appels d'offres et rend la nouvelle entité incontournable. S'agissant de la menace de réinternalisation, il a considéré que telle n'était pas la tendance constatée dans un passé récent et qu'elle ne pouvait donc être considérée comme crédible.

Les engagements souscrits par la société Experian visent à favoriser le développement des petits acteurs sur le marché, afin de leur donner la possibilité d'atteindre la taille critique et d'acquérir l'expérience technique, le savoir-faire et la renommée nécessaires pour devenir des opérateurs alternatifs crédibles. La société Experian s'est ainsi engagée à renoncer au bénéfice de la clause de non-concurrence qu'elle insérait dans ses contrats de sous-traitance, afin de permettre aux sous-traitants de répondre librement aux appels d'offres pour le renouvellement des contrats à l'exécution desquels ils ont participé en qualité de sous-traitants. La société Experian s'est par ailleurs engagée sur les volumes de tri minimum à faire réaliser en sous-traitance par des tiers indépendants, portant sur les années 2004 à 2012 incluses.

■ Décisions contentieuses notables

Ententes

Décision 03-D-01 du 14 janvier 2003 relative au comportement de sociétés du groupe L'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux

Cette décision est particulièrement intéressante en ce qu'elle met en évidence l'importance de l'appartenance à un groupe de sociétés dans l'appréciation de la position dominante des sociétés mises en cause et dans les conditions dans lesquelles ces sociétés peuvent se comporter lors de procédures de mise en concurrence. En l'espèce, le Conseil de la concurrence a été saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie de pratiques mises en œuvre dans le secteur des gaz médicaux hospitaliers. Les gaz médicaux sont les gaz utilisés par les établissements de soins ou les particuliers à des fins thérapeutiques ou pour des techniques médicales. La fourniture de gaz médicaux s'accompagne de services complémentaires et la plupart des établissements de soins disposent de réseaux de fluides médicaux qui permettent la distribution des différents gaz au sein des établissements. Dans cette affaire, six griefs avaient été notifiés à l'encontre de deux fournisseurs de gaz médicaux appartenant au groupe L'Air liquide : la société CFPO à laquelle a succédé le 30 juin 1995 la société L'Air liquide santé et la société Carboxyque française devenue, le 19 juin 1995, Carboxyque française et absorbée en 1998 par Air liquide santé.

Sur la définition du marché

Le Conseil de la concurrence a rappelé la définition classique du marché pertinent selon laquelle : « *Le marché est le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande de produits et de services offerts ; que le marché pertinent comprend les produits et les services offerts par l'entreprise en cause et les produits ou services substituables et géographiquement accessibles pour les clients de cette entreprise ; que la détermination d'un marché doit procéder de l'examen des caractéristiques objectives du produit en cause mais aussi*

des conditions de concurrence et de structure de l'offre et de la demande sur le marché ».

Faisant application de ce principe, le Conseil de la concurrence a distingué le marché des gaz médicaux de celui des gaz industriels en se fondant sur les caractéristiques suivantes :

– la réglementation applicable aux gaz médicaux est différente de celle applicable aux gaz industriels ;
– certains gaz médicaux sont utilisés comme médicaments de sorte que la filière des gaz médicaux est différente de celle des gaz industriels ;
– les demandes des deux types de gaz sont distinctes.

En outre, le Conseil de la concurrence a constaté que pour les hôpitaux, les différents gaz médicaux répondent à des usages différents et ne sont pas substituables entre eux, bien que les appels d'offres regroupent généralement dans un ou plusieurs lots, la totalité ou plusieurs gaz médicaux ainsi que les services annexes. Le Conseil de la concurrence en a déduit que du point de vue des fournisseurs de gaz médicaux, les gaz, les services annexes, les matériels et les installations sont liés, de sorte qu'il convient de retenir comme marché pertinent le marché national des gaz médicaux et des services annexes. En effet, le marché faisant l'objet d'une réglementation nationale, il n'a pas été contesté qu'au moment des pratiques reprochées, le marché était de dimension nationale.

Pour apprécier la position dominante de CFPO puis d'Air Liquide Santé, le Conseil de la concurrence a pris en compte divers critères :

– le fait qu'elles appartiennent à un groupe puissant L'Air liquide,
– le fait qu'elles détiennent 66 % des parts de marché ;
– le fait que CFPO soit installée sur le marché depuis les années soixante si bien que CFPO puis Air Liquide Santé bénéficiaient d'une très grande notoriété ;
– le fait qu'elles offrent la gamme de services et produits la plus complète.

De même, le Conseil de la concurrence a considéré que même si les sociétés Carboxyque française puis Carboxyque Santé détenaient seulement 7 % du marché des gaz médicaux, elles devaient être considérées comme détenant une position dominante conjointe avec la société CFPO puis Air Liquide Santé dans la mesure où chaque société appartenait à 100 % au groupe L'Air liquide et qu'elles couvraient ensemble plus de 70 % du marché des gaz médicaux.

Sur les pratiques

• Sur la répartition des marchés et l'entente sur les prix

S'agissant de l'appréciation du comportement des entreprises appartenant au même groupe lors de procédures de mise en concurrence, le Conseil de la concurrence a rappelé le principe selon lequel les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas aux accords intra-groupes dès lors que les filiales ne disposent pas d'une autonomie commerciale. Le Conseil en tire trois conséquences concernant le dépôt d'offres concurrentes dans le cadre d'un marché public par des sociétés appartenant à un même groupe :

– il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des

offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres ;
– il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, de renoncer, généralement ou ponctuellement, à cette autonomie commerciale, à l'occasion des mises en concurrence ou d'une mise en concurrence et de se concerter pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou de se concerter pour établir cette offre, à la condition de ne déposer qu'une seule offre ;
– en revanche, il n'est pas possible, si de telles entreprises déposent plusieurs offres manifestant ainsi leur autonomie commerciale, que ces offres multiples aient été établies en concertation, ou après que les entreprises aient communiqué entre elles, car ces offres ne sont plus indépendantes. En effet, dans ce cas, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence. De telles pratiques ont un objet ou, potentiellement un effet anticoncurrentiel, peu importe que le responsable du marché ait connu les liens unissant les entreprises concernées dans la mesure où de tels liens n'impliquent pas nécessairement la concertation ou l'échange d'information.

S'agissant de la nature des accords passés entre les deux sociétés du groupe L'Air liquide, le Conseil a constaté, au vu des pièces du dossier, que les sociétés CFPO puis Air Liquide Santé, d'une part, et les sociétés Carboxyque française puis Carboxyque Santé, d'autre part, s'étaient concertées, au niveau des dirigeants de ces entreprises, pour élaborer une politique commerciale conjointe, déclinée, dans les deux entreprises en cause, en deux politiques commerciales coordonnées, adaptées aux caractéristiques de ces deux entreprises. La ligne directrice de cet accord a consisté à faire agir les deux entreprises comme « *des alternatives réciproques et non des concurrentes* », afin « *d'optimiser les parts de marché et la marge du groupe* ». En outre, il est apparu qu'elles ont surveillé en commun la mise en œuvre de ces politiques coordonnées, au cours des années 1994, 1995 et 1996, donnant lieu régulièrement à des bilans de coordination.

Le Conseil de la concurrence a considéré que ces pratiques sont licites pour autant que, si la signature des marchés en question relève de la procédure gouvernant les marchés publics ou d'une procédure de mise en concurrence, les entreprises en cause ne déposent qu'une seule offre : leur offre commune. Or, le Conseil de la concurrence a constaté que, pour 19 procédures, ces sociétés ont présenté des offres concurrentes alors qu'elles avaient décidé de se répartir le marché.

Les sociétés du groupe L'Air Liquide soutenaient que les accords généraux qui leur étaient reprochés devaient être analysés comme des accords de répartition des tâches au sein d'un groupe et n'avaient ni objet ni effet anticoncurrentiel. Le Conseil de la concurrence a rejeté cette argumentation dans la mesure où le caractère anticoncurrentiel des pratiques en cause ne résultait pas du partage concerté des tâches au sein du groupe, mais de la contradiction entre, d'une part, l'abandon de l'autonomie commerciale dont témoigne l'adoption concertée d'une politique commerciale commune et, d'autre part, le retour à un comportement apparent d'autonomie commerciale lors des réponses aux appels d'offres sur les marchés publics par le

dépôt d'offres concurrentes, présentées comme indépendantes, alors qu'elles résultaient directement de la concertation initiale.

Le Conseil de la concurrence en a déduit que ces pratiques avaient pour objet de tromper les responsables des marchés, de se protéger de la concurrence extérieure, de justifier réciproquement auprès de la clientèle leurs politiques de prix, et donc de faire accepter aux hôpitaux des augmentations de prix importantes, au motif de l'adoption du statut de médicament. Ces accords avaient donc un objet anticoncurrentiel.

Enfin, le Conseil a considéré que ces pratiques de concertation précise et détaillée sur les prix, de répartition géographique des marchés et de la clientèle entre deux sociétés représentant 70 % du marché national des gaz médicaux, marché caractérisé par une très faible élasticité des prix et par une demande rigide au changement de fournisseurs, étaient contraires aux dispositions de l'article 81 du traité de Rome et L. 420-1 du Code de commerce.

- **Sur les concertations ponctuelles lors de certains appels d'offres**

Le Conseil de la concurrence a eu à se prononcer sur des pratiques de concertations ponctuelles entre les sociétés mises en cause dans le cadre de l'appel d'offres d'Avranches-Granville, Grenoble et Lyon. Dans chaque cas, les sociétés du groupe L'Air Liquide soutiennent que les preuves rapportées par le Conseil de la concurrence ne sont pas suffisantes à démontrer la concertation :

– concernant l'appel d'offres d'Avranches-Granville : plusieurs télécopies échangées une semaine avant la date limite de remise des offres, sur lesquelles sont reproduits des tableaux comportant des quantités, des « *prix actuels* » et des « *prix politique 1996* » ;
– concernant l'appel d'offres organisé par le centre hospitalier de Grenoble : notes d'un salarié de la société Carboxyque Santé saisies dans les locaux de ladite société faisant état d'un échange d'information sur les prix avec un salarié d'Air Liquide Santé ;
– concernant le marché des Hospices civils de Lyon : lettre du président de la société CFPO adressée à un salarié de Carboxyque française avant la date de remise des offres mentionnant : « *Vous m'avez demandé de porter la part réservée à Carboxyque à 4 millions de francs, alors que la répartition initiale la limitait à 2 millions de francs... Je souhaite que nous en restions à ce qui avait été initialement prévu pour les Hospices civils de Lyon et que la répartition soit donc d'un lot pour la Carboxyque et de trois lots pour CFPO* ».

Dans chacun des cas, le Conseil de la concurrence a considéré que ces preuves matérielles étaient tout à fait suffisantes pour démontrer l'existence de pratiques restrictives de concurrence.

- **Sur l'entente avec des entreprises du secteur des réseaux de fluides médicaux**

Il est reproché aux sociétés CFPO, Air Liquide Santé, Carboxyque Santé et plusieurs sociétés spécialisées dans les réseaux de fluides médicaux dont les sociétés Technologies hospitalières, la société RMI et la société Driot et Cie d'avoir signé des protocoles d'accord contenant des clauses anticoncurrentielles. Le Conseil de la concurrence n'a pas retenu ce grief, faisant application :

– d'une part, de la théorie des accords intra-groupes, puisqu'il a considéré que les sociétés Technologies hospitalières étaient des filiales à 40 %, 50 % et 100 % de la société CFPO puis Air Liquide Santé et qu'elles ne disposaient pas d'autonomie commerciale, de sorte que les articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité de Rome ne trouvaient pas à s'appliquer ;
– d'autre part, de la théorie de l'effet sensible, en considérant que les autres sociétés étaient des petites structures locales détenant de très faibles parts de marché sur un marché atomisé, de sorte que les clauses d'exclusivité des contrats signés avec ces trois seules entreprises n'ont pas pu avoir d'effet sensible sur ce marché.

Dispositif de sanctions

Pour apprécier la gravité des faits et le dommage à l'économie, le Conseil de la concurrence tient compte du fait que les gaz médicaux sont des produits à la fois indispensables à la vie des malades et sans substituts, de sorte que l'élasticité de leur demande à leur prix ne peut être que des plus faibles ; la demande se caractérise par une rigidité au changement de fournisseur, de sorte qu'une fois le choix d'un fournisseur effectué, l'hôpital se trouve, dans une certaine mesure, en situation de « *client captif* », situation de nature à rigidifier les situations acquises ; et qu'il s'agit de médicaments dont le coût est intégralement pris en charge par les organismes de Sécurité sociale, ce qui garantit au fournisseur une totale solvabilité de la demande.

Le Conseil de la concurrence en a donc déduit que tout ceci implique un respect scrupuleux des règles de concurrence lors du choix des fournisseurs par les demandeurs, de sorte qu'il est particulièrement grave pour les deux principales filiales médicales du groupe L'Air Liquide, en position dominante, d'avoir faussé cette concurrence en mettant en œuvre une politique générale de tromperie des responsables hospitaliers en leur laissant croire, par le dépôt d'offres apparemment en concurrence, que la procédure du marché public pouvait se dérouler de façon fructueuse, alors qu'en réalité, ces offres avaient été concertées pour les tromper.

De plus, le Conseil a constaté que la pratique consistant pour deux opérateurs en situation dominante à fermer par des clauses d'exclusivité le marché connexe de l'installation et de l'entretien des réseaux de fluides médicaux, avait pour objet d'élever les barrières à l'entrée sur le marché des gaz médicaux contribuant à ce que, très souvent, les deux filiales en cause se trouvaient être les seuls compétiteurs sur le marché. Par conséquent, cette circonstance a renforcé l'efficacité de la tromperie qu'elles exerçaient à l'encontre des responsables hospitaliers. En revanche, concernant les pratiques d'entente ponctuelle prolongeant la concertation générale, le Conseil de la concurrence a décidé qu'elles n'ajoutaient pas à la gravité des faits, mais permettaient de les éclairer.

Concernant le dommage à l'économie, le Conseil de la concurrence a affirmé que si celui-ci n'était pas appréciable de manière quantitative, il l'était de manière qualitative en tenant compte de l'importance du marché des gaz (supérieur à 3 milliards de francs pour les trois années concernées), de la position dominante des entreprises en cause détenant plus de 70 % des

parts de marché, et de la situation de « *client captif* » dans laquelle se trouve l'hôpital face à son fournisseur.

Le Conseil de la concurrence a enfin pris en compte la situation de chacune des sociétés mises en cause avant d'infliger les sanctions pécuniaires suivantes : 1,4 millions d'euros à l'encontre de Carboxyque française, soit 1,63 % de son chiffre d'affaires réalisé en France en 2001 ; 285 000 euros à l'encontre de la société Air Liquide Santé international qui vient aux droits et obligations de la société CFPO soit 1,73 % de son chiffre d'affaires réalisé en France en 2001 ; 2,7 millions d'euros à l'encontre de Air Liquide Santé France qui vient aux droits et obligations de Carboxyque Santé soit 1,75 % de son chiffre d'affaires réalisé en France en 2001.

Enfin, le Conseil de la concurrence a ordonné la publication des parties II, titres B à G (points 115 à 174 inclus) et III (points 181 à 193 inclus) de sa décision, ainsi que de son dispositif, dans un quotidien d'information économique générale, *Les Échos*, et dans une publication destinée particulièrement aux pharmaciens hospitaliers, *Le Moniteur hospitalier*.

Décision 03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille

Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence a réaffirmé la gravité d'une entente horizontale lors d'un appel d'offres entre entreprises concurrentes préalablement à la remise de leurs offres et fait application, pour la première fois, de l'article L. 464-2 II du Code de commerce instaurant une procédure de transaction devant le Conseil de la concurrence, par laquelle les entreprises peuvent bénéficier d'une sanction réduite, dès lors qu'elles renoncent à contester les griefs qui leur sont notifiés et s'engagent à modifier leurs comportements.

Éléments procéduraux

Le Conseil de la concurrence a rejeté l'argument de la société Eurovia selon lequel, compte tenu de la longue période écoulée entre la commission des faits et la notification de griefs et du départ d'un salarié, elle était dans l'impossibilité de demander des précisions nouvelles sur les pièces du dossier à cet ancien salarié et de les fournir au Conseil, situation qui serait préjudiciable à l'exercice de sa défense. À cet égard, le Conseil a rappelé l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 décembre 2000 (société SGST SAVE) selon lequel, les causes internes aux entreprises, telles que les difficultés pour celle-ci de retrouver les pièces à la suite d'une fusion, sont sans lien avec le déroulement de la procédure suivie devant le Conseil et ne sauraient être invoquées à l'appui du moyen tiré de la durée excessive de la procédure.

Échange d'informations entre concurrents avant la remise des offres

En l'espèce, le Conseil de la concurrence a été saisi, par le ministre délégué aux finances et au commerce extérieur, d'une concertation entre entreprises candidates lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille et

susceptible d'entrer dans le champ d'application des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce. L'appel d'offres restreint portait sur l'entretien du réseau d'eau douce des bassins Est du port. Il est apparu au Conseil de la concurrence que trois des huit entreprises candidates à l'exécution du marché, les entreprises Guigues, SNEF et Cochery Bourdin Chausse (devenue Eurovia), ont échangé des informations sur le montant de leurs offres préalablement à leur transmission. La preuve de ces échanges d'informations résidait dans le fait que les trois offres étaient identiques et comportaient la même écriture bien que certains chiffres variaient d'une offre à l'autre. En tout état de cause, les sociétés Guigues et SNEF n'ont pas contesté les griefs qui leur étaient notifiés, afin de bénéficier des sanctions réduites de l'article L. 464-2 II du Code de commerce.

Dispositif de sanctions

- **Sur la gravité des pratiques en cause et le dommage à l'économie**

Pour apprécier la gravité des pratiques en cause, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'une entente horizontale entre entreprises candidates à l'exécution d'un marché public, mise en œuvre à l'occasion de la procédure de passation de ce contrat, notamment un échange d'information sur le montant des offres entre les entreprises préalablement à la remise de leurs offres, est d'une particulière gravité. En outre, le Conseil de la concurrence a retenu deux facteurs de gravité supplémentaires. Le Conseil a estimé que la pratique était d'autant plus grave qu'elle portait sur des travaux concernant un service public indispensable au fonctionnement des infrastructures concernées et qu'elle émanait d'entreprises de dimension nationale ou appartenant à un groupe national puissant.

S'agissant de l'évaluation du dommage causé à l'économie, le Conseil a confirmé la jurisprudence de la cour d'appel de Paris selon laquelle le dommage causé à l'économie est présumé par la loi, dès lors que l'existence d'une entente est établie (19/09/1990, sociétés Herlicq et Serrumeca).

- **Sur la situation de l'auteur des pratiques**

La société Eurovia, qui a succédé à la SNC Cochery Bourdin Chausse, avait demandé au Conseil de la concurrence d'écarter la prise en compte des décisions prises antérieurement par la Commission de la concurrence, le Conseil de la concurrence, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, sanctionnant la société Cochery d'une part et Bourdin Chausse d'autre part, pour des pratiques d'ententes anticoncurrentielles, dans les facteurs aggravant la sanction de la société Eurovia dans la présente affaire. Eurovia estimait, en effet, que la société SNC Bourdin Chausse, à laquelle elle a succédé, avait été immatriculée après les décisions de la Commission de la concurrence et du Conseil de la concurrence, et que les faits examinés, s'étaient produits avant cette immatriculation, de sorte que les pratiques déjà sanctionnées ont été mises en œuvre par une autre société que celle mise en cause dans la présente affaire.

Le Conseil, pour rejeter cette demande, a rappelé 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, à celle qui assure en fait sa continuité économique et fonctionnelle et que la société Cochery Bourdin Chausse, qui avait succédé aux sociétés mises en cause, ne pouvait ignorer ces décisions.

De plus, la société Eurovia a demandé au Conseil de tenir compte de la durée, selon elle excessive, de la procédure pour diminuer le montant de la sanction susceptible de lui être infligée, conformément à l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 17 décembre 1998 (Baustahlgewebe GmbH c/Commission, aff. C-185-95, pourvoi contre l'arrêt du tribunal de première instance du 6/04/1995 par lequel celui-ci a annulé partiellement l'article 1er de la décision 89/515/CEE de la Commission du 2/08/1989 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE). Elle a demandé également au Conseil de tenir compte du fait que la pratique reprochée a été limitée, qu'elle a résulté d'une initiative locale et qu'elle n'a pas bénéficié à la SNC Cochery Bourdin Chausse. Sur ce point, le Conseil a constaté que la saisine du ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a été enregistrée le 1er mars 1996. Or, même à supposer que la procédure engagée devant le Conseil de la concurrence ait dépassé les exigences liées au respect du délai raisonnable, le Conseil a relevé que la société Eurovia n'avait apporté aucun élément tendant à démontrer qu'elle n'aurait pu, de ce fait, exercer pleinement sa défense et aurait subi un préjudice.

Ainsi, compte tenu des éléments du dossier et du chiffre d'affaires d'Eurovia de 2 053 569 €, le Conseil a souhaité lui infliger une sanction pécuniaire de 75 000 €. S'agissant des sociétés Guigues et SNEF, le Conseil de la concurrence a fait application de l'article L. 464-2-II du Code de commerce dont la mise en œuvre est explicitée ci-après.

Au surplus, Conseil a ordonné la publication de la décision, à frais commun et à proportion des sanctions pécuniaires, dans la revue le *Moniteur des travaux publics*, afin de porter cette décision à la connaissance des collectivités publiques susceptibles de passer des marchés d'entretien des réseaux d'eau douce.

Sur la procédure de transaction prévue par l'article L. 464-2-II du Code de commerce

Les sociétés Guigues et SNEF ont souhaité bénéficier des sanctions réduites de l'article L. 464-2 II du Code de commerce, selon lequel : « *Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au Conseil de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié* ».

- **Sur la nature des engagements souscrits**

Les sociétés Guigues et SNEF n'ont pas contesté les griefs qui leur ont été notifiés et ont pris les engagements décrits ci-après :

– « *ne procéder à aucune concertation anticoncurrentielle avec [leurs] concurrents dans le cadre d'appel d'offres publics ou privés* » ;
– « *rappel [er] systématiquement les termes et l'importance de cet engagement à tous les responsables et à tous [les] salariés qui seraient susceptibles de se trouver en contact avec [leurs] concurrents* », *cette information pouvant être faite* « *notamment par note écrite à l'ensemble du personnel, par des séances de formation et par le rappel que la participation à une pratique anticoncurrentielle constitue une faute grave susceptible d'entraîner le licenciement de son auteur* » ;
– « *lorsqu'elle [s] répond [ent] à un appel à la concurrence à fournir, avec [leur] offre, systématiquement, la liste des entreprises avec lesquelles elle[s] [ont] pu être en contact, notamment dans le cadre d'un projet de groupement ou dans le cadre d'un projet de sous-traitance allant au-delà.* »

Au vu de ces engagements, le rapporteur général avait décidé de proposer au Conseil d'accorder à ces sociétés « *le bénéfice des dispositions de l'article L. 464-2 II du Code de commerce et de proposer que la sanction pécuniaire, le cas échéant encourue, soit réduite dans une proportion minimum de 30 % et pouvant aller jusqu'à 50 %* ».

- **Sur la réduction des sanctions encourues**

Après avoir pris acte de ces engagements, le Conseil de la concurrence a précisé que l'article L. 464-2 II du Code de commerce qui prévoit que lorsqu'il est mis en œuvre, « *le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié* », a pour objet de garantir aux entreprises intéressées que si le Conseil accepte les engagements qu'elles ont pris, le plafond légal applicable aux sanctions qu'il édicte, est divisé par deux par rapport au régime de droit commun. Toutefois, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que, dans la limite de ce nouveau plafond, le Conseil apprécie le montant de la sanction qui aurait été encourue par chaque entreprise et y applique le taux de réfaction qu'il retient, compte tenu des propositions faites par le rapporteur général.

Pour la société Guigues, il a indiqué que, compte tenu des éléments généraux et individuels du dossier et de son chiffre d'affaires (10 619 927 €), le montant de la sanction pécuniaire infligée à cette société aurait été fixé à 106 100 €. Par application de l'article L. 464-2 II du Code de commerce, ce montant a été ramené à 53 000 €.

Pour la société SNEF, en fonction des éléments généraux et individuels du dossier et de son chiffre d'affaires (265 486 478 €), la sanction infligée aurait été de 2 123 000 €. Par application de l'article L. 464-2 II du Code de commerce, ce montant a été ramené à 1 061 500 €.

Décision 03-D-17 du 31 mars 2003 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes

Le ministre de l'Économie et des Finances avait saisi le Conseil de la concurrence d'un dossier relatif à la situation de la concurrence sur le marché des carburants autoroutiers.

Sur la définition du marché

Les sociétés TotalFinaElf SA, TotalFinaElf France et BP France contestaient l'existence d'un marché de la distribution du carburant sur autoroutes. Le Conseil de la concurrence a toutefois rappelé qu'un tel marché avait déjà été défini dans deux décisions de la Commission européenne (Exxon/mobil du 29 septembre 1999 et TotalFinaElf du 9 février 2000) et dans l'avis du Conseil du 16 mai 2000 et qu'aucun élément rapporté par les parties ne justifiait la remise en cause, au cas d'espèce, des décisions précitées et motivées par l'existence de différences de prix sensibles entre les carburants vendus sur autoroutes et hors autoroutes, le caractère captif des clients et enfin les contraintes particulières qui pèsent sur les conditions de création et de fonctionnement des stations-service sur autoroutes.

Sur les pratiques

L'enquête réalisée auprès d'un échantillon de stations-service autoroutières, par les BIE de Lyon, Nantes et Paris faisait apparaître que nombre de stations-service échangeaient téléphoniquement plusieurs fois par semaine, avec leurs concurrents les plus directs, des informations sur les prix qu'elles pratiquaient pour les différents types de carburant.

Ces informations étaient transmises aux responsables des réseaux qui les utilisaient pour réviser plusieurs fois par semaine les prix dans chacune des stations-service, en fonction des prix pratiqués par les autres compagnies dans les stations voisines.

Les sociétés BP France, Pétroles Shell, Total Raffinage distribution, Elf Antar France et Esso Saf alléguaient que l'échange d'informations sur les prix ne portait que sur des informations parfaitement publiques, puisqu'il s'agissait de prix déjà pratiqués et affichés, et qu'en tout état de cause la transparence des prix des carburants sur autoroutes était favorisée à titre principal par les pouvoirs publics, l'affichage des prix à l'entrée des autoroutes étant imposé par l'arrêté du 8 juillet 1988 modifié par les arrêtés du 10 avril 1990 et du 12 juillet 2001. En outre, Total Fina Elf SA a produit une étude économique selon laquelle : « *Les prix étant décidés, dans chaque entreprise au niveau national, les conversations entre gérants de stations ne pouvaient en aucun cas donner lieu à des négociations sur les prix futurs* ».

Le Conseil de la concurrence a tout d'abord noté que les informations affichées par les panneaux d'affichage des prix disposés à l'entrée des autoroutes étaient incomplètes car toutes les stations-service n'y figurent pas, que l'actualisation de l'affichage était irrégulière et que les prix affichés étaient ceux du gasoil, du super, et du super sans plomb 98, à l'exclusion du super sans plomb 95, qui était pourtant aussi vendu que les autres. Le Conseil a donc rejeté l'argument selon lequel les informations recueillies avaient une fonction « *informationelle nulle* ».

Le Conseil de la concurrence a également réfuté les arguments des sociétés mises en cause, selon lesquels elles n'auraient jamais donné d'instruction ou de consigne à leurs gérants de stations-service de pratiquer des relevés de prix par téléphone, diverses déclarations de gérants de stations-service contredisant ces affirmations.

En outre, le Conseil a précisé que « *à supposer même, qu'en dépit des éléments de preuve ci-dessus rapportés, on considère que les compagnies pétrolières n'ont pas imposé la pratique d'échange d'informations entre leurs gérants, elles ne soutiennent pas avoir ignoré l'existence de cette pratique qui, selon un des gérants interrogés, "existe depuis de nombreuses années", qui, selon un autre gérant, à sa connaissance "a toujours existé dans ce secteur d'activité sur autoroute" et dont, selon un troisième gérant, l'existence lui aurait "été transmise oralement lors de la formation initiale"* ».

Le Conseil ajoute enfin : « *Au demeurant, les compagnies pétrolières ont soutenu, lors de la séance du Conseil, que les informations obtenues téléphoniquement par les employés ou les gérants risquant d'être peu fiables car n'ayant pas été constatées visuellement, elles étaient contraintes d'engager des frais 'importants'pour vérifier leur exactitude. Ainsi, les compagnies pétrolières ont admis qu'elles étaient parfaitement informées des conditions dans lesquelles leurs employés et gérants s'échangeaient téléphoniquement des informations sur les prix qu'ils pratiquaient* ».

Les compagnies pétrolières faisaient, par ailleurs, valoir que cette « *veille concurrentielle* » n'est pas en soi contraire au droit de la concurrence, car il appartient à chaque concurrent de mettre en œuvre les moyens qu'il estime nécessaires pour recueillir, hors concertation ou échange d'informations, les éléments d'environnement propres à lui permettre de déterminer en toute indépendance ses prix.

Néanmoins, le Conseil de la concurrence a considéré que « *lorsque chaque compagnie pétrolière, loin de se contenter de mettre en œuvre les moyens qu'elle estime nécessaires au recueil d'informations utiles pour la détermination de ses propres prix, accepte que ses employés ou les gérants de ses stations-service, aident ses concurrents à établir leurs prix en leur transmettant des informations sur les prix pratiqués dans ses propres stations (...) la pratique peut avoir pour objet ou pour effet de restreindre le jeu normal de la concurrence par les prix entre les compagnies pétrolières* ».

En particulier, dans les zones où il est relativement coûteux de réunir fréquemment l'information sur les prix des stations concurrentes en raison du temps et des frais de transport nécessaires à ce recueil, une certaine concurrence par les prix est en principe possible, car chaque compagnie peut espérer qu'une baisse de ses prix dans sa station ne sera pas immédiatement détectée par ses concurrents. Mais, le fait qu'une compagnie tolère que ses employés ou ses gérants indiquent par téléphone les prix qu'ils pratiquent aux employés ou gérants des stations des compagnies concurrentes, a pour effet d'accroître artificiellement la transparence du marché.

Le Conseil a observé qu'une entreprise n'a pas intérêt à mettre en œuvre une telle pratique si elle n'est pas assurée que ses concurrents font de même : « *En organisant ou en permettant la divulgation des prix qu'elle pratique dans une station-service à ses concurrents, elle offrirait à ses concurrents une information que ceux-ci en retour ne lui offriraient pas et qu'elle serait obligée de recueillir (ou de faire recueillir) à titre onéreux plusieurs fois par semaine, se mettant ainsi dans une situation désavantageuse vis-à-vis de ses concurrents. Ce n'est donc que si la pratique est collective qu'elle sera mise en œuvre* ». Il a également noté que cet échange d'informations sur les

prix pratiqués dans les stations-service concurrentes n'est pas destiné à améliorer l'information des consommateurs, contrairement à l'obligation d'affichage aux péages et à l'entrée des stations.

En conséquence, le Conseil a considéré, comme le TPICE l'avait fait dans une affaire Fiat Agri du 27 octobre 1994, que de tels échanges d'informations, sur un marché oligopolistique fortement concentré, sont de nature à altérer sensiblement la concurrence qui subsiste entre les entreprises.

Les sociétés mises en cause ont fait valoir que la faible concurrence par les prix observée sur le marché des carburants sur autoroutes et le niveau de prix plus élevé que dans les stations hors autoroutes qui y est constaté s'explique par les caractéristiques particulières de ce marché, et notamment son caractère oligopolistique.

Le Conseil de la concurrence a toutefois estimé que « *même si les caractéristiques du marché des carburants sur autoroutes induisent un jeu concurrentiel peu agressif et un niveau de prix plus élevé que celui qui est constaté sur le marché hors autoroutes, il n'en demeure pas moins que les sociétés mises en cause ont ajouté à ces caractéristiques en mettant en place un système d'informations sur les prix qui accroissait artificiellement la transparence* ».

Les sociétés mises en cause contestaient également les échantillons et la méthode adoptés par le rapporteur pour démontrer un éventuel alignement de prix et fournissaient à l'appui de leur démonstration plusieurs études économiques. Néanmoins, le Conseil a considéré que par elles-mêmes, ces études économiques permettaient de conclure à un alignement remarquable, et a ajouté : « *Surtout, ces études nient d'autant moins qu'un certain alignement des prix soit observable qu'elles insistent sur le fait que les caractéristiques particulières qui prévalent sur le marché des carburants sur autoroutes favorisent une absence de concurrence par les prix et donc un certain alignement.* »

Le Conseil en a conclu que « *les compagnies pétrolières mises en cause ont, jusqu'en 1999 et par l'intermédiaire des salariés ou gérants libres responsables d'un certain nombre de leurs stations-service, procédé à des échanges d'informations sur les prix qu'elles pratiquaient une ou plusieurs fois par semaine. Le fait que chaque compagnie fournissait des informations sur les prix qu'elle pratiquait en échange d'informations sur les prix pratiqués par ses concurrents établit l'accord de volonté entre elles pour accroître artificiellement la transparence des prix sur un marché oligopolistique. Cet accroissement artificiel de la transparence des prix se faisait à leur seul profit, puisque les consommateurs n'étaient pas destinataires de l'information obtenue. Bien que l'effet de ces échanges d'informations sur la rapidité d'alignement des prix et sur le niveau de ceux-ci ne puisse être mesuré avec précision, ils ont nécessairement favorisé un niveau plus élevé que celui qui aurait prévalu en l'absence de cette pratique collective. En effet, chaque compagnie pétrolière voyait son incitation à baisser ses prix dans une station-service par rapport aux prix pratiqués dans les stations-service concurrentes diminuer puisque, par le jeu de l'échange d'informations, elle devait informer ces autres stations de cette baisse de prix, leur donnant de ce fait la possibilité de réagir à sa baisse initiale plus rapidement que si l'échange d'informations n'avait pas existé. Il est en effet établi que chaque compagnie modifiait une ou plusieurs*

fois par semaine, et dans certains cas quotidiennement, les prix dans chacune de ses stations en fonction, notamment, de l'information reçue sur les prix de ses concurrents. (...) Au cas d'espèce, la pratique collective d'échange d'informations destinée à accroître artificiellement la transparence sur les prix mise en œuvre par les sociétés Total Raffinage Distribution, Elf Antar France, BP France, Esso Saf et la société des Pétroles Shell, avait pour objet et pouvait avoir pour effet de restreindre la concurrence sur le marché de la distribution des carburants sur autoroute et est prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce ».

Dispositif de sanctions

S'agissant de l'appréciation de la gravité des pratiques, le Conseil a retenu qu'il s'agissait d'échange d'informations visant à restreindre la concurrence par les prix ayant un caractère généralisé et mis en place depuis de nombreuses années au détriment de consommateurs captifs. Le Conseil a néanmoins tenu compte du fait que des instructions ont été données par les sociétés mises en cause afin qu'il soit mis fin aux échanges téléphoniques d'informations sur les prix.

S'agissant de l'appréciation du dommage à l'économie, le Conseil a rappelé qu'il convenait de tenir compte de la taille du marché évalué à 2,5 milliards de francs en 2000 et du nombre d'automobilistes qui empruntent chaque année les autoroutes soit environ 7 millions. Enfin, le Conseil a pris en considération le fait que le marché était très concentré, sur lequel l'entrée était difficile et l'élasticité prix de la demande faible ce qui renforce l'effet de la pratique sur les prix.

Le Conseil a donc infligé une sanction pécuniaire d'un montant global de 27 millions d'euros (de 5 à 12 millions selon les entreprises concernées).

Annulation de la décision du Conseil de la concurrence par la cour d'appel de Paris

La cour d'appel de Paris a annulé la décision du Conseil de la concurrence, du fait de la violation manifeste du secret du délibéré, dans la mesure où la presse avait publié l'exact montant des sanctions pécuniaires, avant la communication aux parties de la décision du Conseil. Considérant que cette annulation laissait subsister son pouvoir de se prononcer conformément à l'article L. 464-2 du Code de commerce sur les pratiques soumises au Conseil, la cour a ensuite considéré, s'agissant de la qualification des pratiques mises en œuvre par les compagnies pétrolières, qu'il n'y avait pas lieu à sanction.

En effet, après avoir confirmé l'analyse du marché pertinent menée par le Conseil de la concurrence et relevé l'existence d'une pratique de veille concurrentielle sur ce marché consistant dans l'échange d'information sur les prix entre les pompistes, la cour a, en revanche, estimé que « *rien ne permet d'affirmer comme l'a fait le Conseil que les informations transmises par les stations-service à leurs sociétés modifient l'autonomie commerciale de chaque compagnie pétrolière ; que même en possession de renseignements sur les prix transmis par téléphone par les gérants de stations,*

chaque société fixait de manière autonome le prix du carburant ; que l'alignement des prix qui peut en résulter, licite, résulte non d'un accord entre sociétés concurrentes, mais d'une décision spécifique à chaque société (...) le système d'information sur les prix pratiqués à la pompe entre les différentes stations-service sur autoroutes, révélé par l'enquête administrative, bien qu'ayant favorisé une mise en œuvre plus rapide des stratégies commerciales individuellement adoptées par les dites compagnies, ne traduit pas l'existence entre elles d'une concertation destinée à fausser les règles normales de la concurrence sur le marché concerné ».

Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation à l'initiative du parquet général.

Décision 03-D-36 du 29 juillet 2003 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des fraises produites dans le Sud-Ouest

Le Conseil de la concurrence, saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, devait se prononcer sur deux griefs notifiés. Il était reproché d'une part à l'AIFLG (Association interprofessionnelle des fraises du Lot-et-Garonne), la chambre d'agriculture du Lot-et-Garonne et aux sociétés membres de l'AIFLG, d'avoir mis en œuvre des pratiques d'entente et d'abus de position dominante, ayant eu pour objet et pour effet d'organiser la commercialisation des fraises du Lot-et-Garonne et d'empêcher ainsi l'exercice normal de la concurrence. D'autre part, il était fait grief à l'association de défense du monde rural d'avoir mis en œuvre des pratiques d'entente ayant pour objet et pour effet d'empêcher les distributeurs de fixer de manière indépendante et objective leurs prix de vente aux consommateurs, de générer une augmentation artificielle des prix et de restreindre l'exercice normal du jeu de la concurrence sur le marché des fraises du Lot-et-Garonne.

Éléments procéduraux

- **Sur la compétence du Conseil de la concurrence**

Le Conseil de la concurrence a rappelé qu'en vertu de la jurisprudence du tribunal des conflits du 18 octobre 1999 (Aéroports de Paris), les pratiques mises en œuvre par la chambre d'agriculture du Lot-et-Garonne, établissement public, consistant à participer, dans le cadre d'une activité de service, au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce, au fonctionnement et à la gestion de l'AIFLG, relevait de sa compétence, la notification de griefs ne mettant en cause ni la mission, ni les prérogatives, ni la légalité des décisions administratives prises par l'établissement public.

- **Sur la régularité de la procédure**

En application d'une jurisprudence constante, le Conseil de la concurrence a rappelé que l'absence de transcription des questions dans les procès-verbaux de déclaration est sans conséquence sur la régularité de ce procès-verbal.

Le Conseil de la concurrence, citant les arrêts de la cour d'appel de Paris en date du 19 janvier 1999 et 26 janvier 1999, a rappelé que « *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 de les interroger sur des pièces saisies chez des tiers ». Le Conseil de la concurrence en a déduit que le fait que certaines entreprises mises en cause n'aient pas été entendues au cours de l'enquête administrative était sans effet sur la régularité de la procédure. Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a estimé que, même si la société Solprim était une société coopérative agricole non adhérente à l'AIFLG, contrairement à la SARL Valprim, ayant son siège social à la même adresse, c'est à bon droit que les sociétés Solprim et Valprim ont été mises en cause, car il ressort de diverses pièces du dossier que la société Solprim participait activement à l'AIFLG.

- **Sur la prescription**

Le Conseil de la concurrence a rappelé que le délai de prescription de trois ans doit être décompté à partir de l'acte le plus ancien tendant à la recherche, la constatation ou la sanction de pratiques anticoncurrentielles : en l'espèce, une télécopie du 15 juin 1998 n'a pas été considérée prescrite, bien que le Conseil ait été saisi par lettre du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie enregistrée le 10 juillet 2001, dans la mesure où cette lettre était accompagnée d'un rapport d'enquête dont l'acte d'instruction le plus ancien remontait au 6 mai 1999, date à partir de laquelle le délai de prescription devait être décompté.

Sur le marché pertinent

Le Conseil a reconnu que, compte tenu de sa précocité, la fraise du Lot-et-Garonne, et en particulier la Gariguette, exerce une influence déterminante sur la campagne fraisicole française, d'autant que pendant une période de trois à quatre semaines, la quasi-totalité des fraises commercialisées en France proviennent du Lot-et-Garonne, donnant, pendant cette période, un certain pouvoir de marché aux producteurs concernés. Toutefois, il a également noté que les crises connues par le secteur résultent généralement de situations d'excédent de l'offre par rapport à la demande, dues à l'arrivée concomitante sur le marché des fraises de différentes origines dont la commercialisation est habituellement étalée dans le temps, ce qui montre bien que ces produits sont substituables aux yeux des consommateurs. Dans ces conditions, il a retenu comme marché pertinent le marché français de la fraise, sur lequel les producteurs réunis au sein de l'AIFLG ne détiennent pas une position dominante et abandonné le grief de pratiques contraires à l'article L. 420-2 du Code de commerce.

Sur les pratiques anticoncurrentielles

- **Sur les prix *minima* imposés par l'AIFLG à ses membres**

Le Conseil a tout d'abord relevé que les « *prix objectifs* » fixés quotidiennement par la cellule de gestion du marché de l'AIFLG à partir des informations transmises par ses membres sur les volumes vendus, les prix pratiqués, l'état des stocks et les prévisions d'apports et de demande pour le lendemain

et communiqués à l'ensemble de ses membres, constituaient des prix *minima* imposés à ses membres sous peine de *boycott* ou d'exclusion.

À cet égard, le Conseil de la concurrence a d'ailleurs souligné, outre les directives de l'AIFLG contenues dans divers documents envoyés à ses membres afin qu'ils respectent ces prix, les déclarations de la présidente de l'AIFLG selon lesquelles « *M. S. est chef du service fruits et légumes à la chambre d'agriculture (...) Si un opérateur effectue un décalage par rapport au prix objectif, M. S. intervient par téléphone pour avoir des explications sur ses motifs : puis, si cette démarche est insuffisante, j'en suis informée et éventuellement j'interviendrai pour rappeler que la règle est collective. Si le comportement perdurait, l'opérateur en cause serait exclu de l'AIFLG, et l'information serait communiquée aux producteurs qui pourraient [le] sanctionner en changeant d'expéditeur* ».

Le Conseil de la concurrence en a conclu que l'association contrôlait la conformité des prix pratiqués aux prix définis en concertation et que les différents opérateurs étaient soumis à des représailles, de sorte que leurs prix n'étaient pas fixés par le libre jeu du marché.

- **Sur l'intervention de l'AIFLG sur les ventes promotionnelles**

L'AIFLG faisait valoir que, dans le cadre de ses missions statutaires, elle pouvait légitimement s'opposer aux ventes promotionnelles organisées par la grande distribution en début de saison, dès lors que ces ventes avaient pour effet de perturber les cours de la fraise en générant une diminution du prix. Elle indiquait cependant n'avoir jamais exercé de menaces vis-à-vis de la grande distribution, son action n'ayant d'ailleurs jamais abouti à la suppression d'opérations promotionnelles.

Le Conseil de la concurrence a toutefois constaté que l'AIFLG recensait les demandes de ventes promotionnelles et diffusait des messages sans ambiguïté concernant l'obligation de respecter les prix de vente élaborés par sa cellule de gestion, sa présidente ayant même reconnu que l'AIFLG organisait une concertation avec ses membres pour répondre aux demande de ventes promotionnelles, ce qui démontre la volonté ferme de l'AIFLG et de ses membres de contrôler le marché de la fraise et de faire obstacle, pour un produit de grande consommation, à la libre détermination du prix par le jeu normal du marché.

Sur l'application de l'article L. 420-4 2° du Code de commerce

L'AIFLG soutenait que son action était justifiée par les difficultés du secteur de la fraise face aux pratiques des enseignes de grande distribution, utilisant la fraise comme produit d'appel. L'AIFLG faisait également valoir que, si ses interventions ont pu empêcher une éventuelle baisse des prix de vente des fraises, notamment en début de campagne, elles avaient pour effet d'assurer une gestion collective des promotions.

Le Conseil de la concurrence a toutefois rejeté ces arguments dans la mesure où il n'a pas été démontré que les restrictions de concurrence entraînées par les pratiques mises en œuvre par l'AIFLG, notamment la coordination et l'harmonisation des prix de vente entre opérateurs, ainsi que les entraves

aux ventes promotionnelles de la grande distribution, aient été indispensables pour atteindre un objectif de progrès économique et de satisfaction du consommateur.

Le Conseil de la concurrence a donc déclaré anticoncurrentielles les pratiques mises en œuvre par l'AIFLG et ses membres sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Sur l'application des dispositions de la loi relatives aux nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001

L'AIFLG invoquait l'esprit de la loi relative aux nouvelles régulations économiques pour justifier le bien fondé de son action. Elle soutenait que, le marché de la fraise connaissant des difficultés spécifiques, la réglementation applicable aux crises agricoles au moment des faits était inadaptée du fait que des décisions devaient être prises dans l'urgence, ainsi que l'a reconnu le Parlement en modifiant la loi sur ce point.

À cet égard, le Conseil de la concurrence a fait une application classique de la loi dans le temps, en considérant que les dispositions de la dite loi étaient intervenues postérieurement à la mise en œuvre des pratiques reprochées à l'AIFLG et à ses membres, de sorte qu'il était vain de les invoquer pour justifier ces pratiques.

Dispositif de sanctions

Le Conseil de la concurrence, statuant selon la procédure simplifiée, a d'abord précisé que le montant de la sanction ne saurait excéder 76 224 euros, avant de prendre en compte, pour apprécier la gravité des pratiques et le dommage à l'économie, le fait que l'AIFLG regroupait 85 % des professionnels du secteur du Lot-et-Garonne et avait répété ces pratiques au cours des années 1998 et 1999, alors même que la production des fraises en cause était déterminante pour la définition de la campagne en France et que la fraise était un produit de grande consommation. Compte tenu des ressources annuelles de l'AIFLG, le Conseil a prononcé une sanction pécuniaire à son encontre de 20 000 euros.

Décision 03-D-45 du 25 septembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire

Le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par Noblet (importateur de la marque Casio) et Texas Instruments France, ainsi que leurs distributeurs, dans le secteur des calculatrices à usage scolaire. Plus précisément, il était reproché à la société Texas Instruments et à la société Noblet d'avoir mis en place, chacune, un dispositif ayant pour objet et pour effet d'obtenir de leurs clients distributeurs qu'ils pratiquent tous, sur l'ensemble du territoire national, les mêmes prix de vente préalablement déterminés par elles et d'avoir échangé entre elles des informations stratégiques relatives à leur politique de prix de vente publics des calculatrices à usage scolaire. De plus, il était

reproché aux sociétés Carrefour, Casino-Rallye, Sapac Magasins populaires, Plein Ciel Diffusion, Majuscule, Sodalfa, Distributeurs associés, d'avoir participé activement au dispositif de seuil minimum de prix de revente mis en place par leurs fournisseurs de calculatrices à usage scolaire.

Cette décision s'inscrit dans le contexte actuel des relations entre l'industrie et la grande distribution et sanctionne à la fois des pratiques d'ententes verticales consistant en la mise en place d'un mécanisme de rétribution reposant tout entier sur l'attribution de marges arrières qui a pour objet de sécuriser la rémunération des distributeurs, et des pratiques d'entente horizontale entre les deux principaux fabricants de calculatrices à usage scolaire, se partageant 89 % du marché, les sociétés Noblet et Texas Instruments France.

S'agissant de la mise en œuvre de la procédure de transaction prévue à l'article L. 464-2 II du Code de commerce, cette décision, bien que publiée après la décision 03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille mettant également en œuvre cette procédure, précise les modalités de calcul de la réfaction des sanctions, ainsi que la marge d'appréciation du Conseil.

Éléments procéduraux

Plusieurs entreprises mises en cause ont soutenu qu'aucun acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits poursuivis n'avait été effectué dans les trois années qui ont suivi la saisine du Conseil par le ministre de l'Économie, par lettre du 6 août 1997, dans la mesure où les demandes de renseignements adressées par le rapporteur, le 3 juillet 2000, aux deux fournisseurs, relatives aux conditions de vente des années 1997 et 1998, avaient pour seul objet d'interrompre artificiellement la prescription et portaient sur des faits postérieurs à la saisine, de sorte qu'elles n'avaient pas pu interrompre le cours de la prescription.

Sur ce point, le Conseil de la concurrence, a considéré que les demandes du rapporteur relatives aux « *tarifs et conditions de vente* » pour les années 1997 et 1998 ont bien interrompu la prescription, puisqu'elles visaient à rechercher, d'une part, si les pratiques dénoncées par la saisine s'étaient poursuivies pendant les sept premiers mois de l'année 1997 qui étaient compris dans la saisine datée du 6 août 1997 et, d'autre part, si elles avaient continué au-delà de la date de la saisine.

Sur les pratiques d'ententes verticales

• Sur la mise en place de ristournes présentées sous la forme conditionnelle

S'agissant des pratiques mises en œuvre par la société Noblet

Le Conseil de la concurrence a constaté que, depuis 1994, la société Noblet avait mis en place des ristournes de répartition et de progression, dont l'octroi était conditionné, d'une part, par les volumes de commande et leur progression, d'autre part, par les services rendus par les distributeurs. Or, le Conseil de la concurrence a relevé que de nombreuses dérogations aux conditions d'octroi de ces ristournes ont été accordées par la société Noblet

aux grossistes et aux distributeurs détaillants. Parallèlement, cette société a élaboré des tarifs comportant des prix qualifiés de « *prix publics* » psychologiquement attractifs, diffusés à ses distributeurs et est intervenue à plusieurs reprises auprès de ces derniers pour qu'ils appliquent les prix publics en leur faisant valoir que des prix inférieurs aux montants communiqués encourraient la qualification de prix de revente à perte.

Néanmoins, la société Noblet, soutenue par la société Carrefour, défendait que ses conditions générales de ventes (CGV) et son système de ristourne n'avaient pas pour objet ou pour effet la fixation d'un seuil artificiel de revente à perte dans la mesure où, d'une part, les ristournes différées ont eu un caractère conditionnel dépendant des critères définis dans ses CGV, et où même lors de périodes de rupture de stock ou de baisse de la demande et où, d'autre part, aucun élément de l'enquête ne permettait de démontrer qu'elle aurait garanti *a priori* à ses distributeurs un taux de ristourne déterminé, quel que soit le chiffre d'affaires réalisé.

Sur ce point, le Conseil de la concurrence a toutefois relevé que divers documents établissaient que, pour la rentrée des classes 1994, les grossistes, ainsi que d'importants revendeurs détaillants, ont obtenu la ristourne différée à son taux maximum de 8 %, alors qu'ils n'avaient pas atteint les objectifs fixés par les CGV qui y donnaient droit et ce, bien avant la période de rentrée des classes, de sorte que ces ristournes étaient garanties *a priori*, et que pour la rentrée 1995, la société Noblet avait décidé d'accorder à tous ses clients la ristourne maximum de 8 %.

Le Conseil en a déduit que les ristournes consenties par la société Noblet à ses distributeurs, et plus précisément au groupe Carrefour, à la centrale Continent Promodès, au groupe Leclerc, à la société Plein Ciel et à la société Majuscule, n'avaient pas, à tout le moins pour les années 1994 et 1995, de caractère conditionnel. En revanche, leur présentation sous forme conditionnelle permettait d'empêcher les distributeurs de les répercuter sur leurs prix de revente aux consommateurs et conférait, ainsi, aux prix nets facturés par la société Noblet la qualité d'un prix artificiellement élevé.

S'agissant des pratiques mises en œuvre par la société Texas Instruments France

Le Conseil de la concurrence a constaté, à la lumière des déclarations du directeur commercial de Texas Instruments France et des divers documents saisis dans cette entreprise, que, cette dernière, partant du constat selon lequel les hypermarchés vendaient ses produits à prix coûtants, a, à partir de 1994 au moins, déterminé pour les hypermarchés, des prix de cession élevés. L'intégralité des marges a été consentie sous forme de ristournes arrières auxquelles elle conférait, en principe, un caractère conditionnel de sorte qu'elles ne pouvaient être prises en compte par le distributeur dans le calcul de son prix de vente public.

Le Conseil de la concurrence a relevé également que Texas Instruments France était intervenu à plusieurs reprises pour rappeler à l'ordre les distributeurs qui vendaient en dessous du prix de facturation, en faisant valoir qu'ils seraient en infraction avec les règles relatives à la revente à perte. Il a noté, de

plus, que les ristournes accordées étaient en fait des « *remises inconditionnelles* », correspondant selon le directeur commercial de cette société à « *un engagement pris au départ par l'acheteur central* » et « *pouvait être considéré comme acquis* ». Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a considéré que l'analyse des prix et des ristournes consenties aux différentes catégories de distributeurs permettait de constater le caractère artificiellement élevé des prix tarifs sur facture consentis à la grande distribution.

- **Sur l'élaboration et la diffusion de prix publics minimaux**

S'agissant des pratiques mises en œuvre par la société Noblet

La société Noblet a contesté avoir mis en place une stratégie commerciale visant à déterminer et à diffuser des prix publics de vente *minima*. Elle a exposé qu'elle s'est vue contrainte d'adapter sa stratégie commerciale à la pratique de prix coûtants (+TVA) initiée par la grande distribution et cité à cet égard les déclarations de plusieurs représentants de la grande distribution recueillies par les enquêteurs en 1995 et 1996.

Cependant, selon le Conseil de la concurrence, il ressort de nombreuses pièces du dossier (note manuscrite du secrétaire général de la société Noblet, lettre de la société Noblet adressée à tous ses distributeurs, divers documents de la société Noblet mentionnant des « *prix publics minima* ») que, contrairement à ce qu'ont déclaré les responsables de la société Noblet au cours de l'enquête administrative, celle-ci a mis en place, depuis 1992 au moins, une stratégie visant à déterminer et à diffuser les prix publics *minima* qu'elle entendait voir pratiquer par ses distributeurs en contrepartie de l'octroi de ristournes arrières.

S'agissant des pratiques mises en œuvre par la société Texas Instruments France

Le Conseil de la concurrence a constaté à partir de plusieurs pièces du dossier (déclarations de certains responsables de la société Texas Instruments France, propositions de tarifs...) que la société Texas Instruments France a élaboré et diffusé auprès de l'ensemble des distributeurs des prix de vente publics pour les modèles de sa gamme scolaire, lors de chaque modification de ses tarifs ou lancement de nouvelles références, désignés par les termes « *prix généralement constatés* » ou « *préconisation de stock* ». Les documents tarifaires saisis démontrent, enfin, que ces prix publics étaient déterminés à un niveau correspondant, dans tous les cas, au prix coûtant (+TVA) de la grande distribution.

- **Sur le respect des prix publics élaborés et fixés par la société Noblet et Texas Instruments France**

S'agissant des distributeurs de la société Noblet

La société Noblet considérait qu'il n'était pas démontré que les distributeurs auraient adhéré à la politique de prix minimum de revente qui lui est reprochée. Elle a indiqué à cet égard que le prix public TTC mentionné sur les bons de commande correspond au prix TTC des produits achetés et que les distributeurs ont toujours conservé une complète maîtrise de leur politique

tarifaire de sorte que les alignements de prix constatés sur le marché résultaient de la politique commerciale des acteurs de la grande distribution et donc du jeu normal du marché.

Néanmoins, le Conseil de la concurrence a également considéré que de nombreuses pièces du dossier saisies auprès des sociétés Plein Ciel Diffusion, Majuscule et Sodalfa démontraient au contraire que les distributeurs respectaient les prix publics élaborés et fixés par la société Noblet, notamment en ce qu'elles mettaient en évidence l'intervention de la société Noblet auprès des grossistes afin de faire respecter les prix conseillés. Ainsi, il a pu être démontré que la société Plein Ciel Diffusion est intervenue en 1993 auprès de la société Noblet pour faire remonter les prix de la FX 92 pratiqués par les magasins Maxicoop. De même, la société Noblet est intervenue, en septembre 1994, à la demande du groupement Majuscule, auprès du grossiste Sodalfa, afin qu'il cesse de proposer à ses clients des calculatrices Casio aux prix promotionnels Noblet assortis d'une remise de 10 %, intervention également suivie d'effet. Enfin, divers documents échangés entre la société Sodalfa et Noblet démontrent que ce grossiste fixait ses prix en accord avec la société Noblet.

De plus, le Conseil de la concurrence a relevé, sur plusieurs documents, que la société Noblet avait mis en œuvre une véritable politique de surveillance des prix pratiqués par ses distributeurs en leur faisant valoir les règles sur la revente à perte.

S'agissant des distributeurs de la société Texas Instruments France

La société Carrefour exposait qu'une seule déclaration de l'un de ses salariés ne saurait à elle seule établir la preuve du caractère artificiellement conditionnel des ristournes et qu'en tout état de cause, elle avait adopté le même comportement que d'autres distributeurs non visés par les poursuites. À cet égard, le Conseil a toutefois relevé que les représentants de la société Carrefour reconnaissaient eux-mêmes que les ristournes de déréférencement n'avaient pas de caractère conditionnel et qu'elles pouvaient donc être répercutées sur les prix de vente, que les factures mentionnaient des « *remises inconditionnelles* », et que diverses télécopies adressées à la société Carrefour par Texas Instruments France démontraient l'intervention de cette société pour rectifier ses prix de vente dans différents magasins afin de les augmenter au niveau des prix publics. Le Conseil de la concurrence en a conclu que la société Carrefour, bien que connaissant le caractère artificiellement conditionnel des ristournes octroyées par la société Texas Instruments France, ne les a pas répercutées dans ses prix de revente, qu'elle a eu communication, de la part de la société Texas Instruments France, en 1994, des prix de vente *minima* auxquels elle devait vendre ses produits et en 1995, du prix minimal auquel elle devait vendre la calculatrice TI 81 et qu'elle a appliqué les tarifs en cause. Par ce comportement, la société Carrefour a adhéré, au moins pour les années 1994 et 1995, à la pratique mise en œuvre par la société Texas Instruments France.

La société Casino Rallye faisait valoir que le télex adressé à la centrale Casino-Rallye le 24 juin 1993, saisi dans les locaux de la société Texas Instruments, et sur lequel figuraient, d'une part, dactylographiées, les conditions

commerciales pour 1993 et d'autre part, à l'encre rouge des annotations de la main de M. ... de la société Texas Instruments, relatives à une rémunération de 2 % en contrepartie du respect des prix publics lors de la rentrée scolaire de 1993, ne saurait constituer une preuve de son adhésion au système mis en place par cette société, car les annotations inscrites à la main sur ce télex, n'ont pas pu être envoyées aux acheteurs de Casino par ce même télex. En l'absence d'autres éléments, le Conseil de la concurrence a donc abandonné le grief notifié.

La société Sapac Magasins Populaires soutenait qu'il n'y avait aucune preuve de concertation sur la fixation des prix de revente entre elle et la société Texas Instruments France, car les factures saisies à l'appui de cet argument font apparaître une simple erreur commise par elle qui aurait, à tort, tenu compte d'une ristourne de coopération commerciale pour calculer son prix de vente et qu'aucun autre élément du dossier ne permet de confirmer une adhésion de la part des magasins Sapac aux pratiques mises en œuvre par Texas Instruments France. À cet égard, le Conseil de la concurrence a considéré qu'il n'était pas exclu qu'une telle erreur ait pu être commise, de sorte que le grief a été abandonné.

S'agissant de la société Plein Ciel Diffusion, le Conseil de la concurrence a relevé divers documents démontrant que cette société savait, dès le mois de mai 1995, que les prix publics TTC qu'elle communiquait à ses clients seraient ceux pratiqués par l'ensemble des distributeurs pendant la période de rentrée des classes, qu'elle aurait pu pratiquer des prix bien inférieurs, car elle bénéficiait de tarifs promotionnels inférieurs de 20 % à ceux de la grande distribution et qu'elle communiquait à Texas Instruments France ses prix planchers pour lui permettre de contrôler les prix pratiqués. Par conséquent, le Conseil de la concurrence a considéré que la société Plein Ciel Diffusion a adhéré à la pratique mise en œuvre par Texas Instruments France.

S'agissant du groupement des grossistes distributeurs associés (DA), le Conseil s'est fondé sur une télécopie adressée par le responsable des ventes de la société Texas Instruments France au groupe DA l'informant d'une opération promotionnelle dans le cadre de laquelle la calculatrice TI 40 Galaxy devait être vendue 99 F et sur une lettre type adressée par tous les membres du groupements à leurs clients, pour « *rectifier le prix de vente (...) et de le porter à 99,50 F TTC* » et au directeur commercial de Texas Instruments France, pour considérer que le groupe DA avait adhéré aux pratiques mises en œuvre par cette société.

- **Sur les effets des pratiques relevées**

S'agissant des pratiques mises en œuvre par Noblet et ses distributeurs

Le Conseil de la concurrence a constaté que les relevés de prix effectués par les agents de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ainsi que les prospectus publicitaires édités à l'occasion de la rentrée scolaire par les enseignes de grande distribution et quelques magasins spécialisés, ne comportaient aucune exception quant au principe de la revente des calculatrices scolaires Casio au niveau des prix publics TTC établis par la société Noblet, si ce n'est quelques prix parfois

supérieurs, de sorte qu'il était démontré que les distributeurs des calculatrices Casio respectaient les prix conseillés fixés par la société Noblet.

Le Conseil de la concurrence en a donc conclu que la société Noblet a mis en place un dispositif ayant pour objet et pour effet d'obtenir des distributeurs de calculatrices Casio qu'ils pratiquent tous, sur l'ensemble du territoire national, les mêmes prix de vente préalablement déterminés par elle, à un niveau ne résultant pas du jeu de la concurrence et que les sociétés Carrefour, Plein Ciel Diffusion, Sodalfa et Majuscule ont adhéré et mis en œuvre cette pratique d'entente : pour les années 1994 et 1995 en ce qui concerne la société Carrefour, les années 1993, 1995 et 1996 en ce qui concerne la société Plein Ciel, pour les années 1993 et 1995 pour la société Majuscule et pour l'année 1993 pour la société Sodalfa. Cette pratique, ayant eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence entre les différents distributeurs de calculatrices Casio, est prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

S'agissant des pratiques mises en œuvre par la société Texas Instruments France et ses distributeurs

Outre les éléments relevés à l'égard de chaque distributeur, le Conseil de la concurrence a constaté que plusieurs prospectus versés au dossier, édités à l'occasion de la rentrée des classes 1995 par de nombreux distributeurs, démontrent une application de façon quasi-générale, par tous les distributeurs, des prix publics élaborés par Texas Instruments France, à l'exception du groupe Plein Ciel Diffusion qui a répercuté sur ses prix de vente l'augmentation de la TVA de 18,6 à 20,6 %. Par ailleurs, les relevés de prix effectués par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, fin 1995, montrent une homogénéité très forte des prix pratiqués dans la grande distribution, les grands magasins et les magasins spécialisés (Plein Ciel, Fnac, Gibert...). Cette identité générale des prix se retrouve également sur les prospectus édités à l'occasion de la rentrée 1996.

S'agissant d'une étude économique produite par Texas Instruments France, faisant état d'une absence d'alignement des prix entre les différents circuits de distribution, le Conseil de la concurrence note qu'elle ne comporte pas de données relatives aux périodes de rentrée des classes 1992, 1993 et 1996, alors que les opérateurs du secteur réalisent plus de 80 % de leur chiffre d'affaires en période de rentrée des classes, et ne précise pas si les prix relevés sont les prix moyens simples ou pondérés par les quantités vendues de sorte qu'il n'est pas possible de les comparer aux relevés de prix effectués par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Le Conseil de la concurrence en a conclu que la société Texas Instruments France avait, à partir de 1993, mis en place un dispositif consistant, en premier lieu, à maîtriser les prix de revente des distributeurs ayant traditionnellement une politique de prix agressive (c'est-à-dire les hypermarchés) et représentant plus de 50 % de ses ventes. En deuxième lieu, ce dispositif a consisté à obtenir des distributeurs, autres que les hypermarchés, qu'ils adhèrent à cette politique de prix minimal de revente, alors même que les tarifs sur facture que leur consentait la société Texas Instruments France les

autorisaient à pratiquer des prix inférieurs, en leur garantissant que la grande distribution alimentaire ne commercialiserait pas les produits, en dessous des prix publics de vente. En troisième lieu, ce dispositif a organisé une surveillance du respect des prix *minima* par des interventions auprès des distributeurs. Le Conseil de la concurrence a précisé enfin qu'il était, par ailleurs, établi que les sociétés Carrefour, en 1994 et 1995, Plein Ciel, en 1995 et 1996 et Distributeurs Associés, en 1993, ont participé à la mise en œuvre de cette pratique, qui a eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence et qui est donc prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Sur la pratique de concertation horizontale entre les sociétés Texas Instruments France et Noblet

En l'espèce, il ressort d'une note du 19 février 1996 adressée au président du conseil d'administration de la société Noblet, que le directeur commercial de la société Texas Instruments France lui avait communiqué par téléphone le prix de la calculatrice TI 30, la baisse probable de la calculatrice TI 80, ainsi que le prix de quatre autres calculatrices et l'avait informé de ce que la nouvelle version de la TI 30 ne serait pas mise en vente avant la fin de l'année 1996. Le directeur marketing de la société Noblet précisait sur cette note qu'« *il regrette cette nouvelle mise en cause et que, de notre côté, nous aviserions sur une décision éventuelle de changement* ».

La société Noblet soutenait que cette note ne saurait constituer une preuve d'entente anticoncurrentielle, dans la mesure où les informations transmises par le directeur commercial de la société Texas Instrument concernaient des décisions déjà prises par sa société.

Toutefois, le Conseil de la concurrence a considéré que cette note démontrait de manière irréfutable des échanges d'informations sur les prix de vente de six calculatrices et sur certains projets commerciaux des sociétés Texas Instruments France et Noblet. De plus, le Conseil de la concurrence a estimé, au vu des regrets émis par le directeur marketing de la société Noblet, que les échanges, dont témoignent la note, n'étaient pas isolés mais s'inscrivaient dans le cadre d'un accord entre les deux sociétés qui se trouvait ainsi remis en cause. Enfin, le Conseil de la concurrence a constaté que l'échange d'informations reproché aux entreprises précédait la publication de leurs tarifs respectifs, de sorte que ces entreprises ne fixaient leurs prix qu'après s'être concertées précédemment sur les tarifs appliqués et les projets commerciaux à venir.

Le Conseil de la concurrence a, d'ailleurs, noté une progression de 16,3 % du prix des calculatrices scientifiques simples entre 1992 et 1995 alors que, dans le même temps, la progression sur les modèles scientifiques programmables était beaucoup plus faible, le prix moyen des modèles scientifiques graphiques ayant baissé dans une proportion de 9,5 % et celui des autres calculatrices hors scolaires ayant diminué de 26,1 %. Par conséquent, le Conseil de la concurrence a estimé que les pratiques d'ententes verticales visant les prix de vente des calculatrices à usage scolaire, caractérisées précédemment, de même que les échanges d'information établis entre les sociétés Texas Instruments France et Noblet ont eu pour effet, non seulement de fausser le jeu de la

concurrence sur le marché, mais aussi de permettre une augmentation des prix des calculatrices scientifiques simples.

Enfin, le Conseil de la concurrence a considéré que les actions de communication, de formation et d'octroi de conditions commerciales spécifiques aux enseignants, d'un coût non négligeable, permettaient une fidélisation des enseignants jouant un rôle de prescripteur, compte tenu des programmes scolaires. Ces actions aboutissaient à ce que les calculatrices Casio et Texas Instruments soient vendues dans le secteur scolaire de façon quasi-exclusive au détriment des sociétés Hewlett-Packard et Sharp, également présentes sur le marché, ceci en dépit de la qualité de leurs produits et du caractère compétitif de leurs prix. En effet, il résulte des déclarations des distributeurs que les enseignants ne préconisent à leurs élèves qu'une ou deux marques ou un ou deux types de calculatrices, de sorte que l'effort que doit fournir un nouvel entrant sur ce marché est bien plus important que les coûts actuellement engagés par les sociétés Noblet et Texas Instruments France. Le Conseil de la concurrence en a donc conclu que ces pratiques, qui ont eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence et qui émanent de deux sociétés détenant ensemble plus de 89 % de parts de marché, sont prohibées par l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Dispositif de sanctions

Il convient de préciser qu'en vertu d'une jurisprudence du Conseil de la concurrence relative à l'imputabilité des pratiques, les pratiques mises en œuvre par la centrale d'achats Casino-Rallye, exploitée par la SNC Casino-France ont fait l'objet de griefs notifiés à la société Casino-Guichard Perrachon qui avait absorbé par fusion la SNC Casino-France et qui est mise hors de cause. Par ailleurs, la société Sodalfa ayant fait l'objet, en 1993, d'une opération de dissolution-confusion, qui a entraîné l'apport de son fonds de commerce à la société Plein Ciel Diffusion, cette dernière doit donc répondre des pratiques mises en œuvre par la société Sodalfa.

S'agissant de la gravité des faits, le Conseil de la concurrence a rappelé que les ententes et actions concertées, ayant pour objet et pour effet d'empêcher le jeu de la concurrence en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et en favorisant artificiellement leur hausse, font partie des pratiques gravement préjudiciables au bon fonctionnement du marché, et donc aux avantages que peuvent en attendre les consommateurs. En l'espèce, il a estimé que ces pratiques étaient aggravées dans la mesure où elles étaient le fait de deux opérateurs détenant 89 % en volume du marché des calculatrices à usage scolaire.

S'agissant du dommage à l'économie, le Conseil de la concurrence a estimé que les pratiques en cause ont eu pour effet de neutraliser toute concurrence sur le marché en cause, dans la mesure où il s'agissait d'un marché de préconisation, caractérisé par une offre duopolistique qui a largement fidélisé les prescripteurs, c'est-à-dire le corps enseignant, et par une demande atomisée, vulnérable et captive, constituée principalement par les élèves des collèges et des lycées, se trouvant dans l'obligation d'acquérir des calculatrices, qui s'est systématiquement orientée vers les calculatrices Casio ou Texas Instruments.

Enfin, le Conseil de la concurrence a précisé que les pratiques en cause étaient particulièrement graves et dommageables, quand elles étaient le fait de la grande distribution, les distributeurs en cause se présentant comme des enseignes ayant une politique de prix agressive, pratiquant notamment la vente à prix coûtant sur un certain nombre de produits lors de la rentrée des classes.

Le Conseil de la concurrence a donc infligé les sanctions pécuniaires suivantes aux entreprises ayant mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles et n'ayant pas demandé l'application de l'article L. 464-2-II du Code de commerce : 474 800 euros à la société Noblet (1 % de son chiffre d'affaires au 31 décembre 2002), 2 108 000 euros à la société Carrefour France (0,5 % de son chiffre d'affaires au 31 décembre 2002), 218 000 euros à la société Majuscule (0,25 % de son chiffre d'affaires au 31 décembre 2002).

Au surplus, le Conseil de la concurrence a condamné les sociétés Texas Instruments France, Noblet, Carrefour France, Majuscule et DA à faire publier, la partie II de la décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires prononcées à leur encontre, dans une édition de la revue *Que Choisir* et dans le quotidien *Le Monde*.

Sur la procédure de transaction prévue par l'article L. 464-2-II du Code de commerce

Les sociétés Texas Instruments France et Distributeurs associés ont demandé l'application de l'article L. 464-2-II du Code de commerce, au terme duquel « *lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au Conseil de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié* ».

• Sur la nature des engagements souscrits

La société Texas Instruments France a pris plusieurs engagements consistant notamment :

– « *à ne procéder à aucune concertation avec ses concurrents dans le secteur des calculatrices à usage scolaire susceptible de constituer une infraction des dispositions de l'article L. 420-1 du* Code de commerce*, notamment par échange d'informations stratégiques relatives à leurs politiques de prix de vente publics (...)* ;
– « *à ne pas mettre en place un dispositif ayant pour objet ou pour effet d'obtenir des distributeurs qu'ils pratiquent tous les mêmes prix de vente et à ne diffuser aucun tarif public de vente présenté comme obligatoire pour les distributeurs, dans des conditions contraires aux dispositions de l'article L. 420-1 du* Code de commerce *: à cet effet, la société Texas Instruments France s'engage à modifier la structure de ses tarifs et de ses conditions générales de vente (....).* »

De la même manière, la société Distributeurs Associés (DA) s'est engagée « *en qualité de centrale de référencement, à analyser de son mieux les propositions qui peuvent lui être faites par tous fournisseurs candidats à être référencés en ce compris leurs conditions générales de vente, et à s'abstenir d'entrer en matière au cas où Distributeurs Associés constaterait ou aurait raisonnablement connaissance de conditions exigées par lesdits fournisseurs et dont l'objet ou l'effet serait de ne pas garantir la liberté de la détermination de ses prix de gestion par l'adhérent de la centrale. Ce qui précède s'appliquant notamment aux cas visibles d'avantages indirects faisant l'objet d'une facturation séparée sans correspondre à la rémunération de services effectifs rendus aux dits fournisseurs par ses adhérents distributeurs. Il est entendu que Distributeurs Associés aura la faculté d'offrir à ses adhérents des conditions commerciales proposées par les fournisseurs (ristourne, barème d'écarts, etc.) dans la mesure où ces pratiques proposées sont conformes à l'ordre communautaire et national* ».

- **Sur la réduction des sanctions encourues**

Le Conseil a considéré que l'article L. 464-2 II du Code de commerce qui prévoit que lorsqu'il est mis en œuvre, « *le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié* », a pour objet de garantir aux entreprises intéressées, que si le Conseil accepte les engagements qu'elles ont pris, le plafond légal applicable aux sanctions qu'il édicte, est divisé par deux par rapport au régime de droit commun. Toutefois, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que, dans la limite de ce nouveau plafond, le Conseil apprécie le montant de la sanction qui aurait été encourue par chaque entreprise et y applique le taux de réfaction qu'il retient compte tenu des propositions faites par le rapporteur général.

En l'espèce, le rapporteur général avait proposé que la sanction encourue soit diminuée de moitié, mais le Conseil de la concurrence a estimé que la gravité des pratiques, leur étendue et leur durée, justifiaient qu'un taux de réfaction moindre soit appliqué.

Par conséquent, après avoir constaté que le chiffre d'affaires de la société Texas Instruments France réalisé en France au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2002 s'élevait à 133 129 391 euros et que le plafond légal de 5 % normalement applicable est de 6 656 470 euros, le Conseil a ramené ce plafond à 3 328 235 euros par suite de l'application de l'article L. 464-2-II du Code de commerce, et estimé, en fonction des éléments généraux et individuels appréciés ci-dessus, que le montant de la sanction pécuniaire infligée à cette société aurait dû être fixé par le Conseil à 1 331 294 euros (1 % de son chiffre d'affaires au 31 décembre 2002). Toutefois, par application des dispositions de l'article L. 464-2-II du Code de commerce, ce montant a été ramené à 1 065 000 euros (0,8 % de son chiffre d'affaires au 31 décembre 2002).

De la même manière, après avoir constaté que le chiffre d'affaires de la société Distributeurs Associés réalisé en France au cours de l'exercice clos le 31 décembre 2001, s'élevait à 2 159 599 euros et que le plafond légal de 5 % normalement applicable était de 107 980 euros, le Conseil a ramené ce plafond à 53 990 euros par suite de l'application de L. 464-2-II du Code de commerce et estimé en fonction des éléments généraux et individuels appréciés

ci-dessus, que le montant de la sanction pécuniaire infligée à cette société aurait dû être fixé par le Conseil à 5 398 euros (0,25 % de son chiffre d'affaires au 31 décembre 2002). Par application des dispositions de l'article L. 464-2-II du Code de commerce, ce montant a été ramené à 4 300 euros (0,2 % de son chiffre d'affaires au 31 décembre 2002).

Cette décision fait actuellement l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris.

Abus de position dominante

Décision 03-D-09 du 14 février 2003 relative à la saisine de la société Tuxedo relative à des pratiques constatées sur le marché de la diffusion de la presse sur le domaine public aéroportuaire

Dans sa décision 03-D-09 du 14 février 2003, le Conseil de la concurrence a sanctionné la société NMPP (Nouvelles messageries de la presse parisienne) pour avoir abusé, sur le marché connexe de l'attribution des concessions de diffusion de presse, de la position dominante qu'elle détient sur le marché de la distribution de la presse. La société a, en effet, mis en œuvre des pratiques discriminatoires, en élaborant un barème de rémunération des distributeurs de presse ayant le statut de concessionnaire du domaine public, fondé sur des critères non justifiés, qui a favorisé la société Relais H, filiale de son actionnaire à 49 %, au détriment de ses concurrentes. Elle a d'autre part, mis en place, au sein du réseau de distribution spécifique aux Relais H, un dispositif particulier d'approvisionnement des aéroports parisiens, dont le surcoût est supporté par les NMPP, procurant ainsi un avantage concurrentiel à Relais H dans le renouvellement des concessions d'aéroports.

Détermination des marchés pertinents et de la position dominante des NMPP

Le Conseil de la concurrence a d'abord confirmé sa décision 87-D-08 du 28 avril 1987, dans laquelle il avait considéré qu'il existe un marché de la diffusion de la presse sur lequel l'entreprise NMPP détient une position dominante, dans la mesure où cette entreprise dispose encore aujourd'hui de 80 % du marché de la vente au numéro et d'un contrôle direct et indirect sur l'ensemble des échelons constituant le réseau commercial de distribution de la presse.

Le Conseil a ensuite rappelé, qu'en vertu de la jurisprudence tant communautaire que française, une entreprise disposant d'une position dominante est en droit de défendre ou de développer sa part de marché lorsqu'elle est confrontée à l'arrivée d'un concurrent, mais doit le faire dans la limite d'un comportement loyal et légitime (arrêts de la CJCE, United Bradsz c/ Commission, point 189, Tetra Pak c/ Commission, point 147, Compagnie Maritime Belge des Transports c/ Commission, point 107 et arrêts de la cour d'appel de Paris du 19/05/1993 et de la Cour de cassation du 14/05/1995).

Le Conseil a enfin défini un marché connexe du marché de la distribution de la presse : le marché des concessions du domaine public pour la presse. L'installation et la gestion des points de diffusion de la presse sur le domaine public obéissent à des règles particulières : le gestionnaire du domaine public fixe les conditions d'installation des concessionnaires et les modalités de rémunération de l'occupation ainsi concédée. Le concessionnaire a un droit d'occupation précaire et doit soumissionner périodiquement aux consultations organisées par le gestionnaire du domaine public pour pouvoir exercer son activité. De plus, cette activité est soumise à des obligations de service public, notamment en matière d'horaires d'ouverture et de continuité d'exploitation. Il existe ainsi un marché spécifique des concessions du domaine public pour la diffusion de la presse. Sur ce marché, les offreurs sont les gestionnaires du domaine public, notamment pour les domaines ferroviaires, aéroportuaires ou hospitaliers, et les demandeurs sont des entreprises de diffusion de presse, candidates à la gestion de ce type de point de vente.

En l'espèce, les offreurs sont les aéroports parisiens qui relèvent de Aéroports de Paris (aérogares d'Orly et de Roissy-Charles-de-Gaulle) et les demandeurs sont la société Relais H, filiale de la société Hachette distribution, propriétaire de 49 % du capital de la société NMPP, et la société Tuxedo qui exerce des activités de tabacs, librairies, jouets, papeterie, photos, son, électronique et presse.

Pratiques sanctionnées

• La mise en place d'un barème de rémunération des diffuseurs de presse ayant le statut de concessionnaires du domaine public

Les NMPP ont mis en place un barème général fixant des taux de remises accordés aux diffuseurs de presse ayant le statut de concessionnaire du domaine public. Ces taux de remises sont calculés en fonction de seize tranches de chiffre d'affaires, exprimées en francs, et de sept tranches de nombre de points de ventes installés sur des concessions du domaine public français, soit au total 16 fois 7 = 112 cas possibles de remise, allant de 15,5 % pour la plus basse à 32,5 %, écrêtée à 30 % pour la plus haute, soit une rémunération de l'ordre du double pour la tranche la plus favorable par rapport à la moins favorable.

Après avoir rappelé que le marché de la diffusion de la presse est un marché réglementé, sur lequel le prix de vente du produit « *presse* » est fixé par l'éditeur qui en demeure propriétaire jusqu'à son achat par l'éditeur et sur lequel les agents de la vente sont rémunérés sur la base d'un système qui vise à garantir l'impartialité de la mise en vente de la presse, en assurant, par l'application de taux uniformes de commission fixés par décret, la neutralité des vendeurs, le Conseil a estimé que la mise en place, par une entreprise en situation dominante, d'un barème général fixant des tarifs et remises est licite, dès lors que ce barème s'appuie sur des caractéristiques transparentes, objectives et non discriminatoires.

Or, si les critères choisis par les NMPP, tenant, d'une part, au nombre de points de vente situés sur des concessions du domaine public en France, d'autre

part, au chiffre d'affaires réalisé dans ces points de vente sur l'année, sont transparents et objectifs, le Conseil a, en revanche, considéré qu'ils sont discriminatoires dans la mesure où les seuils de ces tranches sont très élevés. En effet, il a constaté qu'il est nécessaire de dépasser le nombre de 50 points de vente pour atteindre la seconde tranche de remise liée au critère du nombre, et 100 millions de francs de chiffre d'affaires pour atteindre la seconde tranche de remise complémentaire liée au critère du chiffre d'affaires. Dès lors, étant donné la structure du marché, seul Relais H est en mesure de parvenir à ce résultat, grâce à sa situation de monopole sur les concessions de la SNCF et de la RATP. En revanche, Tuxedo, comme tout autre concurrent, ne saurait atteindre cette deuxième tranche de remise tant que la totalité des concessions RATP et SNCF en France sera attribuée à Relais H. Il en résulte que les concurrents de Relais H, notamment Tuxedo, ne peuvent espérer qu'une remise inférieure de moitié environ à celle attribuée à Relais H.

Or, en vertu d'une jurisprudence constante, la fixation par une entreprise en position dominante du prix de ses produits et de ses services peut révéler une exploitation abusive de sa domination, notamment en cas de fixation de rabais. Ainsi, la CJCE, dans un arrêt en date du 29 mars 2001 C-163/99 (République portugaise c/ Commission), a considéré que la détermination des seuils des barèmes d'écarts peut être condamnable. La Cour énonce : « *Lorsque les seuils de déclenchement des différentes tranches de rabais, liés aux taux pratiqués, conduisent à réserver le bénéfice de rabais ou de rabais supplémentaires, à certains partenaires commerciaux tout en leur donnant un avantage économique non justifié par le volume d'activité qu'ils apportent et par les éventuelles économies d'échelle qu'ils permettent au fournisseur de réaliser par rapport à leurs concurrents, un système de rabais de quantité entraîne l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes* », et elle précise que « *peuvent constituer, à défaut de justifications objectives, des indices d'un tel traitement discriminatoire, un seuil de déclenchement du système élevé, ne pouvant concerner que quelques partenaires particulièrement importants de l'entreprise en position dominante, ou l'absence de linéarité de l'augmentation des taux de rabais avec les quantités* ».

Le Conseil a considéré que tel était le cas en l'espèce, puisque le barème mis en place par les NMPP, comporte, sans que les NMPP ne le justifient, des tranches de remise dont les seuils sont calculés de telle sorte que les concurrents existants et, *a fortiori*, tout entrant potentiel, ne peuvent espérer qu'une rémunération inférieure de moitié environ à celle attribuée à Relais H, appartenant au même groupe NMPP.

Le Conseil de la concurrence en a conclu que cette pratique constitue une pratique prohibée par l'article L. 420-2 du Code de commerce.

- **Les conditions d'approvisionnement des Relais H**

Les Relais H sont approvisionnés par les « *Plates-formes Relais H* » (ci-après « *PRH* »). Les modalités de fonctionnement des « *PRH* » chargées de livrer les publications aux Relais H présentent des spécificités : l'approvisionnement des « *PRH* » se fait sur la base de contrats spécifiques passés entre les NMPP et les « *PRH* », dont les charges sont assumées par les NMPP. En outre, les contrats passés avec les « *PRH* » chargées d'approvisionner les

Relais H situés sur les aéroports de Roissy et d'Orly, à savoir Roissy diffusion presse et Orly diffusion presse, diffèrent des contrats passés avec les autres « *PRH* » pour approvisionner les autres Relais H : les contrats passés avec ces deux « *PRH* » comportent des prestations à effectuer plus importantes que celles contenues dans les autres contrats, prestations dont les coûts sont supportés par les NMPP. En outre, les conditions financières s'appliquant à l'ensemble des contrats « *PRH* » présentent, également, une exception pour les deux « *PRH* » desservant les aéroports de Roissy et d'Orly, dans la mesure où les sociétés « *Roissy diffusion presse* » et « *Orly diffusion presse* » sont des structures *ad hoc*, exclusivement destinées aux prestations « *PRH* » des points de vente de ces deux aéroports, à la charge exclusive de la société NMPP, actionnaire de ces sociétés. Les NMPP sont l'unique client de ces deux « *PRH* » ; elles leur assurent la totalité de leurs ressources. Enfin, le transport des publications vers les deux « *PRH* » est assuré par des transporteurs affrétés par les NMPP et payés par elles.

La société Tuxedo ne peut, quant à elle, bénéficier d'un système d'approvisionnement équivalent à celui des « *PRH* ». En tant que dépositaire, elle doit supporter les charges de fonctionnement du dépôt et assurer, de plus, les livraisons auprès de ses points de vente, alors que ces charges sont assurées par les Nouvelles messageries de la presse parisienne, pour les « *Relais H* ».

Les NMPP font valoir que ces conditions d'approvisionnement font partie du plan général de rationalisation de la « *fonction dépositaire* » et répondent « *à des impératifs techniques et [que] leur coût d'approvisionnement est inférieur à celui des dépositaires* ». Toutefois, le Conseil a considéré que si la rationalisation de la « *fonction dépositaire* » n'est pas, par elle-même, critiquable, sa mise en œuvre n'a bénéficié qu'aux Relais H, spécialement à ceux opérant sur les aéroports parisiens, favorisant ainsi la société Relais H, filiale de l'actionnaire de référence des NMPP, au détriment de la société Tuxedo, et de toute société souhaitant vendre la presse sur des concessions du domaine public.

Sur les sanctions

Le Conseil de la concurrence a tenu compte des contraintes imposées par la réglementation dans le secteur de la diffusion de presse sur le domaine public aéroportuaire et de la position très largement dominante des NMPP sur le marché de la presse vendue au numéro, pour considérer que son comportement anticoncurrentiel « *porte une atteinte grave au fonctionnement du marché* ». Par ailleurs, le Conseil a pris en considération le fait que les NMPP avaient déjà fait l'objet d'une injonction de la part du Conseil de la concurrence, non assortie de sanction, pour apprécier la gravité des pratiques (décision 87-D-07 relative à des pratiques mises en œuvre par les NMPP et sa filiale la Société d'agences et de diffusion).

Toutefois, le Conseil de la concurrence a relevé diverses circonstances atténuantes, telles que le fait que la distribution des quotidiens est assurée par les seules NMPP qui, de surcroît, connaissent une situation déficitaire, tandis que la presse quotidienne nationale fait face à une crise importante.

Par conséquent, après avoir rappelé que les pratiques discriminatoires relevées trouvent leur origine principale dans le format particulier du barème

général de rémunération adopté par les NMPP pour rétribuer les diffuseurs concessionnaires, le Conseil de la concurrence a infligé une sanction pécuniaire de 600 000 euros à la société NMPP dont le chiffre d'affaires en 2001 s'élevait à 363,5 millions d'euros et lui a enjoint de supprimer dans un délai d'un mois, à compter de la notification de la décision, les éléments discriminatoires de son barème général de rémunération des diffuseurs concessionnaires. Enfin, dans la mesure où les pratiques discriminatoires retenues sont de nature à éliminer du marché les concurrents de Relais H dans les points de vente situés sur le domaine public et où ces derniers sont concédés à l'occasion de procédures de mise en concurrence, le Conseil de la concurrence a enjoint la publication de la décision aux frais des NMPP dans un quotidien d'information générale.

Décision 03-D-43 du 12 septembre 2003 relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999

La saisine initiale du Conseil

Le Conseil de la concurrence a été saisi en 1992 par la société Filetech, qui avait pour activité principale la constitution de fichiers de prospection destinés à la réalisation d'opérations de marketing direct, sur la base des données de l'annuaire des abonnés au téléphone, détenues et gérées par France Télécom.

Cette société faisait valoir que l'opérateur historique abusait de sa position dominante, sur le marché de la commercialisation des listes d'abonnés au téléphone, 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 à des services plus onéreux pour obtenir la liste des abonnés ne souhaitant pas que leurs coordonnées soient commercialisées (liste Orange). La société Filetech sollicitait dès lors du Conseil qu'il soit enjoint à France Télécom de vendre ses listes d'abonnés à un prix raisonnable, c'est-à-dire orienté vers les coûts.

Par une décision 98-D-60 du 29 septembre 1998 (affaire Filetech), le Conseil a prononcé des injonctions à l'encontre de France Télécom pour abus de position dominante et lui a infligé à ce titre des sanctions pécuniaires.

Le recours contre la décision initiale du Conseil et les injonctions prononcées par la cour d'appel de Paris

La cour d'appel de Paris, après avoir annulé, pour des raisons de procédure, cette décision, a prononcé des injonctions quasiment identiques dans son arrêt du 29 juin 1999 [71]. Elle a ainsi enjoint à la société France Télécom :

71. Le 4 décembre 2001, la Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par France Télécom contre cet arrêt.

– « *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 [...]*» .

La procédure pour non-respect d'injonction

Le Conseil de la concurrence a été saisi d'une procédure de non-respect des injonctions prononcées par la cour d'appel de Paris, sur le fondement de l'article L. 464-3 du Code de commerce, par les sociétés Scoot et Sonera qui ont fait valoir la nécessité d'accéder à la liste des abonnés au téléphone pour exercer leur activité et contestaient les tarifs pratiqués à leur encontre par France Télécom, qui ne leur permettaient pas de se développer de façon économiquement viable.

La société Sonera France, qui souhaitait positionner son offre sur le renseignement téléphonique à valeur ajoutée, était en concurrence avec le service de France Télécom, « *le 12* ». La société Scoot France, quant à elle, souhaitait développer un service d'« *annuaire intelligent* » par téléphone et internet.

Le Conseil de la concurrence a examiné cette procédure de non-respect d'injonction en deux temps.

Dans une décision 02-D-41 du 26 juin 2002 [72], il a considéré que la société 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 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 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 ;

S'agissant de l'exigence d'orientation vers les coûts des tarifs de l'activité de gestionnaire de fichier de France Télécom, le Conseil a renvoyé le dossier à l'instruction. Pour la première fois, le rapporteur général a fait application des dispositions de la loi NRE, l'autorisant à désigner un expert, conformément à l'article L. 463-8 du Code de commerce et lui a donné pour mission de :

– « *décrire les opérations de constitution du fichier commercial et celles de la base annuaire ;*

72. Pour une étude complète de cette décision, voir rapport annuel du Conseil de la concurrence pour 2002, page 233.

– « *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. Pour l'évaluation des coûts liés aux éventuelles tâches nécessaires de collecte de l'information, il sera procédé à l'appréciation critique de la composante durée nécessaire à la saisie de l'information et à l'analyse critique de la composante taux horaire au regard du coût théorique d'une prestation identique dans un environnement concurrentiel. Le principe retenu est que les opérations imputées à la base annuaire ne doivent comporter aucune opération qui, de toute façon, est nécessaire pour la constitution du fichier commercial* ».

Le Conseil a ainsi rappelé que les coûts visés dans l'injonction « *prix orientés vers les coûts* » étaient les seuls coûts spécifiques à la constitution et à la gestion de l'annuaire universel (coûts incrémentaux). Il en résulte que France Télécom ne pouvant fonctionner pour les besoins de son activité propre, sans établir un fichier commercial de ses abonnés, les coûts communs à l'activité de gestionnaire de l'annuaire et aux activités commerciales de France Télécom n'ont pas à être supportés par ses concurrents sur le marché des annuaires et des renseignements.

Les conclusions du rapport d'expertise

Afin de déterminer si les prix pratiqués étaient orientés vers les coûts, l'expert a, dans un premier temps, déterminé les coûts pertinents pour la constitution de la base annuaire et, dans un second temps, le chiffre d'affaires de l'activité de gestionnaire de fichier de France Télécom.

Concernant l'estimation des coûts, l'expert a considéré qu'ils se décomposaient en trois postes, à savoir les coûts des opérations de collecte, les coûts de gestion et les coûts administratifs, commerciaux et de maintenance. Pour les coûts spécifiques à la collecte de la base annuaire, l'expert s'est attaché à déterminer dans quelle mesure ils étaient communs avec ceux nécessaires à la constitution du fichier clientèle de France Télécom. Il a ainsi montré qu'une saisie unique était effectuée lors de la prise de commande d'un client de la téléphonie fixe. Cette saisie incrémentait alors simultanément la base annuaire, ainsi que le fichier commercial et le fichier technique concernés.

Au total, pour l'année 2003, l'expert a évalué les coûts spécifiques des annuaires à 8,78 millions d'euros. Pour les années 1999 à 2002, l'expert a reconstitué les coûts spécifiques à la base annuaire à 12,96 millions d'euros pour 1999, 12,33 pour 2000 et 11,09 pour 2002.

Le chiffre d'affaires de l'activité gestionnaire de fichier de France Télécom, à savoir les ventes de fichiers des activités de marketing direct, des services d'annuaires et de renseignement par téléphone ou électronique (minitel, internet) et des annuaires imprimés a été évalué à 103,27 millions de francs en 2002 et à 109,49 millions de francs en 2001. La comparaison avec les coûts spécifiques a conduit l'expert à considérer qu'à ce jour et malgré la décision du Conseil de juin 2002, France Télécom ne respectait toujours pas l'injonction qui lui a été adressée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt

du 29 juin 1999 relative à l'orientation vers les coûts de son activité de gestionnaire de l'annuaire.

L'appréciation du Conseil de la concurrence

Sur la base de ce rapport, le Conseil a constaté que France Télécom n'avait pris aucune disposition, postérieurement à l'arrêt de la cour d'appel, pour organiser son système d'information interne de façon à identifier, de quelque manière que ce soit, les coûts spécifiques à l'annuaire. L'appréciation du Conseil a, notamment, porté sur les faits suivants.

- **La prise en compte de coûts communs**

Selon France Télécom, il ne ressortait pas explicitement de l'arrêt de la cour d'appel que seuls doivent être pris en compte les coûts incrémentaux, c'est-à-dire les coûts spécifiquement engendrés par la constitution et la tenue de la base, à l'exclusion de ceux correspondant à des activités qui seraient de toute façon nécessaires à la gestion des abonnés au service téléphonique.

En ce qui concerne par exemple les coûts de collecte des informations destinées à la constitution du fichier commercial des abonnés de France Télécom, le Conseil a considéré que ces coûts seraient, en tout état de cause, supportés, même si France Télécom n'était pas chargée de tenir à jour la liste de l'annuaire universel et étaient censés être couverts par le prix de l'abonnement. Comme le Conseil l'a déjà souligné dans sa décision du 26 juin 2002 : « *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* ». Permettre à France Télécom de couvrir une partie de ses coûts commerciaux avec les recettes tirées de la mise à disposition de la liste de l'annuaire universel, au motif que les informations collectées alimentent à la fois le fichier commercial et l'annuaire universel, donnerait ainsi à l'opérateur historique, chargé du service universel, un avantage concurrentiel indu sur ses concurrents sur les marchés de la téléphonie fixe en lui ouvrant la possibilité de facturer l'abonnement moins cher que ses compétiteurs.

Cette analyse est par ailleurs conforme au décret publié le 1er août 2003, qui dispose dans son article R. 10-6 que « *la communication des listes d'abonnés et d'utilisateurs, par application du troisième alinéa de l'article L. 33-4, donne lieu à rémunération des opérateurs ayant communiqué ces données. Les tarifs de cette communication, qui reflètent le coût du service rendu, sont établis par chaque opérateur selon les principes suivants :*

1. les coûts pris en compte pour la fixation du tarif, sont ceux qui sont causés directement ou indirectement par la fourniture des listes d'abonnés. Ces coûts peuvent notamment comprendre une part liée à l'amortissement du matériel informatique et des logiciels nécessaires et une rémunération normale des capitaux employés ;
2. les coûts qui sont spécifiques à la fourniture des listes d'abonnés sont entièrement pris en compte dans la fixation du tarif. Les coûts liés à d'autres activités de l'opérateur en sont exclus ».

En conséquence, le Conseil a rejeté les objections de France Télécom tendant à l'exclusion des 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.

• Les prétendus droits de propriété intellectuelle détenus par France Télécom sur la base annuaire

La société France Télécom a soutenu que l'expert avait omis la rémunération afférente aux droits de propriété intellectuelle qu'elle détiendrait sur la base de données annuaire. Elle évalue ces droits à 5 % des capitaux engagés, soit 1 million d'euros.

Le Conseil a rappelé, en premier lieu, que la question de la détention ou non par France Télécom de droits privatifs sur la base annuaire était encore en cours d'instruction dans le cadre d'une procédure judiciaire distincte et qu'une expertise avait été ordonnée. En second lieu, il souligne que l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 juin 1999 avait formulé son injonction « *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* ». Par ailleurs, le Conseil a fait référence aux dispositions des articles L. 341.1 et suivants du Code de la propriété intellectuelle, aux termes desquelles la protection juridique des bases de données ne saurait faire obstacle à l'application d'une mesure d'orientation vers les coûts prononcée par une autorité de concurrence, comme l'indique le considérant 47 de la directive n° 96/9 CE du 11 mars 1996.

Le Conseil en a dès lors déduit qu'il résulte de ces dispositions, qu'à supposer que la base annuaire nécessite un investissement financier, matériel et humain substantiel, lui permettant d'être éligible à la protection accordée sur les 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 ce qu'une injonction d'orientation vers les coûts soit prononcée par le Conseil de la concurrence.

• La comparaison entre les produits de l'activité de gestionnaire de fichier de France Télécom et le coût incrémental de constitution de la base annuaire estimé par l'expert

	Année 1999	Année 2000	Année 2001
Charges (estimation expert)	12,96 M€ (85,02 MF)	12,33 M€ (80,88 MF)	11,09 M€ (72,75 MF)
Chiffre d'affaires	16,3 M€ (106,9 MF)	15,71 M€ (103,05 MF)	16,69 M€ (109,49 MF)

Le Conseil a constaté que les résultats de l'expertise faisaient apparaître que, pour les années 1999 à 2001, il existait une disproportion manifeste entre le chiffre d'affaires de cette activité et les charges supportées (les coûts incrémentaux, spécifiques).

Le Conseil en a alors déduit que France Télécom n'avait pas respecté l'injonction qui lui a été adressée par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999, en ce qui concerne l'orientation vers les coûts de l'activité de

gestionnaire de fichier. En conséquence, il a considéré que France Télécom ne respectait toujours pas l'injonction dont elle a été destinataire, et ce malgré sa première décision du 26 juin 2002.

- **Sur les modalités tarifaires**

Les sociétés Scoot et Fonecta ont fait valoir que la question du respect de l'injonction d'orientation vers les coûts ne devait pas se limiter à une comparaison entre le niveau des coûts et celui des recettes encaissées par France Télécom, mais devait comprendre nécessairement l'examen des modalités tarifaires pratiquées par l'opérateur. La structure même des tarifs pourrait bloquer le jeu de la concurrence, alors que les recettes seraient globalement orientées vers les coûts. Ainsi, l'objectif d'ouverture à la concurrence des activités impliquant l'accès à la base annuaire ne pourrait être atteint que si le tarif était proportionnel à l'usage et non avec une tarification forfaitaire, qui amène les concurrents de France Télécom à payer une part excessive des charges fixes.

Le Conseil n'a pas accueilli cet argument et a considéré que la cour d'appel n'avait pas mentionné les modalités tarifaires définies par France Télécom dans l'injonction prononcée et n'avait pas précisé si ces modalités étaient ou non défavorables à la concurrence. Il ressort en effet de la jurisprudence en la matière que le Conseil ne peut, dans le cadre de la procédure prévue à l'article L. 464-3 du Code de commerce, sanctionner des pratiques différentes de celles telles que libellées dans l'injonction. En conséquence, l'examen du respect des injonctions prononcées par l'arrêt du 29 juin 1999 ne peut donc être étendu aux modalités tarifaires pratiquées par France Télécom.

- **Sur les sanctions**

Au vu du supplément d'instruction, le Conseil de la concurrence a pu établir que France Télécom n'avait pas respecté l'injonction relative à l'orientation vers les coûts des tarifs de l'activité de gestionnaire de fichier.

Par ailleurs, dans sa décision du 26 juin 2002, le Conseil avait déjà établi 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 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.

Le Conseil a alors évalué tant la gravité des pratiques que l'étendue du dommage causé à l'économie.

Pour apprécier la gravité des agissements constatés, le Conseil a pris en compte :

– le fait que France Télécom avait été alertée dès septembre 1998 du caractère excessif des prix facturés aux opérateurs pour l'accès aux informations contenues dans la liste de l'annuaire universel. La société ne pouvait ignorer

le caractère illégal de ses pratiques et enfin, n'avait pris aucune des mesures pour fournir ces prestations de façon non discriminatoire et à un prix orienté vers les coûts liés aux opérations techniques nécessaires pour répondre à la demande ;
– le fait que France Télécom avait faussement affirmé, lors de la séance du 20 mars 2002, que les opérations de saisie des données sur le système informatique pour l'enrichissement du fichier clientèle et l'enrichissement de la base annuaire étaient totalement distinctes et avait tenté d'induire en erreur le Conseil, ce qui a nécessité un complément d'instruction et une expertise qui ont retardé d'un an la décision du Conseil. Au total, pendant quatre ans, France Télécom a continué à pratiquer des prix excessifs pour la fourniture de la base annuaire ;
– le fait que ces prix excessifs, tant pour la mise à disposition de la base annuaire complète, que pour la consultation en ligne, avaient eu pour effet de créer une barrière artificielle à l'entrée sur les marchés en aval et d'empêcher le développement d'activités concurrentes de celles de France Télécom, en particulier les services d'annuaire et de renseignement. Ces pratiques ont ainsi fait obstacle, au préjudice des consommateurs, à la baisse des prix des services concernés et à l'apparition de services innovants, qu'aurait favorisés le libre jeu de la concurrence.

Pour apprécier le dommage à l'économie, le Conseil a considéré qu'il pouvait être rapproché du profit perçu par France Télécom sur la fourniture de la base annuaire. Il a ainsi estimé que le profit, qui correspond à la différence entre les sommes facturées par France Télécom et les coûts incrémentaux de fourniture de la base annuaire tels qu'ils résultent de l'expertise, pouvait être évalué à environ 15 millions d'euros pour les années 1999 à 2002.

Compte tenu de ces éléments d'appréciation et du fait que la société France Télécom avait réalisé au titre de l'exercice 2002 un chiffre d'affaires de 19 659 325 095 €, le Conseil a infligé une sanction pécuniaire de 40 millions d'euros.

Le Conseil a, par ailleurs, fait application des dispositions de l'article L. 463-8 du Code de commerce et a mis à la charge de France Télécom les frais de l'expertise ordonnée par le rapporteur général à la suite de la décision du Conseil du 26 juin 2002.

Enfin, afin d'assurer l'information de l'ensemble des professionnels et des consommateurs concernés, le Conseil, en application des dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce, a ordonné la publication de la partie III de la décision dans le quotidien *Les Échos*, aux frais de France Télécom.

Cette décision a été confirmée par la cour d'appel de Paris (arrêt du 6 avril 2004).

Demande de mesures conservatoires

À titre liminaire, il convient de rappeler qu'une décision de mesures conservatoires est une décision provisoire qui ne se substitue en aucun cas à la décision sur le fond, laquelle ne sera prise qu'au terme d'une instruction contradictoire et complète de la saisine.

Décision 03-MC-01 du 23 janvier 2003 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société TPS

Dans cette affaire, la Ligue de football professionnel (LFP) avait lancé une consultation auprès des chaînes de télévision en vue de la renégociation des droits de diffusion télévisuelle des matchs de championnat de France (Ligues 1 et 2) pour trois saisons (2004/2005, 2005/2006, 2006/2007) et de la Coupe de la ligue pour les saisons 2003 à 2006. Les lots relatifs au championnat de Ligue 1 sont numérotés lot 1 (matchs de 1er choix en exclusivité et de 2e choix également diffusé en paiement à la séance par la chaîne titulaire du lot 3), lot 2 (matchs de 3e choix en exclusivité + magazine de fin de journée), lot 3 (diffusion de 8 matchs à la séance dont 7 en exclusivité).

La société Canal Plus a déposé une offre de base en chiffrant les lots 1, 2 et 3 respectivement à 150, 20 et 20 millions d'euros, par an, pour trois ans. En marge de cette offre de base, cette société a proposé de rajouter 290 millions d'euros sur le lot 1 (150 +290 = 440), sans changer son offre sur les lots 2 et 3, à condition que lui soient attribués les trois lots en exclusivité. Elle a proposé une 2e variante, consistant à rajouter 240 millions sur le lot 1 (150 +240 = 390), sans modifier le montant des lots 2 et 3, pour une attribution en exclusivité des lots 1 et 2 et un partage du lot 3. La société TPS a également déposé une offre sur le lot 1 (260 M€), le lot 2 (38 M€) et le lot 3 (113 M€). La LFP a finalement choisi d'attribuer les lots 1 et 2 à Canal Plus et le lot 3 à Kiosque pour un montant global de 480 millions d'euros.

La société TPS a donc saisi le Conseil de la concurrence en dénonçant le caractère abusif de la consultation qui pousse, selon elle, à l'attribution de l'ensemble des droits du Championnat de Ligue 1 en exclusivité à un même opérateur. Plus précisément, elle soutient que l'allotissement serait de pure façade et que la configuration des lots ne peut conduire qu'à l'exclusivité. De plus, elle considère que la consultation comporterait des conditions qui avantagent structurellement Canal Plus. Le texte de la consultation, la procédure et le processus de décision seraient donc discriminatoires ou au moins contiendraient, par leur manque de transparence, des potentialités de discrimination. Enfin, la consultation imposerait aux chaînes des obligations déséquilibrées (par rapport aux engagements pris par la LFP) qui leur porteraient préjudice.

Examen de la recevabilité au fond

- **Les marchés en cause**

Le marché amont des droits de diffusion

Se fondant sur l'analyse de la Commission européenne, le Conseil de la concurrence a estimé qu'il n'était pas exclu, à ce stade de l'instruction, qu'il existe un marché des droits de diffusion des compétitions de football, qui se caractérise par le fait que ces compétitions à caractère régulier ont la capacité de « *façonner une image sans laquelle les chaînes ne pourraient se développer* » et d'attirer et de fidéliser les téléspectateurs de manière régulière, tandis qu'il n'existe pas d'autres programmes capables d'exercer une

pression concurrentielle sur les titulaires des droits concernés et de limiter leur marge de manœuvre en matière de prix.

En outre, le Conseil a suivi l'analyse de la société TPS en considérant qu'il n'était pas exclu, à ce stade de l'instruction, qu'il existe un marché plus étroit des droits de diffusion des matchs de championnats nationaux. En effet, il résulte de l'avis du CSA que le championnat de France de football présente des caractéristiques propres telles que sa durée (38 semaines de septembre à juin), sa régularité (10 matchs par semaine), l'importance des enjeux aux yeux du public français (championnat entre équipes françaises) et sa proximité des spectateurs français, très attachés aux performances de l'équipe régionale. De plus, la comparaison des prix offerts pour l'acquisition des droits de diffusion du championnat de France par rapport aux autres compétitions de football nationales ou européennes montre que les télévisions à péage en France accordent une valeur nettement supérieure au championnat national. Enfin, s'agissant de la demande des droits de diffusion du championnat de France, il apparaît qu'elle émane toujours de chaînes de télévision à péage, seules à même d'assurer les contraintes de programmation qu'implique ce championnat, tant dans sa durée que par sa régularité, et seules capables de se financer autrement que par la publicité (qui implique une forte audience), contrairement aux chaînes généralistes.

Enfin, le Conseil a considéré que l'accès aux droits de diffusion des matchs du championnat de France (ou championnat de Ligue 1) pourrait constituer, sous réserve d'une instruction au fond, un produit essentiel pour l'activité des télévisions à péage, ou, à tout le moins, un élément crucial pour leur développement.

Le marché aval de la télévision à péage

Conformément à la jurisprudence nationale et communautaire, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'il existe un marché de la télévision payante distinct du marché de la télévision gratuite (décision Conseil 98-D-70 du 24/11/1998, arrêt cour d'appel de Paris du 15/06/1999, arrêt Cour de cassation du 30/05/2000 et décisions Commission européenne du 3/03/1999, Aff. IV/36 237 TPS et du 15/09/1999, Aff. IV/36 539 British Interactive Broadcasting). En l'absence d'éléments nouveaux de nature à remettre en cause cette jurisprudence, le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu, à ce stade de l'instruction, qu'il existe un marché de la télévision à péage distinct du marché de la télévision gratuite.

- **La position des opérateurs sur le marché**

En vertu de l'article 18-1 de la loi n° 84-610 du 16 juillet 1984 relative à l'organisation et à la promotion des activités physiques et sportives, modifiée par la loi n° 2000-67 du 6 juillet 2000, la LFP est propriétaire des droits d'exploitation des compétitions qu'elle organise, en l'espèce les championnats de Ligues 1 et 2 et la Coupe de la Ligue. De plus, la LFP organise la commercialisation des droits de diffusion dont elle est titulaire. Dans la mesure où, à ce stade de l'instruction, les éléments du dossier démontrent que la LFP détient plus de 60 % des droits de diffusion des compétitions à caractère régulier et l'intégralité des droits de diffusion du championnat de France, le Conseil a

estimé qu'il ne pouvait être exclu qu'elle soit en position dominante sur le marché de la diffusion des compétitions de football à caractère régulier, ainsi que sur le marché plus étroit de la diffusion des matchs de championnat de France.

De plus, le Conseil a constaté que le groupe Canal Plus détenait 64,8 % du marché de la télévision à péage en 2002, contre seulement 11,7 % pour la société TPS, de sorte qu'il n'a pas exclu, à ce stade de l'instruction, que le groupe Canal Plus soit en position dominante sur ce marché.

Les pratiques reprochées

- **L'attribution exclusive des droits du championnat de Ligue 1 par la LFP au groupe Canal Plus**

La société TPS considère que la décision du conseil d'administration de la LFP du 14 décembre 2002 d'attribuer les trois lots aux sociétés Canal Plus et Kiosque est constitutive d'un abus de position dominante de la LFP, ayant pour objet et pour effet de restreindre la concurrence sur le marché de la télévision à péage en évinçant la société TPS, seul opérateur concurrent. La LFP s'est, quant à elle, défendue en rappelant qu'elle avait choisi un mécanisme de consultation par allotissement, conforme aux exigences posées par la Commission européenne au regard de la notification de griefs envoyée à l'UEFA le 19 juillet 2001.

Toutefois, le Conseil a considéré, sur la base de l'avis du CSA, que « *s'il n'est pas critiquable, par principe, qu'un mécanisme d'enchères aboutisse à une exclusivité, soit par addition de lots, soit par une offre globale, l'attribution exclusive d'un bien à une entreprise dominante peut avoir des effets restrictifs de concurrence ; en l'espèce, il ne peut être exclu, à ce stade de l'instruction, que l'attribution exclusive à Canal Plus et Kiosque des droits de retransmission des matchs du championnat de Ligue 1 par la LFP, qui en a le monopole légal, ne prive la société TPS d'un élément essentiel à son développement ou à sa pérennité et conduise à une diminution du bien être des consommateurs* ».

- **Les modalités de la consultation organisée par la LFP**

La société TPS a fait valoir que la composition des lots, telle qu'elle figure dans la consultation, a un caractère abusif dans la mesure où elle est de nature à renforcer la puissance des chaînes déjà en position dominante sur le marché de la diffusion des images de football. Elle soutient également que les clauses de l'appel d'offres, du fait de leur caractère discrétionnaire et disproportionné, confèrent à la LFP un avantage exorbitant dans la négociation et que les modalités d'attribution des lots sont constitutives de discriminations au profit des sociétés Canal Plus et Kiosque.

Sur ce point, le Conseil a considéré qu'à ce stade de l'instruction, s'il n'apparaît pas de manière certaine que la structure des lots élaborée par la LFP a eu pour objet et a pu avoir, à elle seule, pour effet d'évincer TPS du marché des droits de diffusion des matchs de la Ligue 1, il ne peut être exclu que le manque de clarté des dispositions du règlement de consultation, qui ne permettait pas de savoir sur quels critères la LFP pourrait se fonder pour décider

qu'une offre groupée sur les 3 lots du championnat de Ligue 1 serait ou non considérée comme une offre globale, susceptible, à ce titre, d'être rejetée sans autre motif, et l'incertitude sur la réalité de l'interdiction de telles offres globales, ont pu permettre à la LFP d'exercer une discrimination entre les soumissionnaires.

- **La mise en œuvre de la consultation par la LFP**

Il ressort du dossier que, suite à l'ouverture des offres, la LFP a rejeté une première fois l'offre de TPS au motif qu'elle ne comportait pas l'approbation des conseils d'administration concernés alors que la consultation exigeait des offres fermes, et une seconde fois, au motif que cette offre était « *suspecte et anormale* » car trop élevée puisqu'elle représentait « *la moitié du chiffre d'affaires de TPS* ». En revanche, la LFP n'a pas trouvé anormalement basses les offres de Canal Plus sur les lots 2 et 3, alors qu'elles correspondent à ce que paie Canal Plus actuellement. Enfin, la Ligue n'a pas rejeté, comme non conforme, l'offre de Canal Plus de 430 millions d'euros par an pour l'attribution des lots 1 et 2 et du lot 3 sans exclusivité alors que le partage du lot 3 n'était pas prévu par la consultation.

Dans ces conditions, le Conseil a estimé qu'il n'est pas exclu que la LFP ait adopté un comportement discriminatoire ayant eu pour objet et pour effet de favoriser Canal Plus au détriment de TPS.

- **Sur les pratiques de la société Canal Plus**

Le Conseil a considéré qu'il ne peut être exclu que l'offre de Canal Plus ait eu pour objet et pour effet, d'une part, d'empêcher la LFP de procéder à une attribution, lot par lot, qui, dans ce cas, aurait pu conduire à attribuer tous les lots à TPS, celle-ci ayant déposé la meilleure offre sur chacun des lots, ou, à tout le moins, les lots 2 et 3 si l'on considère que l'offre de TPS sur le lot 1 ne pouvait faire l'objet d'une confirmation et était définitivement irrecevable, d'autre part, de rendre inéluctable l'attribution de tous les lots à Canal Plus du fait de la très forte prime d'exclusivité proposée pour les 3 lots. Or, le fait pour une entreprise en position dominante d'offreur sur le marché de la télévision à péage, dans le cadre d'une consultation par lots, d'une part, de sous-estimer la valeur de chacun des lots et d'autre part, de faire une offre avec une prime d'exclusivité égale à 150 % de l'offre de base, peut s'analyser comme une offre ayant pour objet et pouvant avoir pour effet d'évincer le seul concurrent du marché.

- **Sur les liens entre Canal Plus et la LFP**

Le conseil d'administration de la LFP comprend vingt-trois membres dont huit présidents de clubs de Ligue 1. Sur ces huit présidents de clubs qui votent au conseil d'administration de la LFP, quatre sont liés à Canal Plus dans le cadre du contrat « *Options* » susvisé : il s'agit des présidents des clubs de Lyon, Bordeaux, Lens et Monaco. Les présidents de ces quatre clubs étaient présents lors du conseil d'administration de la LFP du 14 décembre 2002 qui a décidé d'attribuer les lots 1, 2 et 3 à Canal Plus pour la somme de 480 millions d'euros par an. Seul le président du club de Bordeaux, lié à la société M6, s'est abstenu.

Or, la délibération du conseil d'administration du 14 décembre 2002 précise, notamment, que « *(...) après avoir procédé à une discussion très approfondie au cours de laquelle l'ensemble des membres a exprimé son point de vue sur les diverses solutions préconisées ainsi que sur les garanties présentées par la société Canal Plus et ses principaux actionnaires, décide en présence de ses seuls membres statutaires, et après avoir procédé à un vote par 11 voix pour 7 voix contre 1 abstention, de retenir les propositions présentées par Canal Plus et Kiosque sur les lots 1, 2 et 3 (...)* ».

Au vu de ces éléments et sous réserve d'une instruction au fond, le Conseil en a déduit qu'il ne peut être exclu qu'il ait existé une concertation anticoncurrentielle, entre Canal Plus et la LFP afin de favoriser les offres de Canal Plus, qui entre dans le champ de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

- **Examen des mesures conservatoires**

Le Conseil a relevé que les abonnés et prospects des chaînes de télévision à péage tiennent compte des annonces de modification de contenu des programmes pour déterminer leur choix en matière d'abonnement. Le flux des abonnements et désabonnements étant permanent, le Conseil, a, par conséquent, estimé que l'annonce de l'attribution de l'exclusivité des droits de championnat de Ligue 1 à Canal Plus, dès lors qu'elle serait considérée comme définitive par le public, portait une atteinte grave et immédiate aux conditions de commercialisation des abonnements de TPS. Le Conseil a d'ailleurs souligné que le dommage engendré serait d'autant plus grave que la rigidité des mécanismes d'abonnement (durée annuelle, modalités de résiliation, contraintes techniques liées à un changement d'opérateur) rendront difficilement réversibles les pertes d'abonnés enregistrées pendant cette période.

De plus, le Conseil a estimé que l'attribution exclusive des droits de retransmission des matchs de Ligue 1 à Canal Plus causait une atteinte grave et immédiate au consommateur (Canal Plus n'ayant pas contesté le fait qu'une augmentation du prix de l'abonnement pourrait en résulter) et au secteur, de par le risque de voir disparaître l'un des deux opérateurs de télévision par satellite, ce qui aurait des conséquences importantes sur le marché concerné mais également sur plusieurs marchés avals et sur l'ensemble des offreurs de programmes, réduisant ainsi le choix des consommateurs.

Le Conseil de la concurrence a donc enjoint à la LFP et à Canal Plus et Kiosque de suspendre les effets de la décision d'attribution des droits de diffusion des matchs de la Ligue 1 prise par le conseil d'administration de la LFP du 14 décembre 2002 et de s'abstenir de toute communication tendant à présenter cette décision d'attribution de la LFP comme exécutoire, notamment à des fins d'utilisation publicitaire ou commerciale, et ce, jusqu'à l'intervention de la décision du Conseil de la concurrence sur le fond.

Décision 03-MC-02 du 5 mars 2003 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société Cegetel

L'affaire Cegetel est intéressante en ce qu'elle précise l'articulation entre, d'une part, le droit de la concurrence et, d'autre part, le droit des marques. En

l'espèce, la société Cegetel a saisi le Conseil de la concurrence en arguant que la société France Télécom abusait de sa position dominante sur le marché des numéros de « *services spéciaux* » de télécommunications (numéros « *vert* », « *indigo* », « *azur* »), en insérant dans ses contrats de services spéciaux, des clauses liant l'utilisation des marques « *numéro vert* », « *numéro indigo* » et « *numéro azur* » à la prestation de service consistant à fournir aux clients un numéro spécial.

Ces services spéciaux de téléphonie consistent à offrir aux entreprises, administrations et associations, la possibilité d'établir une communication soit gratuite pour l'appelant (« *libre appel* »), soit facturée à un taux indépendant de la localisation géographique de l'appelant (« *à coûts partagés* »). Ces services sont ouverts à la concurrence depuis le 1er janvier 1998. L'intensité de la concurrence sur le marché s'est par ailleurs trouvée fortement accrue depuis la mise en place de la « *portabilité des numéros* », c'est-à-dire, la possibilité offerte à un abonné d'un opérateur de télécommunications de changer d'opérateur tout en conservant son numéro, pour les numéros « *libre appel* » en juillet 2001 et depuis avril-mai 2002 pour les numéros « *à coûts partagés* ».

Or, selon Cegetel, les pratiques de France Télécom constituent une véritable barrière à l'entrée sur le marché des « *numéros spéciaux* », car les clients souhaitant changer d'opérateur de télécommunications sur le marché se voient dans l'impossibilité de conserver sur tous leurs documents commerciaux les mentions « *numéro vert* », « *numéro azur* » et « *numéro indigo* », la résiliation de leur contrat avec France Télécom mettant fin aux droits d'utilisation de ces marques. La société Cegetel a donc demandé au Conseil de prononcer des mesures conservatoires afin de faire cesser cette pratique dans l'attente de la décision au fond.

Examen de la recevabilité au fond

• Sur le marché des numéros « *de services spéciaux* » et la position de France Télécom sur ce marché

Le Conseil a considéré qu'il n'est pas exclu, en l'état du dossier, qu'il soit possible de retenir un marché pertinent des numéros dits « *de services spéciaux* » de télécommunications, comprenant deux segmentations, d'une part, les numéros « *vert* » et « *azur* », d'autre part, les numéros « *indigo* », et correspondant à une prestation supplémentaire au service téléphonique de base, commercialisée sous la forme de services de communication téléphonique à moindre coût, auprès d'une clientèle professionnelle qui les utilise dans le cadre de son activité professionnelle. En effet, du point de vue de la demande, pour les usagers, entendus comme les clients contractant avec les opérateurs de téléphonie, les services spéciaux proposent essentiellement un moyen de communication directe avec le public (service d'information ou service commercial). De plus, s'agissant des opérateurs de téléphonie, ces services représentent un potentiel important de trafic facile à mettre en œuvre, puisqu'ils règlent simplement le coût d'installation des équipements nécessaires à l'acheminement et au traitement des communications et facturent l'appelé pour les frais d'accès au service, l'abonnement mensuel, les services optionnels et éventuellement pour une partie du prix des communications.

Sur ce marché, le Conseil, se référant à l'avis de l'ART, a constaté que France Télécom détenait encore fin 2001 plus de 85 % des numéros « *libre appel* » et 80 % des numéros « *à coûts partagés* » et disposait d'un portefeuille de marques important cédé par l'État et d'une clientèle de grandes entreprises, extrêmement difficile à capter, de sorte qu'il n'est pas exclu qu'elle soit en position dominante sur le marché des « *numéros spéciaux* ».

- **Sur l'appréciation des clauses contenues dans les conditions spécifiques du contrat « *Numéro Accueil* » de France Télécom**

L'article 3.3 des « *conditions spécifiques* » du contrat « *Numéro Accueil* » de France Télécom conférant à son cocontractant un numéro d'appel spécifique, disposait : « *France Télécom autorise le client, dans le cadre de toute opération de communication, à utiliser les marques comme suit : soit la marque dénominative Numéro Vert, Numéro Azur ou Numéro Indigo seule, suivie du numéro et sans emprunt quelconque d'une des composantes graphiques des marques ; soit l'une des marques graphiques Numéro Vert, Numéro Azur ou Numéro Indigo ; le client s'engage alors à respecter la charte graphique figurant dans la documentation qui lui est fournie (...)* ». Aux termes de ces dispositions, le client bénéficie donc, au choix, d'une licence de la marque dénominative (c'est-à-dire la désignation) ou d'une licence de la marque graphique et dénominative à la condition, en ce cas, de respecter une charte graphique. L'utilisation de cette charte, annexée au contrat de France Télécom, rend, par ailleurs, indissociables les marques déposées et les numéros téléphoniques attribués.

« *(...) L'expiration ou la résiliation du contrat met fin aux droits d'utilisation des marques dont bénéficie le client* ». Cette perte du droit d'usage des marques de France Télécom fait également l'objet d'une stipulation expresse, en cas de portage du numéro accueil, à l'article 14.4.2 ainsi que dans les mandats annexés aux conventions d'interconnexion de France Télécom, et signifie que toute résiliation du contrat a, pour conséquence, la perte automatique et immédiate de l'autorisation d'utiliser les marques de France Télécom. Selon l'avis de l'ART, l'immédiateté de cette perte peut engendrer un coût tel, pour le client de France Télécom, qu'il freine sensiblement le passage à la concurrence et empêche l'application de la portabilité. Le Conseil a d'ailleurs constaté que plusieurs entreprises avaient été obligées de détruire des milliers de documents commerciaux mentionnant les marques « *numéros verts* », « *numéro azur* » ou « *numéro indigo* » en changeant d'opérateur, tandis que d'autres avaient suspendu leur décision de changer d'opérateur.

France Télécom, pour justifier cette clause, invoquait les droits d'exploitation et de protection des marques lui appartenant.

Néanmoins, le Conseil a précisé qu'en vertu de l'article L. 34-10 du Code des postes et télécommunications, les numéros ne peuvent pas être protégés par un droit de propriété industrielle ou intellectuelle, de sorte que l'utilisation des marques France Télécom qui accompagne l'attribution des numéros spéciaux n'en est que l'accessoire. De plus, le Conseil a estimé que, concernant le droit des marques, les règles qui le gouvernent ne font pas obstacle à l'application du droit de la concurrence. Il a d'abord rappelé que « *s'agissant de concilier le principe de libre circulation communautaire avec les droits de marque nationaux, la notion d''objet spécifique', développée*

par la jurisprudence de la Cour de justice des communautés européennes, permet de préciser ce qui peut relever du statut légal d'un droit de propriété industrielle d'un État-membre sans heurter le principe de libre circulation. L'objet spécifique s'entend ainsi dans le sens où la fonction essentielle de la marque doit consister à garantir aux consommateurs l'identité d'origine du produit en leur permettant de distinguer, sans confusion possible, ce produit de celui qui a une autre provenance » (CJCE, 119/75 du 22 juin 1976 Terrapin et CJCE, 102/77 du 23 mai 1978 Hoffmann-Laroche). Le Conseil a ensuite souligné que la Commission européenne avait déjà considéré qu'un droit de propriété intellectuelle pouvait être l'outil d'un abus caractérisé, lorsque l'usage qui en est fait se situe en dehors du champ de l'objet spécifique de ce droit (décision 89/205 de la Commission, 21/12/1988, aff. Magill). Enfin, le Conseil, faisant application des principes énoncés dans les arrêts Continental-Can et Hoffmann-Laroche rendus par la CJCE en 1973 et 1979, a rappelé que la notion d'exploitation abusive vise les comportements d'une entreprise en position dominante qui sont de nature à influencer la structure d'un marché où, à la suite précisément de la présence 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, au développement de cette concurrence (décision 02-MC-05).

Après avoir noté que la perte de trafic de France Télécom sur les numéros spéciaux au profit de ses concurrents ne représentait qu'1,2 % du trafic total généré par France Télécom depuis l'ouverture à la concurrence du marché et que certains opérateurs avaient renoncé à changer d'opérateur suite à la perte automatique du droit d'utilisation des marques de France Télécom, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que les pratiques de France Télécom, telles que décrites ci-dessus, puissent avoir pour objet et/ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence à l'égard des opérateurs alternatifs et de faire obstacle à l'ouverture à la concurrence du marché des services spéciaux qui, en raison de la mise en place effective récente de la portabilité, devrait connaître une impulsion significative.

Examen des mesures conservatoires

Le Conseil de la concurrence a fait application de sa décision du 19 décembre 2001, dans laquelle il avait déjà estimé que le contexte d'ouverture à la concurrence de la téléphonie fixe « *impliquait, notamment, que l'opérateur dominant n'adopte pas des comportements de nature à faire obstacle à cette ouverture du marché et à la concurrence par les mérites qui doit s'y dérouler ; que, dans ces circonstances, des pratiques susceptibles de ralentir l'ouverture à la concurrence du marché des communications locales, tout en faussant le jeu de la concurrence entre les opérateurs longue distance, portent une atteinte grave et immédiate au secteur concerné, aux entreprises victimes des pratiques et aux consommateurs* ».

En l'espèce, le Conseil a considéré que le contrat *Numéro Accueil* de France Télécom ainsi que l'interprétation contradictoire par France Télécom des clauses de ce contrat vis-à-vis de ses clients et de ses concurrents (notamment s'agissant de la clause de perte du droit d'utilisation des marques suite au changement d'opérateur et ses conséquences s'agissant des documents

commerciaux les mentionnant) étaient de nature à ralentir l'ouverture à la concurrence du marché des numéros spéciaux. Le Conseil en a déduit que ces pratiques étaient de nature à causer un trouble grave et immédiat aux entreprises du secteur, en raison de l'incertitude que ces pratiques font peser sur les conséquences d'un changement d'opérateur avec conservation du numéro anciennement attribué.

Le Conseil a donc enjoint à France Télécom, dans l'attente d'une décision au fond, de suspendre, pour tous les contrats « *Numéros Accueil* » signés à une date antérieure ou concomitante à la date de la décision qui feraient l'objet d'une résiliation avec portage du numéro spécifique de l'abonné chez un opérateur concurrent, l'application de la clause insérée aux articles 3.3 et 14.4.2 du contrat, relative à la perte du droit d'utilisation des marques de France Télécom et à laquelle se réfèrent également les mandats de portabilité annexés aux conventions d'interconnexion de France Télécom.

De plus, le Conseil a enjoint à la société France Télécom d'en informer, par courrier, dans les deux mois de la notification de la décision, tous ses clients titulaires de contrats « *Numéros Accueil* » signés à une date antérieure ou concomitante à celle de la décision, en joignant en annexe une copie de la décision du Conseil.

Dans un arrêt du 29 avril 2003, la cour d'appel de Paris a jugé que le prononcé de la mesure conservatoire était justifié dans son principe mais excessif dans sa portée, et en a modifié la formulation (voir partie Jurisprudence de la cour d'appel de Paris/Sur les mesures conservatoires).

Décision 03-D-41 du 4 août 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la SA Dyneff à l'encontre de la société Total France et certaines de ses filiales sur les marchés afférents à la commercialisation de produits pétroliers raffinés dans le sud de la France

Dyneff, premier opérateur indépendant exerçant une activité de distribution de produits pétroliers dans le sud de la France, a saisi le Conseil de la concurrence de pratiques mises en œuvre par Total France et certaines de ses filiales dont les sociétés Saram, DPA et SPBA, sur divers marchés afférents à la commercialisation de produits pétroliers raffinés sur les zones de Bordeaux et Port La Nouvelle, et qu'elle estime anticoncurrentielles au regard de l'article L. 420-2 1° du Code de commerce et de l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne. Bien qu'ayant rejeté la demande de mesures conservatoires présentée par Dyneff, le Conseil de la concurrence a adopté une décision originale, dans le cadre d'un litige post-concentration, en prenant acte des engagements pris par Total France et Saram au cours de la séance afin de rétablir la situation concurrentielle sur la zone de Port La Nouvelle.

Rappel des faits

- **Sur la zone de Bordeaux**

Depuis de nombreuses années, Dyneff louait des capacités de stockage à la société DPA, qui atteignaient au 8 février 2002 un volume de 11 000 mètres

cubes utilisables pour le gazole, le fioul domestique et l'essence. Souhaitant augmenter son approvisionnement en produits raffinés importés et limiter sa dépendance vis-à-vis des raffineurs locaux, Dyneff a fait part aux propriétaires de dépôts de stockage de produits pétroliers raffinés sur la zone (dont les sociétés DPA et SPBA, filiales de Total France) de sa volonté d'augmenter ses locations de capacités de stockage pour des distillats (gazole et fioul domestique) dès février 2002 et de disposer de capacités de stockage de fioul lourd dès janvier 2003.

Or, Total France, *via* ses filiales SPBA et DPA, a refusé de lui louer des capacités de stockage pour des distillats avant décembre 2002 et a persisté dans son refus de lui louer des capacités de stockage de fioul lourd depuis le 6 janvier 2003. Dyneff a donc demandé au Conseil de la concurrence de prendre une mesure conservatoire afin d'obliger DPA de lui louer des capacités de stockage de fioul lourd.

- **Sur la zone de Port La Nouvelle**

Jusqu'en 1999, il existait trois dépôts de stockage de produits pétroliers raffinés sur le port de Port La Nouvelle appartenant à Total, PetroFina et Saram (filiale à 100 % de Elf). Ces dépôts étaient approvisionnés exclusivement par voie d'importation, soit grâce à une darse pétrolière sur laquelle peuvent accoster des barges de faible tonnage (13 000 tonnes), soit grâce à un *sea-line* sur lequel peuvent accoster des bateaux de fort tonnage (30 000 tonnes). Ce *sea-line* est une plate-forme en mer située à deux kilomètres des côtes, reliée par *pipe* aux dépôts de stockage de Port La Nouvelle appartenant à Saram, filiale à 100 % de Elf, et exploitée en vertu d'une AOP OSP (autorisation d'outillage privé avec obligation de service public) accordée par le préfet de l'Aude depuis 1968 et renouvelée régulièrement. Cette AOP OSP permettait en principe à Saram d'exploiter le *sea-line* pour son compte, mais l'obligeait également à le mettre à la disposition des tiers quand elle ne l'utilisait pas.

Dans le cadre des opérations de concentration Total/Fina et TotalFina/Elf de 1999 et 2000 autorisées par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, après renvoi par la Commission européenne, Total puis Total Fina se sont engagées à céder deux dépôts de stockage sur le port de Port La Nouvelle, afin de remédier aux effets anticoncurrentiels de ces opérations sur le marché du stockage dans la zone de Port La Nouvelle. À cette occasion, la société Dyneff, souhaitant garantir son indépendance vis-à-vis des raffineurs installés en France, a racheté, le 7 juillet 2000, le dépôt Total de 28 000 mètres cubes et, le 9 mars 2001, le dépôt d'importation DPPLN/PetroFina de 133 000 mètres cubes, afin de s'approvisionner par voie d'importation.

Parallèlement, Dyneff a engagé, dès novembre 2000 des négociations avec Total France, Saram, le Service maritime de navigation du Languedoc-Roussillon (SMNLR), le préfet de l'Aude et la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes. Il a été convenu que ces sociétés parviendraient à un accord visant à créer une structure commune Total/Dyneff chargée d'exploiter le *sea-line* de Port La Nouvelle. Les négociations n'ayant pas abouti fin décembre 2001, le préfet de l'Aude a décidé de conditionner le renouvellement de l'AOP-OSP à la création d'une

société commune Total/Dyneff avant le 30 juin 2002. Malgré de nombreuses initiatives de Dyneff pour voir les négociations aboutir, la société commune n'a pas été créée au 30 juin 2002, de sorte que le préfet n'a pas renouvelé l'AOP OSP. Les négociations se sont poursuivies et, en février 2003, Total France a menacé le préfet de désinstaller le *sea-line* de Port La Nouvelle, faute d'un renouvellement de l'AOP OSP au seul bénéfice de Saram.

Dyneff a donc saisi le Conseil de la concurrence, le 22 avril 2002, en soutenant que Total France et Saram avaient usé de procédés dilatoires pour faire échouer les négociations en vue de la création de la structure commune Total/Dyneff chargée d'exploiter le *sea-line* et, par-là même, avaient empêché Dyneff d'accéder à une infrastructure essentielle, le *sea-line*, depuis le 30 juin 2002. Il en résulte qu'elle ne peut plus importer de produits pétroliers par voie de bateaux de fort tonnage et subit un surcoût d'approvisionnement de l'ordre de 5 euros la tonne transportée contrairement à Total qui, elle, a la possibilité de s'approvisionner par bateaux de fort tonnage sur un autre site à proximité. Dyneff a donc demandé au Conseil de la concurrence de prendre les mesures conservatoires suivantes : faire interdiction à Total France et Saram de désinstaller le *sea-line* ; en assurer la maintenance jusqu'à la décision au fond du Conseil ; faire injonction à Total France d'expliciter ses règles de *vetting* (règles d'acceptation des bateaux pouvant accoster sur le *sea-line*), Total ayant déjà voulu empêcher Dyneff de faire accoster l'un des bateaux qu'elle avait affrété.

Examen de la recevabilité de la saisine au fond

• Éléments procéduraux

Deux points procéduraux importants sont à relever dans cette décision : d'une part, la compétence du Conseil de la concurrence pour examiner les pratiques mises en œuvre par Total France et Saram dans la zone de Port La Nouvelle, d'autre part, les conditions de validité des pièces déposées au cours d'une procédure de mesures conservatoires.

Sur la compétence du Conseil de la concurrence

Total France et Saram considéraient que le Conseil de la concurrence n'était pas compétent pour connaître des faits dénoncés par Dyneff dans la zone de Port La Nouvelle. En effet, la situation à Port La Nouvelle n'était pas le fait d'un comportement de Total France ou de Saram, mais était issue d'une décision du préfet de l'Aude, qui a décidé unilatéralement de ne pas renouveler l'AOP-OSP dont bénéficiait Saram pour exploiter le *sea-line*. Total France et Saram ont donc considéré qu'il s'agissait d'une décision administrative prise dans le cadre de prérogatives de puissance publique, qui se rattache à la gestion du domaine public et qui ressort de la compétence du juge administratif et non du Conseil de la concurrence.

Néanmoins, le Conseil de la concurrence a considéré que les comportements dénoncés ne sont pas ceux du préfet de l'Aude mais ceux des entreprises Total France et Saram. Ces pratiques qui, de toute évidence, ne sont pas le fait de personnes publiques, ne concernent nullement la mise en

œuvre de prérogatives de puissance publique. Dans ces conditions, le Conseil de la concurrence s'est déclaré compétent.

Sur les pièces versées au cours de la procédure

Le Conseil de la concurrence, rappelant sa décision 01-MC-07 du 21 décembre 2001, a considéré qu'aucune disposition du Code de commerce 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 possibles sur le bien-fondé de la demande. Par conséquent, lorsque le rapporteur général, usant de la faculté qu'il tient de l'article 34 du décret nº 2002-689 du 30 avril 2002, décide, pour une meilleure organisation du débat, de fixer des délais aux parties, le dépôt de pièces après l'expiration du temps imparti ne saurait justifier, sur ce seul fondement, 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 ainsi produites.

En l'espèce, le Conseil a constaté, lors de la séance du 8 juillet 2003, que la transmission de la pièce nº 842 le 7 juillet 2003 n'avait pas laissé à la société Dyneff un délai suffisant pour assurer sa défense et l'a donc retirée du dossier. En revanche, le Conseil a estimé que les sociétés Total France et Saram avaient pu faire valoir en séance de nouvelles observations de nature à répondre aux éléments contenus dans la pièce nº 806 à laquelle répondait la pièce nº 842 de sorte que la demande de Total France et Saram de retirer du dossier la pièce nº 806 qui leur a été transmise le 2 juillet 2003 devait être rejetée.

- **Sur la présence d'éléments suffisamment probants**

Sur les marchés pertinents et la position dominante de Total France et ses filiales

Le Conseil a suivi les analyses de la Commission européenne et du ministre de l'Économie dans leurs décisions respectives, relatives aux fusions Total/Fina et TotalFina/Elf. Il a considéré qu'il n'était pas exclu que Total France, individuellement ou *via* ses filiales, soit en position dominante sur les marchés du stockage de produits pétroliers raffinés limités à une zone de 150 à 200 kilomètres autour de Port La Nouvelle et de Bordeaux. De manière plus précise, le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu qu'il existe un marché plus étroit du stockage de produits raffinés importés limité aux seuls dépôts de stockage aptes à recevoir des importations de produits pétroliers raffinés par voie maritime dont la zone de chalandise s'étend de 100 à 150 kilomètres tant sur la zone de Port La Nouvelle que sur la zone de Bordeaux.

Par ailleurs, le Conseil a considéré qu'il n'était pas non plus exclu qu'il existe un segment de marché spécifique au stockage de fioul lourd, dans la mesure où il n'est pas contesté que les installations permettant de recevoir du fioul lourd doivent répondre à des caractéristiques techniques très spécifiques et ne peuvent en aucun cas recevoir d'autres produits raffinés.

Enfin, le Conseil, après avoir constaté que les services portuaires de déchargement de produits pétroliers raffinés rendus par le *sea-line* (accueil de

bateau de fort tonnage) et la darse pétrolière (accueil de bateaux de faible tonnage) étaient imparfaitement substituables pour des raisons techniques et économiques, a rappelé son avis 02-A-01 du 15 février 2002, dans lequel il avait déjà considéré que deux produits, répondant à des caractéristiques techniques différentes et soumis à des contraintes de coûts différentes, peuvent constituer deux marchés de produits distincts, dès lors que ces différences sont, pour les demandeurs, d'une importance telle que ces techniques ne constituent pas des moyens alternatifs de répondre à un même besoin alors même qu'elles sont partiellement substituables. Le Conseil en a donc conclu qu'il n'était pas exclu qu'il existe un marché pertinent des services de déchargement de bateau de fort tonnage limité au port de Port La Nouvelle. Sur ce marché, le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu que Total France, *via* Saram, soit en situation de monopole en tant que propriétaire du *sea-line* et seul opérateur bénéficiant d'une AOP OSP jusqu'au 30 juin 2002.

Sur les pratiques alléguées sur la zone de Bordeaux

Sur le refus de louer des capacités de stockage pour des distillats

Le Conseil a considéré, qu'en l'espèce, les parties mises en cause avaient apporté suffisamment de preuves de nature à démontrer qu'elles étaient réellement dans l'impossibilité de louer à Dyneff, comme à tout autre opérateur, des capacités de stockage de distillats avant décembre 2002. Le Conseil de la concurrence a donc déclaré la saisine irrecevable sur ce point.

Sur le refus de louer des capacités de stockage pour du fioul lourd

Le Conseil a également estimé que Dyneff n'avait pas expressément demandé à DPA de lui louer des capacités de stockage pour du fioul lourd et, qu'en tout état de cause, cette dernière était dans l'impossibilité d'y procéder avant fin 2003, de sorte que la saisine a été déclarée irrecevable sur ce point.

Sur les pratiques alléguées dans la zone de Port La Nouvelle

Sur la mise en œuvre de manœuvres dilatoires pour ne pas créer une structure commune Total/Dyneff

Le Conseil a estimé que si, en première analyse, les difficultés évoquées par Dyneff apparaissent d'ordre contractuel et relèvent du juge du contrat, il n'en demeure pas moins, qu'il ressort des pièces du dossier que Total France et Saram semblent avoir adopté un comportement extrêmement négatif consistant à soulever de nouvelles difficultés à chaque étape du processus de création de la société commune, de sorte qu'il n'est pas exclu que cette pratique ait pu avoir un objet ou un effet anticoncurrentiel et entre dans le champ de l'article L. 420-2 du Code du commerce.

Sur le refus d'accès à une infrastructure essentielle

En revanche, le Conseil a estimé que Dyneff n'a pas rapporté suffisamment d'éléments probants de nature à démontrer que le *sea-line* est une infrastructure essentielle dans la mesure où Dyneff a vu son volume d'importation baisser de 6,4 % seulement suite à la fermeture du *sea-line*, qu'elle a donc trouvé un moyen alternatif d'approvisionnement grâce aux barges pétrolières et à la darse pétrolière de Port La Nouvelle, même si le coût de revient est beaucoup plus important. Par conséquent, le Conseil a exclu un éventuel

abus de position dominante sur le fondement d'un refus d'accès à une infrastructure essentielle.

En conclusion, la saisine a été déclarée recevable, en ce qu'il n'est pas exclu que Total France et Saram ont mis en œuvre des tactiques dilatoires pour ne pas créer une structure commune Total/Dyneff, ces dernières ayant, sous réserve d'une instruction au fond, un objet ou un effet anticoncurrentiel.

Examen de la demande de mesures conservatoires

Dyneff estimait que les pratiques relevées causaient un préjudice grave et irréparable, au secteur pétrolier en général, par la remise en cause de l'effet utile des décisions nationales et communautaires prises à l'occasion des opérations de concentration Total/Fina et TotalFina/Elf ; à Dyneff en l'empêchant de s'approvisionner à un coût raisonnable en produits pétroliers ; aux consommateurs étant donné le risque de voir Dyneff, seul concurrent de Total sur la zone, disparaître.

Tout d'abord, le Conseil de la concurrence a considéré que les décisions des autorités de concurrence, prises à l'occasion des concentrations précitées, n'étaient pas remises en cause, car elles avaient pour objet de permettre à un opérateur pétrolier indépendant de disposer de ses propres capacités de stockage pour offrir une alternative indépendante de celle de TotalFina, puis de celle de TotalFinaElf. Or, le Conseil a constaté que Dyneff, qui demeurait propriétaire des dépôts de Port La Nouvelle, disposait d'un moyen d'approvisionnement alternatif à l'utilisation du *sea-line*, même s'il était plus coûteux, et n'avait subi qu'une chute très modérée de ses importations dans le port de Port La Nouvelle de l'ordre de 6,4 %.

Cette analyse a été confirmée par le fait que le Conseil a noté une augmentation du chiffre d'affaires de Dyneff entre 1999 et 2002, de sorte que la pérennité de l'entreprise n'était pas remise en cause par la fermeture du *sea-line*. Le Conseil a donc considéré que la société Dyneff ne subissait pas de préjudice grave et immédiat résultant des pratiques de Total France et Saram, en rappelant qu'un simple manque à gagner ne suffit pas à justifier l'octroi de mesures conservatoires.

Le Conseil n'a donc pas accordé les mesures conservatoires sollicitées. Il a cependant noté que Total France et Saram se sont engagées, d'une part, à ne pas désinstaller le *sea-line* de Port La Nouvelle, sauf à ce que le préfet de l'Aude leur en donne l'ordre et, d'autre part, à reprendre les négociations menées sous l'égide du préfet de l'Aude, afin de voir *le sea-line* opérationnel au plus vite et dans des conditions équitables de manière à permettre à tout utilisateur d'y avoir accès à des conditions non discriminatoires.

Décision 03-MC-03 du 1er décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Towercast à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société TéléDiffusion de France (TDF)

Dans cette affaire, le Conseil de la concurrence a prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de TDF afin que, conformément aux objectifs de

la directive européenne 2002/77/CE du 16 septembre 2002 qui aurait dû être transposée en droit national au plus tard le 25 juillet 2003 mais ne l'avait pas été à la date de la décision, le secteur de la radiodiffusion publique, puisse s'ouvrir à la concurrence. L'analyse du Conseil de la concurrence a été entièrement confirmée par la cour d'appel de Paris dans un arrêt du 8 janvier 2004.

Le Conseil de la concurrence a été saisi le 25 juillet 2003 par la société Towercast, filiale à 100 % du groupe radiophonique NRJ Group se présentant comme le premier diffuseur privé français de radios en FM. Towercast estime que TDF a abusé de sa position dominante sur le marché de la diffusion des programmes publics en FM, en ayant conclu le 7 juillet 2000, avec Radio France, un contrat d'une durée excessive et dont l'objet est de permettre à TDF de garder le monopole de la diffusion de l'ensemble des programmes de Radio France en modulation de fréquence (FM) jusqu'au 31 décembre 2007, alors que la directive 2002/77/CE est entrée en vigueur le 25 juillet 2003 et prévoit l'ouverture à la concurrence de ce marché. Par ailleurs, Towercast a précisé dans sa saisine que TDF se livre à une pratique semblable sur le marché de la diffusion des programmes publics en modulation d'amplitude (AM), en concluant avec Radio France un contrat confiant à TDF la diffusion de l'ensemble des programmes de Radio France en AM en ondes moyennes jusqu'au 31 décembre 2007 et en ondes longues jusqu'au 31 décembre 2018. Accessoirement à sa saisine au fond, Towercast a demandé, sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce, l'octroi de mesures conservatoires.

Examen de la recevabilité de la saisine au fond

- **La spécificité du cadre juridique**

La société TDF, créée en application de la loi n° 86-1067 du 30 septembre 1986, modifiée le 1er août 2000, relative à la liberté de communication, est titulaire, en application de l'article 51 de ce texte, du monopole de la diffusion et de la transmission en France et vers l'étranger, par tous procédés analogiques de communication, des programmes de Radio France, RFI et RFO et du groupe France Télévisions. Les relations entre TDF et Radio France sont organisées par les articles 47 à 60 du cahier des missions et des charges de Radio France approuvé par le décret du 13 novembre 1987, modifié le 10 octobre 2000. En vertu de ce cadre législatif et réglementaire, TDF est, notamment, en situation de monopole légal pour la diffusion de l'ensemble des programmes de Radio France en FM et en AM, et tenue de conclure avec Radio France des conventions relatives à la diffusion et la transmission de ses programmes par TDF.

La convention du 22 octobre 1992, qui confère à TDF la diffusion de l'ensemble des programmes de Radio France jusqu'au 31 décembre 2002, a été prorogée jusqu'au 31 décembre 2007 par un protocole du 7 juillet 2000 relatif à la mise en place de nouveaux services (293 fréquences) avec effet rétroactif au 1er janvier 2000. De même, la convention AM du 4 mai 1994, d'une durée initiale de 14 ans, venant à expiration au 31 décembre 2007, a été modifiée par deux avenants et un protocole du 13 juillet 2001, qui proroge la convention AM, pour la diffusion en ondes longues du programme France Inter uniquement, jusqu'au 31 décembre 2018. Au-delà du terme

prévu, chaque convention prévoit une reconduction tacite par période annuelle sauf dénonciation notifiée, au moins six mois à l'avance par lettre recommandée avec accusé de réception.

Or, la directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002, relative à la concurrence sur les marchés de réseaux et des services de communications électroniques, est entrée en vigueur en France le 25 juillet 2003, date à laquelle elle aurait dû être transposée en droit national. Elle dispose, en son article 2.1, que « *les États membres ne peuvent accorder ni maintenir de droits exclusifs ou spéciaux pour l'établissement et/ou l'exploitation de réseaux de communications électroniques ou pour la fourniture de services de communications électroniques accessibles au public* ». Deux projets de transposition de la directive ont été déposés le 30 juillet 2003 au bureau de l'Assemblée nationale mais n'étaient pas entrés en application à la date de la séance du Conseil de la concurrence. Le projet de loi sur les communications électroniques et le projet de loi relatif aux obligations de service public des télécommunications et à France Télécom prévoient tous deux la suppression du monopole de diffusion des programmes de Radio France par TDF.

- **Sur la compatibilité de la législation nationale avec la directive 2002/77/CE**

En l'espèce, le Conseil de la concurrence a appliqué la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) et du Conseil d'État en considérant que « *si, en vertu d'une jurisprudence constante, il n'existe pas d'effet direct horizontal des directives permettant à un opérateur de se prévaloir des dispositions d'une directive non encore transposée à l'encontre d'un autre opérateur, une jurisprudence non moins constante de la CJCE (CJCE, 13/11/1990, Marleasing et CJCE, 19/09/2000, État du Grand duché du Luxembourg/ Consorts Linster) et du Conseil d'État (CE Ass., 28 février 1992, SA Rothmann International France et SA Philip Morris, Rec. p. 81 et CE Ass., 30 octobre 1996, SA Cabinet Revers & Badelon, Rec. p. 397) fait obligation aux autorités des États membres d'écarter l'application de la loi nationale, si celle-ci n'est pas compatible avec les objectifs d'une directive non transposée dans les délais ou mal transposée, que cette loi soit antérieure ou postérieure à l'entrée en vigueur de la directive* ».

Le Conseil de la concurrence s'est ensuite rallié à la jurisprudence selon laquelle une telle directive, ne peut avoir comme effet, par elle-même et indépendamment d'une loi interne d'un État membre prise pour son application, de déterminer ou d'aggraver la responsabilité pénale de ceux qui agissent en infraction à ses dispositions (CJCE, Pretore Di Salo, 11/6/1987 et Conseil d'État, Lilly France, 23/6/1995). À cet égard, le Conseil de la concurrence a précisé que cette dernière jurisprudence doit être interprétée à la lumière du récent arrêt de la CJCE dit des « *Allumettes italiennes* » (CJCE, Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) contre Autorita garante della concorrenza e del mercato, 9/9/2003, aff C-198/01), selon lequel en présence de comportements d'entreprise anticoncurrentiels qui sont imposés par une législation nationale, qui en légitime ou en renforce les effets, l'autorité de concurrence nationale est tenue de laisser inappliquée cette législation nationale, mais ne peut infliger de sanctions aux entreprises concernées pour des comportements passés. En revanche, elle pourra infliger des sanctions aux entreprises

concernées pour les comportements ultérieurs à la décision de laisser inappliquée cette législation nationale, une fois que cette décision est devenue définitive à leur égard.

Le Conseil de la concurrence en a donc déduit qu'il fallait laisser inappliquée la législation nationale et considérer que le monopole légal de TDF était caduc à compter du 25 juillet 2003, date à laquelle la directive aurait dû être transposée en droit français, et précisé que si le Conseil, statuant par une décision au fond, estimait que TDF a mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles imposées par la législation nationale, TDF n'encourrait aucune sanction pour des pratiques antérieures à la date à laquelle cette décision deviendrait définitive, mais pourrait, en revanche, être sanctionnée, si cette pratique perdurait après cette date.

- **Sur les marchés pertinents et la position dominante de TDF**

La société TDF estimait qu'en l'absence de dispositions législatives ou réglementaires nouvelles définissant précisément « *le mandat de radiodiffusion de service public* », il n'est pas possible de déterminer le marché pertinent en l'espèce. Le Conseil de la concurrence a, au contraire, considéré que l'absence de dispositions législatives et réglementaires nouvelles définissant précisément le mandat de radiodiffusion de service public ainsi que les obligations de service public pesant sur les sociétés chargées de diffuser les programmes des sociétés publiques ne faisait pas obstacle à la recherche, à ce stade de l'instruction, de la définition de marchés pertinents.

Partant de l'analyse des marchés retenue par le Conseil supérieur de l'audiovisuel, le Conseil de la concurrence a estimé qu'il n'était pas exclu, à ce stade de l'instruction, qu'il existe, au sein du marché de la diffusion technique hertzienne terrestre, un sous-marché de la diffusion de services radio, distinct d'un sous-marché de la diffusion de services télévisuels ; et au sein du marché de la diffusion de services radio, un marché pertinent de la diffusion de services de radio en FM, distinct d'un marché de la diffusion de services de radio en AM.

De plus, se fondant sur le rapport annuel du CSA et ses observations écrites, le Conseil a constaté que sur le marché de la diffusion technique hertzienne terrestre de services de radio en FM, sur les 6 909 fréquences exploitées en France métropolitaine, 4 134 sont diffusées par TDF (dont 2 363 pour la diffusion des programmes de Radio France), soit environ 60 % du nombre de fréquences exploitées tandis que Towercast diffuse 720 fréquences, soit 10,4 % environ du nombre de fréquences exploitées et que 2 055 fréquences sont diffusées par les éditeurs eux-mêmes, soit 29,7 % environ du nombre de fréquences exploitées. De même, le Conseil a relevé que TDF diffuse deux des quatre fréquences ondes longues existant en France et 25 des 26 fréquences ondes moyennes exploitées actuellement. Le Conseil de la concurrence en a donc conclu qu'il n'était pas exclu que TDF soit en position dominante à la fois sur le marché de la diffusion de services de radio en FM et sur celui de la diffusion de services de radio en AM.

• **Sur les conventions d'exclusivité entre TDF et Radio France en AM et en FM**

Le Conseil de la concurrence a d'abord précisé que le fait pour la société TDF, d'avoir conclu des contrats lui conférant l'exclusivité de la diffusion de programmes de Radio France, n'est pas en soi contraire aux dispositions du livre IV du Code de commerce, sauf à ce que les conditions dans lesquelles ils ont été négociés ou les clauses qu'ils contiennent aient pour objet ou pour effet de fausser ou de restreindre, directement ou indirectement, le jeu de la concurrence sur les marchés concernés.

S'agissant de la convention AM, le Conseil de la concurrence a considéré que l'exclusivité de la diffusion conférée à TDF en ondes moyennes (jusqu'au 31 décembre 2007) était justifiée au regard des investissements réalisés pour renouveler les émetteurs de forte puissance, utilisés exclusivement pour la diffusion des programmes de Radio France en ondes moyennes. De même, la prorogation de la convention AM en onde longue à partir du site d'Allouis (jusqu'au 31 décembre 2018) était justifiée, dans la mesure où ce site est exclusivement dédié à la diffusion du programme France Inter de Radio France et qu'en tout état de cause, il n'est pas contesté qu'il n'existe aucun concurrent réel ou potentiel de TDF sur ce marché. Le Conseil de la concurrence a donc rejeté la saisine sur ce point.

En revanche, s'agissant de la convention FM, le Conseil de la concurrence a estimé que la prorogation de cette convention par le protocole du 7 juillet 2000 jusqu'au 31 décembre 2007, assortie d'une clause de reconduction tacite, était de nature à empêcher d'autres diffuseurs, tels que Towercast, de proposer leur service de diffusion à Radio France, avant le 1er janvier 2008 au plus tôt. De plus, le Conseil de la concurrence a constaté que TDF n'avait apporté aucun élément probant de nature à soutenir que les investissements réalisés par TDF pour la mise en œuvre de la convention FM, la durée de vie des équipements mis à la disposition de Radio France ou encore les usages de la profession, justifiaient la prorogation de cette convention jusqu'au 31 décembre 2007. Enfin, le Conseil de la concurrence a estimé, au regard des travaux préparatoires à la directive 2002/77/CE, et notamment la communication de la Commission européenne du 10 novembre 1999, « *Vers un nouveau cadre pour les infrastructures de communications électroniques et les services associés : Réexamen 1999 du cadre réglementaire des communications* », que la Commission avait prévu que le cadre réglementaire futur couvrirait toutes les infrastructures de communications, y compris les réseaux de radiodiffusion et les services associés afin de promouvoir « *un marché européen des services de communication ouvert et concurrentiel* » à l'horizon 2003. Or, le Conseil a relevé que TDF, à l'époque filiale à 100 % de France Télécom, avait fait des observations sur cette communication le 14 janvier 2000, en demandant notamment l'exclusion des installations de radiodiffusion analogique du cadre réglementaire prévu. Le Conseil en a donc conclu qu'il n'est pas exclu, sous réserve d'une instruction au fond, que TDF avait pu savoir, au moment de la renégociation du contrat litigieux le 7 juillet 2000, soit cinq jours avant la publication par la Commission européenne d'un projet de six directives relatif au nouveau cadre réglementaire applicable dont les définitions sont très similaires à celles retenues par la

directive 2002/77/CE, que le secteur de la radiodiffusion publique allait être ouvert à la concurrence à l'horizon 2003.

Constatant que la convention FM, telle que prorogée par le protocole du 7 juillet 2000, avait pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur une partie substantielle du marché en cause en empêchant tout opérateur concurrent de TDF de diffuser les programmes de Radio France, soit 2 363 fréquences représentant 34 % de l'ensemble des fréquences FM, le Conseil de la concurrence a estimé qu'il n'était pas exclu, sous réserve d'une instruction au fond, que cette pratique soit constitutive d'un abus de position dominante au sens des articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du traité CE.

Prononcé de mesures conservatoires

Le Conseil de la concurrence a constaté que la convention FM empêche jusqu'au 1er janvier 2008 tout opérateur concurrent de TDF de diffuser une ou plusieurs fréquences de Radio France en FM. Il a donc estimé qu'il est porté une atteinte grave et immédiate au secteur de la radio et a prononcé des mesures conservatoires en attendant de juger l'affaire au fond.

Radio France, entendue comme témoin en séance, s'est dit prête à tirer parti de l'ouverture à la concurrence afin d'améliorer la qualité de ses programmes, tandis que TDF a admis devoir se préparer à entrer progressivement en concurrence avec d'autres opérateurs pour diffuser les programmes des sociétés publiques comme Radio France, en envisageant notamment de renégocier la convention FM, non pas globalement, mais dans le cadre d'une offre découplée. Tenant compte de ces débats, le Conseil de la concurrence a enjoint à TDF :

– « *de laisser inappliqués les articles 51 et 54 de la loi du 30 septembre 1986 et les articles 47 à 60 du cahier des missions et des charges de Radio France approuvé par le décret du 13 novembre 1987 modifié le 10 octobre 2000, en ce que ces textes ne sont pas conformes aux objectifs de la directive 2002/77/CE du 16 septembre 2002, à compter de la notification de la présente décision et jusqu'à la décision au fond du Conseil de la concurrence* » ;
– « *de proposer, en concurrence avec tout autre opérateur, à toute société nationale de programme qui en ferait la demande [comme Radio France], de nouvelles offres de diffusion de programmes radiophoniques en FM, détaillée site par site et fréquence par fréquence ou groupe de fréquences par groupe de fréquences, à compter de la notification de la présente décision et jusqu'à la décision au fond du Conseil de la concurrence* ».

Ces mesures devraient permettre à Radio France, si elle le souhaite, de renégocier la convention FM en cours ou de procéder à un nouvel appel d'offres et de donner aux opérateurs alternatifs, tels que Towercast, la possibilité de concourir pour obtenir la diffusion de certaines fréquences de Radio France.

La cour d'appel de Paris, après avoir confirmé la décision du Conseil de la concurrence, a d'ailleurs ajouté, que « *la mesure conservatoire ordonnée, qui tend à restaurer l'exercice normal de la concurrence sur le marché considéré, implique nécessairement de laisser inappliquées les clauses du contrat contraires à la directive 2002/77/CE, à savoir l'exclusivité de la diffusion*

des programmes de Radio France en FM accordée à TDF pour une durée totale de sept ans, sans possibilité de résiliation anticipée ».

Décision 03-MC-04 du 22 décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société les Messageries lyonnaises de presse

Par une décision du 22 décembre 2003, le Conseil de la concurrence, saisi par les Messageries lyonnaises de presse (ci-après MLP), qui dénonçaient des pratiques d'éviction mises en œuvre par les NMPP et la SAEM-TP, en position dominante sur le marché de la distribution de la presse au numéro, a prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de ces dernières.

L'organisation de la distribution de la presse

Trois types d'opérateurs interviennent dans le circuit de la distribution de la presse en France. Il y a, en premier lieu, les messageries de presse. Elles sont au nombre de trois et distribuent les titres au niveau national (les NMPP, les MLP et la SAEM-TP). Pour les exportations de la presse française, en revanche, les NMPP sont le principal opérateur du marché.

En deuxième lieu interviennent les dépositaires centraux, qui distribuent la presse que leur confient les trois messageries et certains éditeurs, aux diffuseurs de presse (marchands de journaux/points de vente).

Les dépositaires ne sont pas en concurrence entre eux et bénéficient d'une exclusivité de distribution sur une zone géographique donnée. Ils jouent un rôle central dans la transmission de l'information entre les éditeurs et les diffuseurs de presse et utilisent pour le suivi de la distribution de la presse, un logiciel appelé « *Presse 2000* » conçu par les NMPP, moyennant paiement d'une redevance. Certaines fonctionnalités de ce logiciel, dénommées « *tronc commun* », sont partagées par les NMPP, SAEM TP et les MLP. Elles permettent aux dépositaires d'exercer les fonctions essentielles de leur mission (réception des produits, répartition, 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, etc).

Les MLP ont, quant à elles, développé leur propre système informatique, qui assure la transmission des informations chez le dépositaire. Celles-ci sont ressaisies de façon manuelle par le dépositaire, sur disquette, pour être utilisées par le logiciel « *Presse 2000* ». Il en est de même des informations fournies par « *Presse 2000* » en provenance des diffuseurs (nombre de titres livrés et retournés invendus par points de vente, par exemple) et devant être exploitées par le logiciel des MLP.

Enfin, il y a les diffuseurs de presse (ou marchands de journaux), qui ne peuvent se fournir en titres de presse qu'auprès du dépositaire qui a l'exclusivité de la distribution de ses titres.

Sur la procédure

Le Conseil a rappelé dans cette affaire qu'en matière de mesures conservatoires, le principe du contradictoire régissant les conditions d'accès au dossier et de dépôt des observations des parties devait être aménagé compte tenu de l'urgence de la procédure. En effet, les articles L. 464-1 du Code de commerce et 34 du décret 2002-689 du 30 avril 2002 n'imposent pas de délai pour la production des observations en matière de mesures conservatoires. Dans ce cadre, la jurisprudence admet un délai réduit par rapport à la procédure normale pour déposer et répondre aux observations des parties, dès lors que les entreprises ont été à même de pouvoir préparer leur défense. La Cour de cassation a validé cette approche dans plusieurs arrêts du 4 février 1997.

Dans ces conditions, lorsque le rapporteur général, usant de la faculté qu'il tient de l'article 34 du décret précité, décide, pour une meilleure organisation du débat, de fixer des délais aux parties, le dépôt de pièces après l'expiration du temps imparti ne saurait justifier, sur ce seul fondement 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 ainsi produites.

Le marché concerné et la position des intervenants sur ce marché

À ce stade de l'instruction, le Conseil a considéré que le marché pertinent était celui de la distribution de la presse au numéro, qui représente 70 % de la distribution de la presse.

La société MLP détient environ 15 % de ce marché. En ce qui concerne les NMPP et la SAEM-TP, unies par des liens financiers et juridiques et par leur stratégie commerciale commune, le Conseil a considéré qu'il convenait d'apprécier ensemble leur part de marché qui s'élève à 85 % (hors la presse quotidienne, leur part de marché est de 80 %). Au vu de ces éléments, le Conseil a estimé qu'il ne pouvait être exclu que les NMPP détiennent une position dominante. Il a par ailleurs estimé que cette position était renforcée par le contrôle de 50 % des dépôts de presse.

Les pratiques dénoncées

Trois pratiques ont retenu particulièrement l'attention du Conseil.

- **S'agissant du refus d'accès direct et automatique au logiciel « *Presse 2000* » des NMPP**

Le logiciel « *Presse 2000* » permet aux dépositaires de gérer les flux d'informations avec les diffuseurs, pour tous les titres, quelle que soit la messagerie qui en assure la distribution. Les MLP ont sollicité des NMPP qu'un accès direct soit installé entre leur propre système et le tronc commun du logiciel « *Presse 2000* », afin que les dépositaires ne soient plus contraints de ressaisir les informations données par le logiciel des MLP sur des disquettes et de les charger ensuite sur « *Presse 2000* ». Ces manipulations, qui nécessitent au moins une heure par jour, multiplient les risques d'erreur et provoquent des perturbations, notamment dans la gestion du retour des invendus.

Interrogé par l'Association pour la promotion de la distribution de la presse sur le point de savoir si le logiciel « *Presse 2000* » devait être considéré comme une facilité essentielle, le Conseil a, dans son avis 02-A-08 du 22 mai 2002, précisé dans quelles conditions l'accès à une infrastructure pouvait être considéré comme essentiel à l'exercice de la libre concurrence.

En premier lieu, l'infrastructure doit être possédée par une entreprise qui détient un monopole (ou une position dominante) ; en deuxième lieu, l'accès à l'infrastructure doit être 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 doit pas pouvoir être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents de l'entreprise qui la gère ; en quatrième lieu, l'accès à cette infrastructure doit être refusé ou autorisé dans des conditions restrictives injustifiées et enfin, l'accès à l'infrastructure doit être possible.

Le Conseil a ensuite rappelé 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 à l'exercice de 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.

Plus particulièrement, le Conseil a précisé qu'il était possible que la reproductibilité d'une infrastructure soit contrainte non seulement par ses caractéristiques techniques et financières mais également par des particularités du contexte concurrentiel. En l'espèce, il a pris en compte l'organisation particulière du secteur de la distribution de la presse, autour notamment des principes d'ouverture et de coopération, ainsi que la forte intégration verticale des différents niveaux de la distribution.

En conséquence, le Conseil a considéré que le défaut d'accès direct au tronc commun de « *Presse 2000* » pourrait constituer un handicap concurrentiel de nature à compromettre l'activité des MLP, en les empêchant de développer leur propre système de fonctionnalités à valeur ajoutée en amont et en raison du fait que les NMPP présentaient elles-mêmes à leurs clients les contraintes liées à l'absence d'accès direct comme un argument de vente, de telle sorte qu'il n'était pas exclu, à ce stade de l'instruction, que le refus d'accès direct opposé par les NMPP aux MLP puisse constituer une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce.

- **S'agissant des tarifs proposés par les NMPP et la SAEM-TP**

Le Conseil a considéré que le fait, pour des entreprises en position dominante, de proposer dans leurs barèmes une bonification exceptionnelle (jusqu'à 1,10 % de remise supplémentaire) aux clients éditeurs qui décidaient de quitter les MLP ou de proposer une prime de fidélité pouvant atteindre 1 % aux éditeurs qui leur confiaient l'intégralité de leurs titres étaient susceptibles de constituer un abus de position dominante. En effet, la fixation par une entreprise ou un groupe d'entreprises, en position

dominante, de conditions de vente qui portent sur la totalité des besoins d'un ensemble de clients pour une période donnée, constitue une pratique de fidélisation de nature à fausser le jeu de la concurrence. En d'autres termes, de tels avantages tarifaires pourraient dissuader les éditeurs de changer de messagerie de presse et avoir pour effet de figer les parts de marché.

- **S'agissant du contrat de prestation à l'exportation**

Le Conseil a considéré que le fait, pour les NMPP de proposer un contrat qui conditionne la distribution des titres à l'exportation à un engagement d'exclusivité, en contrepartie d'une remise de fidélité, pourrait être de nature à empêcher le développement de solutions alternatives en rendant avantageuse pour les MLP et leurs clients éditeurs l'exportation de tous leurs volumes par les seules NMPP. Par ailleurs, le fait de proposer de telles clauses et de tirer prétexte de leur refus pour ne pas offrir les prestations demandées pourrait également être assimilé à un refus de vente constitutif d'un abus lorsqu'il est, comme en l'espèce, le fait d'une entreprise en position dominante.

Les mesures conservatoires

Ayant estimé que les pratiques mises en œuvres par les NMPP étaient susceptibles de constituer des pratiques abusives et qu'ainsi la saisine au fond devenait recevable, le Conseil a examiné la demande de mesures conservatoires.

Conformément à l'article L. 464-1 du Code de commerce, 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.

Analysant le secteur de la distribution de la presse, le Conseil a constaté qu'il se caractérisait par une grande concentration de l'offre. En effet, les deux premiers offreurs, les NMPP et la SAEM-TP, ont une part de marché qui atteint 85 %, appartiennent au même groupe de presse et disposent de politiques commerciales très proches, ce qui est de nature à limiter l'intensité de leurs relations concurrentielles. Les MLP, avec 15 % du marché, apparaissent alors comme leur seul concurrent.

Concernant la situation individuelle des MLP, le Conseil a constaté une nette dégradation de leur chiffre d'affaires et de leur résultat brut d'exploitation, la perte de nombreux titres au profit des NMPP.

En conséquence, le Conseil a considéré que les pratiques dénoncées étaient de nature à accroître les difficultés des MLP, d'autant plus que les NMPP présentaient aux nouveaux clients les contraintes liées à l'absence d'accès direct comme un argument de vente et que des éditeurs se plaignaient de la qualité des prestations informatiques offertes par les MLP.

Pour établir le caractère grave et immédiat de l'atteinte portée aux MLP, le Conseil a notamment constaté que les pratiques en cause avaient été récemment exploitées de façon active par les NMPP.

Dans ces conditions, le Conseil, dans l'attente de la décision au fond, a décidé de prendre des mesures conservatoires.

Les injonctions prononcées

Le Conseil a enjoint aux NMPP :

– d'accorder aux MLP, dans un délai de quatre mois et à des conditions économiques équitables, un accès direct au tronc commun du logiciel « *Presse 2000* », en mettant en place – pour chaque dépôt qui le souhaiterait et selon des modalités qui devront faire l'objet d'un accord entre les parties concernées – un transfert automatique de fichiers entre le système informatique des MLP, TID ou équivalent, et « *Presse 2000* » ;
– de suspendre la pratique consistant à subordonner la prestation de ses services de distribution sur les marchés export à la condition que l'éditeur ou le groupement d'éditeurs (messagerie ou autre) concerné s'engage à lui confier l'intégralité de ses titres pour l'exportation ;
– de suspendre le système des remises de fidélité pratiquées à l'égard des éditeurs sur les tarifs de ses services de distribution sur les marchés export ;
– de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans ses barèmes ;

Le Conseil a enjoint à SAEM-TP :

– de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans son barème ;
– de suspendre l'application de la remise de fidélité figurant dans son barème.

Cette décision a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel en date du 12 février 2004.

La jurisprudence du Conseil de la concurrence

■ 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

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 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* ».

Dans la décision 03-D-03, le Conseil a estimé que l'acte par lequel un barreau choisit une assurance collective obligatoire pour ses membres peut être assimilé à une « *activité de production, de distribution ou de services* » au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce. En effet, la souscription d'un contrat d'assurance met en présence deux opérateurs, un demandeur, le souscripteur assuré potentiel, et un offreur, la société d'assurance. Même si le barreau n'intervient qu'en qualité d'intermédiaire entre l'assurance et les avocats pour le compte desquels il souscrit, il accomplit bien un acte de nature économique susceptible d'affecter le fonctionnement du marché concerné.

De même, en adressant à des chirurgiens-dentistes une lettre-circulaire dans laquelle, après avoir, à partir de sa propre interprétation du Code de la santé publique, dénoncé l'illégalité de l'activité de réparation des prothèses dentaires à destination des clients finals exercée par un prothésiste dentaire, il invitait les destinataires à choisir leurs partenaires professionnels « *avec bon sens et confiance* », un conseil départemental de l'Ordre a dépassé la mission de défense des intérêts de la profession dont il a la charge et est intervenu dans une activité de services, au sens de l'article L. 410-1 du Code de commerce, étrangère aux attributions pour lesquelles il est investi de prérogatives de puissance publique (03-D-52).

En revanche, la décision d'homologation de normes et l'apposition par l'Afnor de la marque NF en application de l'article 15 du décret du 26 janvier

1984 fixant le statut de la normalisation, ne constituent pas une activité de production, de distribution et de services et n'entrent donc pas dans le champ de la compétence d'attribution du Conseil, telle qu'elle est définie à l'article L. 410-1 du Code de commerce. En effet, dans un arrêt du 14 octobre 1991, le Conseil d'État a considéré que lorsqu'il homologue des normes, sur délégation du conseil d'administration de l'Afnor, « *le directeur général de cette association ne se borne pas à exprimer une recommandation destinée aux partenaires économiques, scientifiques, techniques et sociaux, mentionnés à l'article 1er dudit décret, mais prend une décision qui présente, en raison des effets qui y sont attachés, un caractère réglementaire ; qu'ainsi la légalité d'une telle décision peut être contestée devant le juge administratif* » (03-D-13).

Dans la décision 03-D-18, le Conseil a estimé que si les missions d'archivage et de dépôt légal de l'Institut national de l'audiovisuel (INA) correspondent à une activité de service public, la cession de droits de diffusion du fonds audiovisuel relève de l'activité commerciale de cet établissement et ne met en jeu aucune prérogative de puissance publique.

Dans la décision 03-D-30, le Conseil rappelle que, selon la jurisprudence européenne, les accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux, destinés à améliorer les conditions d'emploi et de travail, doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas du droit de la concurrence. En revanche, ce dernier est susceptible de s'appliquer « *lorsque les conventions collectives portent sur des matières qui ne relèvent pas de l'essence des négociations collectives ou visent à affecter directement les rapports entre les employeurs et des tiers, tels que les clients, les fournisseurs, les employeurs concurrents ou les consommateurs, en portant atteinte à la concurrence* ». En l'espèce, la convention conclue par la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) et par la Fédération des agents généraux d'assurance (FNSAGA), portant réforme du statut des agents généraux d'assurance, avait pour objet de renforcer les rapports d'exclusivité entre ces agents généraux et les compagnies d'assurance, en limitant leur droit de proposer aux assurés les produits d'autres sociétés d'assurances que ceux de leur société mandante principale. La convention-cadre et les accords d'entreprises subséquents relevaient donc du champ d'application du droit de la concurrence, en ce qu'ils étaient susceptibles d'affecter l'activité de distribution des produits d'assurance des agents généraux.

Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions

Dans la décision 03-D-25, le Conseil n'a pas retenu sa compétence pour connaître de la saisine de la société Holopanoragramme, inventrice d'un support publicitaire, qui dénonçait le refus que lui avait opposé l'établissement Aéroports de Paris auquel elle avait proposé son procédé. Il a estimé que les conventions par lesquelles ADP attribue les autorisations temporaires d'exploitation de différents modes de publicité sur les aéroports, constituent des décisions relatives à la gestion du domaine public se rattachant à l'accomplissement d'une mission de service public au moyen de la mise en œuvre de

prérogatives de puissance publique. Cette décision a été confirmée par la cour d'appel (25 novembre 2003, SARL Holopanoragramme).

Dans la décision 03-D-27, le Conseil s'est déclaré incompétent pour connaître de la plainte d'un avocat concernant la concurrence que lui faisait une maison de justice et du droit installée à proximité de son cabinet du fait des consultations gratuites qui y étaient organisées. La décision de mettre en place ces consultations gratuites émane de personnes publiques ou de personnes privées investies d'une mission de service public et a été prise aux fins d'assurer la mission de service public de l'accès au droit confiée par la loi aux conseils départementaux de l'accès au droit et aux maisons de la justice et du droit, au moyen des prérogatives de puissance publique dévolues à ces institutions. Elle constitue donc un acte administratif échappant à la compétence du Conseil. Les pratiques dénoncées ayant été directement mises en œuvre pour l'exécution d'un acte de puissance publique relatif à l'organisation du service public de l'accès au droit, ne sont pas détachables de l'appréciation de la légalité de cet acte. Le Conseil a précisé dans la même décision qu'il ne lui appartenait pas, de façon générale, de prononcer la nullité de conventions ou clauses contractuelles sur la base de l'article L. 420-3 du Code de commerce, ni de relever et sanctionner une occupation irrégulière du domaine public sur le fondement de l'article L. 442-8 du même code.

Rappelant l'arrêt du 18 octobre 1999 du Tribunal des conflits (Aéroports de Paris), le Conseil a jugé dans sa décision 03-D-33, que l'acte par lequel une municipalité décide de regrouper les services publics administratifs relatifs aux obsèques et les services industriels et commerciaux assurés par la régie municipale constitue une décision administrative, prise dans le cadre de la mission de service public exercée par la commune avec des prérogatives de puissance publique. Seule la juridiction administrative est donc compétente pour examiner si cette décision est, ou non, contraire aux dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce. De même, la pratique résultant de la confusion pouvant naître dans l'esprit des familles, en raison d'inscriptions relatives aux services administratifs et à la régie figurant sur les panneaux implantés en ville, relève de la gestion du domaine public par la ville, au moyen de prérogatives de puissance publique, dans le cadre de missions de service public, dont le Conseil ne saurait connaître. En revanche, les pratiques relatives aux conditions d'installation de la régie municipale dans le complexe funéraire, sa gestion et son fonctionnement en tant qu'offreur de prestations funéraires, qui ne sont pas mises en œuvre dans le cadre d'une mission de service public mais d'une activité économique exercée en concurrence avec d'autres opérateurs privés, relèvent de la compétence du Conseil de la concurrence.

Dans la décision 03-D-36, le Conseil s'est reconnu compétent pour apprécier les pratiques mises en œuvre par une chambre d'agriculture à l'occasion d'une participation active au fonctionnement et à la gestion d'une association privée, n'exerçant aucune mission ou prérogative de puissance publique. En revanche, la décision de la chambre d'agriculture de mettre ses personnels à la disposition de l'association est une décision administrative relative à la gestion de la carrière d'agents publics dont le contentieux relève de la compétence exclusive de la juridiction administrative.

Voir aussi 03-D-41.

La décision éventuellement prise par l'Urssaf d'exonérer une catégorie de personnes du paiement des cotisations et l'appréciation du point de savoir si une telle exonération crée, ou non, une distorsion en termes de concurrence n'entrent pas dans le champ de compétence du Conseil de la concurrence. En effet, l'existence des Urssaf et le contenu de leur mission sont prévus par l'article L. 213-1 du Code de la sécurité sociale. Leur statut est celui d'organismes chargés d'une mission de service public, placés sous le contrôle de l'autorité publique, ainsi que l'a rappelé le Conseil constitutionnel dans sa décision 90-285 du 28 décembre 1990. Le recouvrement des cotisations par les Urssaf constitue l'exercice d'une prérogative de puissance publique, dans le cadre de l'exécution de leur mission de service public et non l'exercice d'une activité économique. Par ailleurs, l'article L. 142-1 du Code de la sécurité sociale confie aux juridictions de l'ordre judiciaire la charge de régler les différends auxquels donne lieu l'application des textes législatifs et réglementaires en matière de sécurité sociale, dès lors que ces questions ne relèvent pas, par leur nature, d'un autre contentieux (03-D-48).

Les mesures éventuellement arrêtées par la direction centrale du matériel de l'Armée de terre du ministère de la défense pour l'organisation des opérations de déminage et de neutralisation des armements ou des munitions sont des décisions prises par l'État dans le cadre de l'organisation d'une mission de service public, au moyen de prérogatives de puissance publique. Le Conseil de la concurrence n'est pas compétent pour en apprécier la légalité (03-D-56).

Dans sa décision 03-D-72, le Conseil déclare irrecevable la saisine en tant qu'elle vise les décisions d'autorisation administrative et d'aides financières, ainsi que le choix et la régularité de la procédure adoptée par une Chambre de commerce et d'industrie pour donner à bail un bâtiment destiné à accueillir un cyclotron. Il ne lui appartient pas, en effet, de se prononcer sur ces décisions, dont l'appréciation relève de la compétence de la juridiction administrative. En revanche, le Conseil se déclare compétent pour examiner et qualifier la prestation de service que constitue la location du bâtiment, au regard des dispositions du livre IV du Code de commerce, dès lors d'une part, que le contrat de bail commercial et le protocole d'accord précisant les modalités de financement de l'opération et les obligations des parties, ne contiennent aucune clause exorbitante du droit commun et ne font usage d'aucune prérogative de puissance publique, et d'autre part, que le bâtiment en cause, n'étant affecté ni à un service public ni à l'usage direct du public, appartient au domaine privé de la Chambre de commerce.

Application du droit communautaire

Dans la décision 03-D-67 relative aux pratiques mises en œuvre par Peugeot et le Groupement des Concessionnaires Automobiles Peugeot (GCAP) dans le secteur de la distribution automobile, le Conseil s'est reconnu compétent pour apprécier la légalité d'éventuelles pressions exercées sur des concessionnaires étrangers du réseau qui auraient produit leurs effets en dehors du territoire national tant au regard du droit français qu'au regard du droit communautaire. « *L'exercice de menaces et pressions sur des concessionnaires*

étrangers, en vue de les amener à limiter leurs ventes à l'exportation à destination de la France, est une pratique de nature à produire des effets sur le territoire national et son examen relève donc de la compétence du Conseil », lequel est compétent pour examiner les effets sur le territoire français des pratiques prohibées par l'article L. 420-1 du Code de commerce, même lorsqu'elles sont mises en œuvre par l'intermédiaire direct ou indirect d'une société implantée hors de France.

Dans la décision 03-D-69, le Conseil qui avait sursis à statuer dans l'attente d'une décision de la Commission européenne sur une demande de renouvellement d'une exemption individuelle, s'est reconnu compétent pour se prononcer sur la licéité des contrats de distribution signés entre la société Ivoclar et ses distributeurs sur le territoire français pour une période, antérieure à la saisine, pendant laquelle le contrat ne bénéficiait pas d'une décision d'exemption accordée par la Commission sur le fondement de l'article 81 § 3 du traité CE. Après avoir bénéficié d'une exemption, le contrat avait fait l'objet d'une lettre administrative de classement de la Commission. Au vu de la jurisprudence communautaire et nationale, le Conseil considère que, n'ayant pas fait l'objet des mesures de publicité prévues par le règlement 17/62, cette lettre de classement ne pouvait être, à proprement parler, qualifiée de décision d'attestation négative ni de décision d'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité CE.

Prescription

Décompte du délai de prescription

Dans la décision 03-D-07, le Conseil a écarté comme prescrits une partie des faits concernant trois marchés publics, aucun acte d'enquête ou d'instruction n'ayant été fait pendant une période de plus de trois ans. En revanche, « *la pratique illicite d'entente sur appel d'offres [étant] constituée par la remise des offres faites par les entreprises, c'est-à-dire, au plus tard, à la date de clôture de l'appel d'offres* », une autre procédure d'appel à la concurrence a pu être examinée, la date de clôture de l'appel d'offres étant intervenue à une date non couverte par la prescription.

Voir aussi 03-D-36.

Effet interruptif à l'égard de l'ensemble des entreprises impliquées dans les pratiques ou à l'égard de l'ensemble des saisines connexes

Dans sa décision 03-D-06, le Conseil a fait application de la jurisprudence constante (notamment, cour d'appel de Paris, SA Seco Desquenne, 9 mars 1999) selon laquelle le Conseil étant saisi *in rem* de pratiques sur un marché, l'interruption de la prescription à l'égard d'une entreprise produit effet à l'égard de toutes les autres qui y sont impliquées, même si aucun acte interruptif de prescription n'a été accompli directement à l'égard de ces dernières.

Voir aussi 03-D-19, 03-D-40.

De la même façon, du fait de la saisine *in rem* du Conseil, la prescription est interrompue à l'égard des pratiques visées dans une saisine non suivie d'acte interruptif dans le délai de trois ans, par des procès-verbaux d'audition se rapportant à d'autres saisines, dès lors que celles-ci concernent des pratiques connexes à celles dénoncées dans la première saisine, et ce, même si la première saisine n'est pas mentionnée dans ces procès-verbaux et qu'une décision de jonction est intervenue à une date ultérieure (03-D-37).

Ces principes ont été rappelés dans la décision 03-D-45 relative au secteur des calculatrices à usage scolaire : « *(...) ainsi qu'il résulte d'une jurisprudence constante, rappelée notamment par la cour d'appel de Paris dans l'arrêt du 17 juin 1992, précité, 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. En conséquence, dès lors 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* ».

Ces principes ont encore été mis en application dans la décision 03-D-68, s'agissant de l'effet interruptif de prescription, à l'égard d'une partie, d'une notification de griefs adressée à d'autres parties et relative à des pratiques différentes de celles qui lui étaient reprochées mais faisant suite à une même saisine. En l'espèce, la saisine avait donné lieu à une première notification de griefs adressée à deux constructeurs automobiles et des groupements de leurs concessionnaires, visant des faits d'ententes. Une notification de griefs complémentaire avait ensuite été adressée au Centre national des professions de l'automobile (CNPA), visant des pratiques de *boycott*. Ce dernier faisait valoir que la notification de griefs initiale n'avait pas interrompu la prescription à son égard, en raison de l'absence d'identité des pratiques visées dans les deux notifications, d'autant que le Conseil avait reconnu l'autonomie des différents faits dont il était saisi, en procédant à la disjonction de la saisine en plusieurs dossiers à compter de l'établissement du rapport. Le Conseil a observé que l'ensemble des griefs notifiés présentait un caractère de connexité, dans la mesure où les pratiques dénoncées avaient toutes pour objet de faire obstacle à la concurrence des mandataires sur le marché de la distribution automobile et que le rôle du CNPA avait été dénoncé, comme celui des constructeurs automobiles, dans la saisine et documenté dans le rapport d'enquête. Par ailleurs, il a relevé que la décision du rapporteur général de disjoindre la saisine initiale en dossiers distincts ne consacrait nullement l'autonomie des faits relevant de chacun des dossiers, mais avait été motivée par la demande d'un constructeur souhaitant communiquer, pour sa défense, des éléments couverts par le secret des affaires.

Pratiques continues

Dans la décision 03-D-40, le Conseil rappelle la jurisprudence constante selon laquelle, s'agissant d'infractions continues, le délai de prescription ne

commence à courir que lorsque la situation délictuelle a pris fin. Par conséquent, des courriers faisant état du « *maintien de la charte de respect de la 1re monte* » donnent à la pratique de mise en œuvre de cette charte un caractère continu. Le Conseil rappelle en outre que si les faits prescrits ne peuvent faire l'objet de griefs, ils peuvent néanmoins être décrits afin d'éclairer les pratiques non prescrites.

Dans la décision 03-D-45, le Conseil a écarté les moyens des parties qui invoquaient la prescription en soutenant d'une part, que les demandes de renseignements adressées par le rapporteur aux fabricants n'entraient pas dans le cadre de la saisine car elles portaient sur des faits postérieurs à la saisine et devaient donc être déclarées nulles, par analogie avec la procédure pénale, le rapporteur ayant agi hors du champ de sa compétence, et d'autre part, que ces demandes de renseignements étaient inutiles et visaient exclusivement à interrompre artificiellement la prescription triennale. Le Conseil relève que « *les demandes du rapporteur relatives aux* "tarifs et conditions de vente" *pour les années 1997 et 1998 visaient à rechercher, d'une part, si les pratiques dénoncées par la saisine s'étaient poursuivies pendant les sept premiers mois de l'année 1997 qui étaient compris dans la saisine datée du 6 août 1997 et, d'autre part, si elles s'étaient continuées au-delà de la date de la saisine. Dès lors, ces actes, relatifs à des pratiques visant le même marché, se rattachant aux comportements économiques dénoncés et visant, pour partie au moins, une période antérieure à la saisine, et, pour le surplus, une éventuelle pratique continue, ont bien été effectués par le rapporteur, dans le cadre de celle-ci, et ne sauraient donc être écartés des débats* ».

Dans la décision 03-D-52, le Conseil a estimé qu'une consigne de *boycott* émise dans une lettre-circulaire antérieure de plus de trois ans à la saisine ne relevait pas d'une pratique continue et ne pouvait donc échapper à la prescription, aucun acte interruptif n'étant intervenu pendant cette période. Le Conseil a considéré que la pratique avait consisté dans l'envoi d'une lettre attirant, à un moment précis, l'attention de chirurgiens-dentistes sur la situation individuelle d'un prothésiste, et non dans la diffusion d'un document auquel les praticiens auraient été amenés à se référer couramment dans l'exercice normal de leur activité. Par conséquent, la circonstance que cette lettre n'avait pas fait l'objet d'une annulation postérieure de la part de son auteur ne saurait attester en elle-même de l'effet continu de la pratique. Par ailleurs, les courriers envoyés à des journaux par l'organisme professionnel auteur de la lettre-circulaire, afin de rappeler des condamnations pénales prononcées à l'encontre de prothésistes et tendant à ce qu'il soit mis fin à la publication des offres de service proposées illégalement par un prothésiste, ne sauraient être considérés comme constitutifs d'un prolongement de l'action initiale mise en œuvre, dès lors que ces courriers visaient un marché distinct.

Actes interruptifs

Dans la décision 03-D-12, le Conseil considère comme interruptif de prescription un procès-verbal par lequel la DGCCRF a recueilli les déclarations d'un ancien dirigeant d'une des entreprises mises en cause, venu spontanément

dans ses locaux pour y dénoncer les pratiques. Il était soutenu, au contraire, qu'en l'absence d'acte positif d'enquête de la part de l'administration (convocation, déplacement), la prescription n'avait pu être interrompue. Le caractère spontané de la déclaration, l'absence de convocation et le fait que le recueil des déclarations a eu lieu dans les locaux de la DGCCRF, sont sans incidence sur la nature de l'acte en cause qui constitue bien un acte d'instruction. Cette analyse a été approuvée par la cour d'appel (25 novembre 2003, SAS Prefall).

Dans la décision 03-D-19, le Conseil a fait application de la jurisprudence (voir notamment, cour d'appel 15/06/1999, Solatrag et Cour de cassation 20/11/2001, Sté Bec frères) selon laquelle la demande de renseignement sur la situation juridique et financière d'une entreprise, émanant du rapporteur, postérieure à la saisine du Conseil, constitue un acte interruptif de prescription.

Voir aussi 03-D-37 (effet interruptif d'une décision de rejet d'une demande de mesures conservatoires et de la transmission d'un rapport d'enquête) et 03-D-40 (effet interruptif de la transmission au commissaire du Gouvernement d'une proposition de non-lieu et de la transmission de la notification de griefs).

Déroulement de la procédure

Enquêtes administratives

Habilitation des enquêteurs

Aucune disposition n'oblige les enquêteurs à présenter une habilitation nominative lorsqu'ils se présentent dans des locaux pour y effectuer des opérations de visite et de saisie (03-D-54).

Utilisation d'enquêtes antérieures à la saisine

Le Conseil a admis, dans sa décision 03-D-26, à l'appui de la notification des griefs, l'utilisation d'enquêtes effectuées antérieurement à la saisine, à l'initiative de la DGCCRF, et que celle-ci avait proposé de joindre au rapport d'enquête demandé dans le cadre de l'instruction. L'utilité de ces rapports d'enquête se justifiait par le fait qu'ils avaient porté sur les mêmes pratiques que celles dénoncées dans la saisine du Conseil. De plus, la demande d'enquête adressée par le président du Conseil à la DGCCRF ne limitait pas le périmètre géographique des investigations à mener. Le Conseil avait déjà estimé, dans sa décision 98-D-52, qu'un rapport d'enquête concernant la même entreprise et les mêmes pratiques que celles visées dans une saisine directe, et ayant le même objet, établi à l'initiative de l'administration, pouvait constituer un élément utile à l'instruction et que son versement au dossier ne portait pas atteinte aux droits de la défense.

Mention des questions dans les procès-verbaux d'audition

Dans la décision 03-D-07, le Conseil considère que l'absence de mention des questions posées par les enquêteurs sur les procès-verbaux d'audition

n'affecte pas la régularité de ces actes. Le Conseil observe que les procès-verbaux en cause ont été établis dans le respect des dispositions de l'article 47 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 applicables à l'époque, que la compétence territoriale de l'enquêteur ainsi que l'objet de l'enquête y sont mentionnés, de même, qu'au début de chaque réponse, l'objet précis auquel elle se rapporte. Par ailleurs, si le Conseil de la concurrence reconnaît aux parties le bénéfice de certaines garanties inspirées de celles applicables à la procédure pénale, les dispositions de l'article 429 du Code de procédure pénale, telles que modifiées par la loi du 15 juin 2000 sur la présomption d'innocence (« *Tout procès-verbal d'interrogatoire ou d'audition doit comporter les questions auxquelles il est répondu* »), invoquées par les sociétés, n'étaient pas applicables aux procès-verbaux figurant dans l'enquête, rédigés avant l'entrée en vigueur de ce nouveau texte. Enfin, aucune autre disposition légale ou réglementaire n'impose que les questions posées aux personnes interrogées figurent dans les procès-verbaux d'audition.

C'est ce dernier principe, affirmé par la cour d'appel dans son arrêt du 23 mai 2000 (EDF/Climespace), qui a été rappelé dans la décision 03-D-12. Le Conseil a observé par ailleurs, qu'en tout état de cause, les griefs notifiés ne s'appuyant sur aucun des procès-verbaux contestés, leur éventuelle irrégularité serait sans effet sur la procédure. Dans son arrêt du 25 novembre 2003 (SAS Prefall) rendu sur le recours formé contre la décision, la cour d'appel n'a pas jugé que les enquêteurs auraient manqué au principe de loyauté dans la conduite de l'enquête administrative.

Voir aussi 03-D-36 (s'agissant du caractère manuscrit, et donc prétendument illisible, du procès-verbal).

Mention de l'objet de l'enquête sur les procès-verbaux

Dans la décision 03-D-17, le Conseil a rappelé la jurisprudence de la Cour de cassation (arrêt Bec frères du 20/11/2001) selon laquelle la mention préimprimée sur le procès-verbal de ce que 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. Dès lors, la contestation de la validité du procès-verbal, au motif que l'objet de l'enquête n'aurait pas été indiqué à la personne entendue avant son audition, contrairement au texte préimprimé figurant en première page du procès-verbal, ne peut être accueillie, aucun élément ne prouvant que les déclarations transcrites auraient été obtenues au moyen de manœuvres déloyales qui auraient conduit la personne entendue à se méprendre sur la portée de ses propos.

Voir aussi 03-D-31 et 03-D-40.

Dans la décision 03-D-26, le Conseil a rejeté le moyen par lequel il était soutenu que la seule mention « *enquête relative à la vérification du respect des dispositions des titres III et IV de l'ordonnance du 1er décembre 1986* » ne permettait pas d'établir que les personnes entendues avaient été informées de l'objet de l'enquête, cette carence n'étant comblée par aucun élément intrinsèque ou extrinsèque aux procès-verbaux, et que les questions des enquêteurs avaient porté sur des sujets dépassant le cadre de l'enquête. Le Conseil observe que les documents sur lesquels s'appuie la notification de griefs, ont été remis par des cadres interrogés dans le cadre de l'enquête et

signataires des procès-verbaux concernés et qu'ils concernaient spécifiquement les pratiques commerciales visées dans la saisine.

Validité des procès-verbaux au regard des règles du nouveau Code de procédure civile

Les dispositions du nouveau Code de procédure civile sur la validité des attestations – et notamment l'article 202 selon lequel « *l'attestation contient la relation des faits auxquels son auteur a assisté ou qu'il a personnellement constaté* » – ne sont pas applicables aux procédures suivies devant le Conseil de la concurrence (03-D-12).

Manquement par les enquêteurs à l'objectivité ou à l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves

Dans la décision 03-D-07, pour écarter le doute émis sur l'objectivité des enquêteurs, le Conseil retient que les déclarations collectées sont accompagnées et étayées par des documents remis par les entreprises et collectivités concernées. Au demeurant, même si cette critique devait être fondée, elle ne suffirait pas à démontrer que les droits de la défense ont été compromis. Le Conseil rappelle à cet égard, citant une décision de 1998 relative à des « *marchés de travaux publics dans l'Hérault, Solatrag et autres* », que le rapport administratif d'enquête n'est qu'une pièce parmi d'autres de la procédure, et qu'il ne préjuge ni de l'analyse du rapporteur, soumise au débat contradictoire, ni de la décision du Conseil.

Dans sa décision 03-D-15, le Conseil a décidé qu'était nul et devait par conséquent être écarté des débats, le procès-verbal de constat établi par un enquêteur qui s'était présenté à l'entreprise (de pompes funèbres) comme un client, au lieu de décliner sa véritable qualité, et qui n'avait donc pas énoncé l'objet de son enquête. En cela, cet enquêteur a utilisé des méthodes déloyales et « *le droit à un procès équitable, énoncé à l'article 6-1 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi qu'à l'article 14-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, impose le respect du principe de loyauté dans le cadre de la recherche des preuves* ». En revanche, s'il est de jurisprudence constante que la nullité d'un acte de procédure entraîne la nullité de tous les actes subséquents induits par les diligences irrégulières précédemment effectuées, des procès-verbaux de déclarations postérieurs qui n'abordent pas la question (de l'agencement des locaux) objet du procès-verbal entaché d'irrégularité et qui présentent un caractère d'autonomie par rapport à ce dernier, peuvent être maintenus au dossier.

Aucune disposition légale ou réglementaire ne fait obligation aux enquêteurs de communiquer aux personnes entendues en cours d'enquête les pièces qui ont déjà été recueillies (03-D-40).

Conformément à l'article L. 450-2 du Code de commerce, l'apposition par le représentant d'une entreprise de sa signature sur le procès-verbal fait foi, jusqu'à preuve contraire, de la sincérité et de l'exactitude des déclarations qui y ont été relevées (03-D-46).

Défaut d'audition des représentants des personnes morales mises en cause dans la notification de griefs – Opposabilité des éléments recueillis au cours de l'enquête

Le fait que des entreprises mises en cause n'aient pas été entendues, au cours de l'enquête administrative, est sans effet sur la régularité de la procédure. En effet, le Conseil est saisi *in rem* du fonctionnement d'un marché. Il ne lui est possible de déterminer les personnes qui doivent être appelées à présenter des observations qu'au moment de la notification des griefs. Les documents et déclarations sont opposables non seulement aux entreprises auprès desquelles ils ont été régulièrement saisis ou recueillis, mais également aux entreprises concernées par ces documents ou déclarations (03-D-36). Cette position a été rappelée par la cour d'appel dans l'arrêt SAS Prefall du 25 novembre 2003.

Saisine du Conseil de la concurrence

Nature de la saisine

La saisine du Conseil de la concurrence ne peut être assimilée à une action en justice mais constitue un acte de la vie civile. Par conséquent, le président d'une association de la loi de 1901 regroupant diverses organisations professionnelles peut valablement saisir le Conseil, même si les statuts prévoient la nécessité d'une délibération du conseil d'administration pour l'habiliter à agir en justice (03-D-26).

Recevabilité de la saisine

• Éléments devant être joints à la saisine

Si l'article 6 du règlement intérieur du Conseil de la concurrence énonce que « *... lorsque le demandeur est une entreprise, la saisine mentionne le chiffre d'affaires des trois derniers exercices ; elle est accompagnée des bilans et comptes de résultat correspondants...* », aucune disposition législative ou réglementaire ne prévoit que ces dispositions, d'ordre interne, seraient prescrites à peine d'irrecevabilité ou de nullité de la saisine. En conséquence, le moyen selon lequel devrait être déclarée irrecevable la saisine qui ne contiendrait ni chiffres, ni documents comptables correspondants, doit être écarté (03-D-06).

Dans la décision 03-D-17 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes, le Conseil a également rejeté le moyen suivant lequel, faute d'éléments probants résultant des rapports d'enquête administrative qui lui étaient joints et qui écartaient toute concertation sur les prix entre les sociétés mises en cause, la saisine ministérielle devait être déclarée irrecevable. En effet, aux termes de l'article L. 462-5 du Code de commerce, 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 dudit Code. En outre, le Conseil n'est pas lié par les conclusions des rapports administratifs d'enquête.

• Absence d'habilitation expresse du représentant d'une organisation syndicale ou professionnelle

Dans la décision 03-D-42, le Conseil a admis la recevabilité de la saisine d'une organisation professionnelle qui n'avait pas justifié du mandat donné à son représentant. L'auteur de la saisine était le Centre national des professionnels de l'automobile (CNPA), pris en la personne de son président national, conformément aux statuts de cette organisation professionnelle qui prévoyaient notamment que le président national bénéficiait d'une délégation permanente et des pouvoirs les plus étendus pour l'administration intérieure du CNPA et qu'il représentait ce dernier en justice. Faute d'autres dispositions dans les statuts restreignant ses pouvoirs, notamment en soumettant son pouvoir de saisir le Conseil à une décision des instances nationales, le président avait qualité pour saisir le Conseil.

De même, dans la décision 03-D-66, le Conseil a retenu l'intérêt pour un syndicat professionnel à le saisir, nonobstant l'absence de mention explicite à cet égard dans ses statuts. Il résulte, en effet, de l'article L. 462-5 du Code de commerce, que les organismes habilités à consulter le Conseil de la concurrence, énumérés à l'article L. 462-1, alinéa 2 peuvent le saisir pour toute affaire concernant les intérêts dont ils ont la charge. En l'espèce, ces intérêts étant définis par l'article 4 des statuts du syndicat concerné comme les « *intérêts économiques matériels et moraux de toutes les professions du négoce et de la réparation automobile* », les pratiques dénoncées sont bien de nature à leur porter atteinte. Le président du même syndicat a également qualité pour agir devant le Conseil, même si les statuts désignent le seul conseil d'administration comme l'organe décisionnel du syndicat et si le président ne peut justifier d'une autorisation expresse de cet organe. En effet, en l'absence de toute disposition régissant les modalités de l'action en justice des syndicats professionnels ou des associations, la Cour de cassation et le Conseil d'État ont arrêté le principe selon lequel, lorsque des statuts désignent un organe pour représenter une association ou un syndicat en justice, ils sont présumés, en l'absence de dispositions contraires, lui avoir donné le pouvoir de décider d'agir. En l'espèce, les statuts prévoyant que : « *Le président dirige les discussions dans les réunions du bureau, du conseil, de l'assemblée. Il surveille et assure l'observation des statuts et règlements intérieurs. Il signe tous actes, toutes mesures ou tous extraits des délibérations intéressant le syndicat, vise les pièces de dépenses à payer, représente le syndicat vis à vis des tiers et de l'autorité publique. Le président représente le syndicat en justice, soit comme demandeur, soit comme défendeur, soit comme partie civile* » et, en l'absence de toute autre disposition, le pouvoir de représentation devant les autorités publiques, ainsi conféré au président, doit être interprété comme comportant celui d'agir devant le Conseil de la concurrence.

• Qualité pour agir

L'ancien concessionnaire automobile qui n'exerce plus en nom propre, à la date de la saisine, aucune activité commerciale sur le marché en cause et qui ne dispose d'aucun mandat pour représenter une société concernée par la pratique dénoncée, n'a pas qualité pour saisir le Conseil (03-D-70).

Il en est de même du salarié d'une société de taxi, qui ne saurait être considéré comme une entreprise au sens de l'article L. 462-5 du Code de commerce. C'est la société de taxi, et elle seule, qui est détentrice de l'autorisation de stationnement sur la voie publique, autorisation requise pour l'exercice de la profession de chauffeur de taxi. À défaut de pouvoir exciper d'une telle autorisation administrative, le salarié demeure une personne physique qui n'exerce pas une activité économique au sens du droit de la concurrence. Il ne peut non plus se présenter comme le représentant légal de la société de taxi qui l'emploie et prétendre agir en son nom (03-D-71).

Devant le Conseil de la concurrence, une entreprise peut se faire représenter par la personne de son choix. Il n'y a donc pas lieu de faire application de l'article 4 de la loi du 31 décembre 1971, au terme duquel : « *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 quelle que nature que ce soit* », à moins qu'une disposition législative ou réglementaire spéciale en dispose autrement, ce qui n'est pas le cas en l'espèce (03-MC-03).

Examen des mesures conservatoires

Recevabilité des demandes de mesures conservatoires

• Lien avec la saisine au fond

Dans la décision 03-D-42, le Conseil rejette la demande de mesures conservatoires, en ce qu'elle ne trouve pas son origine dans les conséquences des pratiques dénoncées dans la saisine au fond. Ces dernières ne sont pas invoquées au titre des mesures conservatoires et, réciproquement, la demande de mesures conservatoires est fondée sur des faits distincts de ceux auxquels il est fait allusion dans la saisine au fond.

En revanche, rien ne s'oppose à ce qu'une demande de mesures conservatoires puisse concerner des éléments nouveaux intervenus postérieurement à la saisine au fond, s'ils se rattachent aux pratiques initialement dénoncées (03-MC-04).

Instruction des mesures conservatoires

• Étendue des investigations

Le Conseil doit rechercher, à l'occasion de l'examen d'une demande de mesures conservatoires, si les pratiques dont il est saisi sont susceptibles de tomber sous le coup des prohibitions visées au titre II du Livre IV du Code de commerce. À cet égard, il peut « *recueillir en exerçant les pouvoirs d'investigation dont il dispose* » tous les éléments propres à éclairer la situation et à lui permettre de prendre une décision, notamment les « *éléments immédiatement disponibles* » qui pourraient être en possession des enquêteurs comme ayant été réunis dans le cadre d'une autre procédure (03-D-23).

- **Délais de procédure**

Aucune disposition 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 possibles sur le bien-fondé de la demande. Lorsque le rapporteur général, usant de la faculté qu'il tient de l'article 34 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, décide, pour une meilleure organisation du débat, de fixer des délais aux parties, le dépôt de pièces après l'expiration du temps imparti ne saurait justifier, sur ce seul fondement, 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 ainsi produites (03-D-41).

Voir aussi 03-D-42, 03-MC-03 et 03-MC-04.

L'urgence, caractéristique de toute demande de mesures conservatoires, s'impose également à toutes les parties et il n'est pas démontré en quoi les délais très brefs qui ont été impartis à une société pour présenter ses observations ou répondre aux questions posées par la rapporteure, dans un courrier électronique, auraient porté atteinte à ses droits de la défense (03-MC-03).

- **Respect du contradictoire et des droits de la défense**

Alors même que la société mise en cause n'a pu accéder au dossier avant son audition par la rapporteure, les droits de la défense et le contradictoire ont été respectés dès lors que ladite société a été informée oralement par la rapporteure des griefs allégués par la société saisissante, qu'elle a pu lire intégralement la saisine lors de son audition, que l'identité et l'objet de la saisine étaient mentionnés dans la convocation à l'audition, que les termes de cette convocation permettaient d'exclure qu'elle ait pu ignorer qu'elle allait être entendue sur les conventions litigieuses et enfin, qu'elle a admis en séance que les questions posées lors de son audition ne l'avaient pas amenée à s'auto-incriminer (03-MC-03).

Bien-fondé de la demande de mesures conservatoires

- **Immédiateté de l'atteinte**

Dans la décision 03-D-59, le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu que les pratiques dénoncées par la chaîne d'information I>Télé et le groupe Canal Plus, à l'occasion du conflit opposant le groupe Canal Plus à TF1 et LCI, à propos de la rupture du contrat de distribution des programmes de la chaîne d'information I>Télé sur le bouquet satellitaire TPS, revêtent un caractère anticoncurrentiel. En particulier, le Conseil a indiqué que la différence de traitement pratiquée par le groupe TF1 entre LCI et I>Télé, qui ne paraît être justifiée par aucun critère clair et objectif, pouvait conduire à une discrimination entre ces chaînes et était susceptible d'être qualifiée d'abus de position dominante. Il a estimé par ailleurs, qu'il n'est pas non plus exclu qu'il ait pu exister avant 2003 une entente entre les groupes TF1 et Canal Plus sur le marché de l'achat des chaînes thématiques par les sociétés de télévision payante. Toutefois, le Conseil a rejeté la demande accessoire de mesures conservatoires, considérant que si les pratiques dénoncées étaient de nature

à porter atteinte aux consommateurs et à l'intérêt du secteur, cette atteinte n'avait pas, à la date du prononcé de sa décision, de caractère immédiat dès lors que la résiliation du contrat de diffusion avait été repoussée au 30 juin 2004 par le juge des référés.

Dans la décision 03-MC-04, confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 février 2004, le Conseil a tenu compte du caractère récent de plusieurs des éléments produits par la plaignante. Il en ressortait que les effets des pratiques dénoncées, qui perduraient certes depuis plusieurs années, avaient été récemment exploités de façon active par les entreprises mises en cause et étaient susceptibles de porter à la plaignante une atteinte grave et immédiate.

- **Atteinte grave et immédiate aux intérêts de l'entreprise**

« *Un manque à gagner, à le supposer démontré, est insuffisant à lui seul pour caractériser l'atteinte grave et immédiate justifiant le prononcé de mesures d'urgence* » (03-D-59).

« *Un manque à gagner ou un simple risque hypothétique sur la pérennité de l'entreprise ne peut en aucun cas caractériser une atteinte grave et immédiate à l'intérêt de l'entreprise* » (03-MC-03).

Bien que la dégradation de la situation de l'entreprise plaignante puisse avoir plusieurs causes, les pratiques dénoncées sont de nature à accroître ces difficultés, voire à en constituer la cause première (03-MC-04).

Dans la décision 03-MC-01, le Conseil a relevé que les abonnés et prospects des chaînes de télévision à péage tiennent compte des annonces de modification de contenu des programmes, pour déterminer leur choix en matière d'abonnement. Le flux des abonnements et désabonnements étant permanent, l'annonce de l'attribution de l'exclusivité des droits du championnat de Ligue 1 à Canal Plus, dès lors qu'elle serait considérée comme définitive par le public, portait une atteinte immédiate aux conditions de commercialisation des abonnements de TPS (acquisition de nouveaux abonnés et renouvellement d'abonnements). Le Conseil a souligné à cet égard que le dommage engendré serait d'autant plus grave que la rigidité des mécanismes d'abonnement (durée annuelle, modalités de résiliation, contraintes techniques liées à un changement d'opérateur) rendraient très difficilement réversibles les pertes d'abonnés enregistrées pendant cette période.

Voir aussi 03-MC-02 (*infra*).

- **Atteinte grave et immédiate au secteur ou à l'économie**

Dans la décision 03-MC-01, le Conseil a relevé que la disparition de l'un des deux opérateurs de télévision par satellite aurait des conséquences importantes, non seulement sur le marché concerné, mais également sur plusieurs marchés aval et sur l'ensemble des offreurs de programmes, réduisant ainsi le choix des consommateurs.

Le fait pour TDF d'avoir, en juillet 2000, prorogé la convention FM jusqu'au 31 décembre 2007, avec pour conséquence de conserver jusqu'à cette date le monopole de la diffusion des programmes de Radio France, alors qu'il était prévu que ce secteur soit ouvert le 25 juillet 2003, cause une atteinte grave et immédiate au secteur de la radio (03-MC-03).

L'atteinte au secteur résulte de l'atteinte portée à l'entreprise plaignante, seule concurrente de l'entreprise dominante dont les pratiques sont dénoncées (03-MC-04).

Voir aussi 03-MC-02 (*infra*).

- **Atteinte grave et immédiate aux intérêts des consommateurs**

Dans la décision 03-MC-01, le Conseil de la concurrence a relevé le risque pour les consommateurs d'un retour à une situation d'exclusivité de Canal Plus pour la diffusion du Championnat de Ligue 1, le financement d'une telle exclusivité pouvant se traduire par une augmentation du prix des abonnements.

Dans un contexte de mise en place de la portabilité des numéros (*i.e.* de la possibilité offerte aux abonnés au téléphone de changer d'opérateur tout en conservant le même numéro d'appel), devant se traduire par une augmentation du degré de concurrence sur un marché en pleine croissance et générateur de forts revenus pour les opérateurs, les pratiques susceptibles de ralentir l'ouverture à la concurrence du marché des services spéciaux de libre appel et à coûts partagés, non seulement faussent le jeu de la concurrence entre les opérateurs alternatifs, mais portent une atteinte grave et immédiate au secteur concerné, aux entreprises victimes des pratiques et aux consommateurs (03-MC-02).

Nature des mesures conservatoires accordées

- **Mesures conservatoires ne pouvant être accordées**

Le Conseil de la concurrence ne peut adopter une mesure conservatoire consistant à enjoindre à une société qui n'est pas partie en la cause, une obligation de faire ou de ne pas faire. Dans un arrêt du 2 avril 1999, la cour d'appel de Paris a jugé, en effet, que « *les mesures décidées par le Conseil, en ce qu'elles sont subordonnées à la décision d'une autorité tierce, n'entrent pas dans le champ des prévisions de l'article (...) L. 464-1 al. 3 du Code de commerce* » (03-MC-03).

- **Mesures conservatoires pouvant être accordées**

Dans la décision 03-MC-01, saisi par la société TPS d'une plainte pour abus de position dominante et entente dirigée contre la Ligue de football professionnel (LFP) et les sociétés Canal Plus et Kiosque en raison de pratiques mises en œuvre à l'occasion de l'attribution des droits de diffusion des matchs de football de Ligue 1, le Conseil a notamment considéré qu'il ne pouvait être exclu :

– que les droits de diffusion des matchs du championnat de Ligue 1 constituent un produit essentiel pour l'activité des télévisions à péage ou, à tout le moins, un élément crucial pour leur développement et que leur attribution en exclusivité à Canal Plus, opérateur en position dominante sur le marché de la télévision à péage, puisse avoir des effets restrictifs de concurrence ;
– que les incertitudes du règlement de la consultation sur la définition et la recevabilité des offres globales et sa mise en œuvre aient pu avoir pour objet ou pour effet de créer une discrimination entre Canal Plus et TPS ;

– que l'offre de Canal Plus, en position dominante sur le marché de la télévision à péage, combinant des valorisations faibles lot par lot et une prime d'exclusivité très élevée, puisse être considérée comme une offre d'éviction dirigée contre TPS ;
– qu'il ait pu exister une concertation entre Canal Plus et la LFP afin de favoriser les offres de Canal Plus, compte tenu des liens contractuels entre Canal Plus et des clubs dont les présidents siègent au conseil d'administration de la LFP.

Constatant l'existence d'une atteinte grave et immédiate à l'entreprise plaignante, au secteur concerné et à l'intérêt des consommateurs, le Conseil de la concurrence a, notamment, enjoint à la LFP et à Canal Plus et Kiosque de suspendre les effets de la décision d'attribution des droits de diffusion des matchs de football de Ligue 1, prise par le conseil d'administration de la LFP en décembre 2002, jusqu'à l'intervention de la décision du Conseil de la concurrence sur le fond.

Saisie d'un recours contre cette décision, la cour d'appel de Paris a ordonné, avant dire droit, une médiation entre les parties qui a abouti à un accord homologué par arrêt de la cour en date du 29 avril 2003 (voir partie Jurisprudence de la cour d'appel de Paris/Procédure suivie devant la cour/Sur le prononcé de mesures avant dire droit et la médiation judiciaire).

Dans la décision 03-MC-02, le Conseil a estimé que les pratiques de France Télécom, titulaire des marques « *numéro vert* », « *numéro indigo* » et « *numéro azur* » en usage dans le secteur des services téléphoniques spéciaux de libre appel et d'appels à coûts partagés, consistant à interdire contractuellement à ses abonnés l'usage de ces dénominations dans le cas où ils changeraient d'opérateur en choisissant de bénéficier de la « *portabilité* » des numéros (*i. e*. possibilité offerte aux abonnés de changer d'opérateur tout en conservant le même numéro d'appel), revenaient à les dissuader de quitter l'opérateur historique compte tenu de la très forte identification de ces marques aux services téléphoniques concernés. Le Conseil, considérant que ces pratiques étaient de nature à faire obstacle à la pénétration du marché par de nouveaux opérateurs, a enjoint à France Télécom de suspendre l'application de la clause prévoyant la perte du droit d'utilisation de ces trois marques, pour les contrats « *numéros accueil* » signés au jour de la décision et qui feraient l'objet d'une résiliation avec portage du numéro de l'abonné chez un opérateur concurrent.

Dans la décision 03-MC-03, le Conseil a considéré qu'il était tenu de laisser inappliquées les dispositions d'une loi nationale (les articles 51 et 54 de la loi du 30 septembre 1986) conférant à TDF le monopole de la diffusion des programmes de Radio France notamment, ainsi que les dispositions du cahier des missions et des charges de Radio France approuvées par décret, qui étaient non conformes aux objectifs d'une directive européenne (directive 2002/77/CE), et ce, alors même que cette directive n'avait pas été transposée en droit interne à la date prévue. Le Conseil a fait application de la jurisprudence de la CJCE et du Conseil d'État selon laquelle les États membres ont obligation d'écarter l'application de la loi nationale incompatible avec les objectifs d'une directive, non transposée dans les délais ou mal transposée, et a considéré, en conséquence, que le monopole légal dont

bénéficiait TDF pour la diffusion des programmes de Radio France, était devenu caduc à compter de la date prévue pour la transposition de la directive en droit interne. Le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu que TDF ait abusé de sa position dominante sur le marché de la diffusion des services de radio en modulation de fréquence, en concluant avec Radio France, en juillet 2000, un contrat qui prolongeait son exclusivité pour la diffusion des programmes de la station en FM jusqu'à la fin 2007, alors que la directive CE, qui aurait dû être transposée en droit interne en juillet 2003, prévoyait l'ouverture du secteur à la concurrence. En conséquence, il a enjoint à TDF de ne plus se prévaloir de son monopole légal, devenu caduc, jusqu'à la décision au fond et de proposer, en concurrence avec les autres opérateurs, à toute société nationale de programmes qui en ferait la demande, de nouvelles offres de diffusion de programmes radiophoniques détaillées (par site et par fréquence), en conformité avec la nouvelle législation communautaire.

Cette décision a été l'occasion pour le Conseil de rappeler que depuis l'entrée en vigueur de la loi sur les nouvelles régulations économiques du 15 mai 2001, l'article L. 464-1 du Code de commerce donne compétence au Conseil de la concurrence pour prendre « *les mesures [conservatoires] qui lui apparaissent nécessaires* », sans qu'il soit nécessaire qu'elles soient définies par les parties. Le Conseil de la concurrence n'est donc pas lié par la demande de mesures conservatoires, telle que formulée par les parties.

La décision 03-MC-03 a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 8 janvier 2004 (TDF).

Dans la décision 03-MC-04, le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu que les NMPP (Nouvelles messageries de la presse parisienne) et la Société auxiliaire pour l'exploitation des marchandises Transports presse (SAEM-TP), appartenant toutes deux au groupe Hachette, détiennent, avec 85 % du marché de la distribution de la presse au numéro, une position dominante. Il n'a pas exclu non plus que le refus d'accès direct et automatique au logiciel « *Presse 2000* » opposé par les NMPP aux Messageries lyonnaises de presse (MLP), puisse constituer un abus de cette domination. Par ailleurs, constatant les liens financiers et juridiques existant entre les NMPP et de la SAEM-TP et le fort parallélisme de leur politique commerciale, le Conseil n'a pas exclu qu'il soit nécessaire de prendre en compte la position conjointe des deux opérateurs pour évaluer l'effet sur la concurrence de leurs pratiques tarifaires et que, dans ces conditions, leurs pratiques tarifaires de fidélisation soient anticoncurrentielles. Constatant l'existence d'une atteinte grave portée aux MLP, seul concurrent des NMPP, et par conséquent au secteur, il a enjoint aux NMPP, en attendant la décision au fond, d'accorder aux MLP un accès direct au logiciel « *Presse 2000* », dans des conditions économiques équitables, en mettant en place un transfert automatique de fichiers entre ce logiciel et le système informatique des MLP. Il a également enjoint aux NMPP et à la SAEM-TP de ne pas reconduire les systèmes de bonification exceptionnelle figurant dans leurs barèmes et de suspendre l'application de leurs remises de fidélité.

La décision 03-MC-04 a été confirmée par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 12 février 2004 (SAEM et NMPP).

Jugement des mesures conservatoires accordées

Voir partie Jurisprudence de la cour d'appel de Paris/Procédure suivie devant le Conseil/Participation des mêmes membres du Conseil aux délibérés de la décision de mesures conservatoires et de la décision au fond/Arrêt du 4 février 2003 (SA Sogec Gestion).

Instruction

Absence de signature sur la demande d'enquête

La démonstration de ce que la note d'orientation, non signée, fixant les orientations de l'enquête et annexée à la lettre adressée par la présidente du Conseil à la DGCCRF, a bien été établie par la rapporteure désignée pour instruire le dossier, conformément aux dispositions de l'article 50 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, résulte du rapprochement entre la décision de désignation de cette dernière et du contenu du courrier de la présidente demandant à l'administration « *de faire procéder à une enquête dont les orientations sont définies dans la note ci-jointe* » tout en l'informant de la désignation de la rapporteure à laquelle il devait être rendu compte « *du déroulement de l'enquête* » (03-D-21). Cette solution a été à plusieurs reprises retenue par les juridictions de contrôle (voir notamment cour d'appel 14/01/2003, SA Eurovia ; Cour de cassation 26/11/2003, société TF1).

La notification des griefs

- **Sur l'ambiguïté pouvant résulter de l'énoncé des griefs**

Dans la décision 03-D-01, le Conseil a écarté les critiques des sociétés mises en cause, qui soutenaient que le manque de clarté de l'énoncé initial d'un grief d'entente générale sur les prix, affectait gravement leurs droits de la défense dans la mesure où elles avaient pu se méprendre sur l'étendue de la période pour laquelle les pratiques leur étaient reprochées. La rapporteure avait admis, au stade du rapport, la réalité de l'ambiguïté et avait précisé le passage litigieux. Le Conseil a relevé que ledit passage figurait dans un chapitre initial de la notification de griefs consacré à une description des prémices de l'affaire, et que de l'exposé de la totalité du dossier auquel la rapporteure avait procédé ensuite, il ne ressortait nullement que les pratiques reprochées pouvaient être circonscrites à la période initialement mentionnée. La durée des pratiques reprochées ressortait clairement des pièces sur lesquelles s'était appuyée la rapporteure pour retenir le grief, datées, présentées par ordre chronologique et accompagnées d'un commentaire littéral explicite, ainsi que de la présentation des appels d'offres litigieux, clairement identifiés par l'identité du responsable du marché et par la date du marché. Ainsi, la lecture complète de la notification des griefs permettait de discerner, sans aucune ambiguïté, la période concernée par les pratiques.

Voir aussi 03-D-45.

• **Sur le défaut de motivation de la notification des griefs**

Dans sa décision 03-D-40, le Conseil a rejeté les moyens des parties, tirés de la violation du principe du contradictoire qui aurait résulté de l'insuffisante motivation de griefs, notifiés à la suite d'une décision de sursis à statuer. Il était soutenu en particulier qu'aucune mesure d'instruction n'avait été diligentée entre la décision de sursis à statuer du Conseil et la notification des griefs. En réalité, le rapporteur, nourrissant des doutes sur la validité de procès-verbaux, avait rédigé une notification, qualifiée de « *conditionnelle* » par les parties, dans laquelle il avait néanmoins pris soin de rappeler les éléments du dossier dans l'hypothèse où le Conseil conclurait à la validité desdits procès-verbaux. Le Conseil ayant estimé les procès-verbaux irréguliers et, l'état du dossier, une fois retirés ces éléments, ne permettant plus d'asseoir le caractère anticoncurrentiel des pratiques dénoncées, avait ordonné un complément d'instruction. L'irrégularité des procès-verbaux avait toutefois été ensuite remise en cause par l'arrêt Bec frères de la Cour de cassation du 20 novembre 2001. La notification de griefs contestée, établie postérieurement aux précisions contenues dans cet arrêt, était fondée sur l'analyse de l'ensemble des procès-verbaux et documents recueillis au cours de l'enquête et dont la validité ne pouvait plus être mise en doute, sans qu'il ait été besoin de procéder à de nouveaux actes d'instruction.

• **Sur les pièces annexées**

Aucune violation du contradictoire ou des droits de la défense ne saurait résulter de l'absence, parmi les pièces annexées à la notification des griefs, par suite d'une omission matérielle, d'un document pourtant mentionné sur la liste des annexes, dès lors que ce document – dont les passages litigieux étaient repris dans la notification des griefs – émanait des sociétés concernées qui ne pouvaient donc en ignorer le contenu, que celles-ci avaient pu faire valoir toutes leurs observations et que le Conseil avait pu disposer de ce document, qui figurait dans le dossier, dans son intégralité (03-D-21).

Le rapport

• **L'abandon de griefs au stade du rapport**

L'article 36, alinéa 2, du décret du 30 avril 2002 fixant les conditions d'application du livre IV du Code de commerce prévoit que : « *Le rapport soumet à la décision du Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés* ». Il appartient, en conséquence, au Conseil, d'examiner le bien-fondé des griefs notifiés, nonobstant la proposition d'abandon de ces griefs ultérieurement formulée (03-D-44).

Le défaut de signature et de datation de la notification de griefs et du rapport

Dans sa décision 03-D-35, le Conseil a rejeté le moyen selon lequel, la notification des griefs et le rapport constituent des décisions administratives, qui doivent être signées et datées par leur auteur, conformément à l'article 4 de la loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec

l'administration. Il a rappelé la jurisprudence « *Domoservices maintenance* » de la cour d'appel de Paris (arrêt du 12/12/2000) et de la Cour de cassation (arrêt du 28/01/2003) selon laquelle la notification de griefs et le rapport sont suffisamment authentifiés par la mention du nom de leur auteur figurant sur la page de couverture (voir aussi cour d'appel 21/11/2000, TF1 et 17/06/2003, SNR Roulements). En outre, les autorités administratives indépendantes constituent une catégorie juridique distincte et ne sont pas soumises à la loi du 12 avril 2000, ainsi qu'il ressort des travaux préparatoires de la loi, et la notification de griefs et le rapport ne constituent pas des décisions administratives.

La durée de la procédure

- **Au regard des droits de la défense**

Dans la décision 03-D-10, le Conseil a rejeté le moyen tiré de l'impossibilité pour une entreprise, du fait de l'écoulement de plus de huit années entre la commission des faits et la notification des griefs, de fournir des précisions qu'elle aurait notamment pu obtenir d'un ancien salarié, en citant l'arrêt société CGST SAVE de la cour d'appel (12/12/2000) selon lequel les causes internes aux entreprises sont sans lien avec le déroulement de l'instruction et de la procédure suivie devant le Conseil, et ne sauraient être invoquées à l'appui du moyen tiré de la durée excessive de la procédure. Le Conseil qui a relevé que la société avait eu accès au dossier et disposé d'un délai suffisant pour préparer sa défense, a retenu qu'elle n'apportait aucun élément, autre que le départ de son salarié, pour tenter de démontrer que la longueur de l'instruction avait fait échec à l'exercice de ses droits de la défense. Le Conseil a rappelé enfin, la jurisprudence constante selon laquelle la sanction d'une éventuelle violation de l'obligation de se prononcer dans un délai raisonnable ne saurait être l'annulation de la procédure, mais seulement la réparation du préjudice causé par une telle durée.

« *La complexité du système d'aides commerciales de GDF et d'EDF, le nombre d'intervenants concernés et l'ampleur de l'enquête effectuée par la direction générale de la consommation, de la concurrence et de la répression des fraudes, justifient la longueur du délai d'instruction et GDF reconnaît lui-même qu'un volume important de pièces figurent au dossier. Par ailleurs, les pratiques mises en cause sont constituées par des documents largement diffusés tels que les instructions émanant de la direction EDF GDF Services, les conventions de partenariat, les contrats de fourniture d'énergie et les documents publicitaires, et il ne peut être allégué que le départ de certains agents empêcherait les établissements publics mis en cause d'apporter des explications sur la politique commerciale mise en œuvre à travers ces documents.* » (03-D-26).

Voir aussi 03-D-35 et 03-D-45.

- **Au regard du montant de la sanction**

Dans la décision 03-D-10, le Conseil n'a pas fait droit à la demande de diminution de la sanction qu'aurait justifié la durée excessive de la procédure (*cf.* Cour de justice des Communautés européennes, 17/12/1998, Baustahlgewebe GmbH c/Commission, affaire C-185-95). Le Conseil a estimé qu'à

supposer que la procédure engagée devant le Conseil de la concurrence ait dépassé les exigences liées au respect du délai raisonnable, la société n'apportait aucun élément tendant à démontrer qu'elle n'avait pu, de ce fait, exercer pleinement sa défense.

Les délais accordés aux sociétés mises en cause

« *(...) Le seul fait que l'enquêteur et le rapporteur aient disposé de plus de temps que les destinataires des griefs pour étudier le dossier et rédiger leurs rapports n'est pas suffisant pour considérer que les droits de la défense n'ont pas été respectés* », dès lors que les sociétés ont bénéficié du délai de deux mois pour consulter le dossier et obtenu communication des copies demandées, que les pratiques concertées relevées n'ont présenté aucune complexité et qu'aucune circonstance exceptionnelle n'a justifié l'octroi de délais supplémentaires dans les conditions prévues par l'article L. 463-2 du Code de commerce (03-D-12). Le Conseil a été approuvé par la cour d'appel (25/11/2003, SAS Prefall).

La notification de griefs destinée à une fédération sportive ayant été adressée par erreur à son directeur général et non à son président, seule personne habilitée à la représenter, elle a été adressée une seconde fois à son président. Ce second envoi a fait courir un nouveau délai de deux mois à compter de la date de sa réception. Les observations formulées par la fédération dans ce nouveau délai de deux mois sont, en conséquence, recevables, même si adressées après l'expiration du délai ouvert par la première notification (03-D-31).

Voir aussi 03-D-40.

Dans la décision 03-D-29, le Conseil a rappelé la jurisprudence de la cour d'appel (arrêt du 12/12/2000, CGST SAVE) et de la Cour de cassation (28/01/2003, Domoservices maintenance), selon laquelle, si le droit à un procès équitable, proclamé à l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales ainsi qu'à l'article 14-1 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques, doit permettre à chaque partie d'avoir la possibilité raisonnable d'exposer sa cause dans des conditions qui ne la désavantagent pas d'une manière appréciable par rapport à la partie adverse, il appartient à la partie invoquant le déséquilibre de prouver que le délai légal de deux mois a été insuffisant pour lui permettre d'organiser sa défense.

Audition de témoins devant le Conseil

Le Conseil n'est pas tenu de faire droit à la demande d'une entreprise portant sur l'audition d'un témoin au cours de la séance.

« *(...) conformément au principe énoncé par la Cour de cassation dans un arrêt du 15 juin 1999, l'audition de témoins est laissée à l'appréciation du Conseil de la concurrence, en fonction du contenu du dossier* ». En l'espèce, les déclarations litigieuses, claires et circonstanciées, et qui avaient été réitérées, faites par ce témoin au cours de l'enquête, ne constituaient qu'un indice

parmi d'autres et avaient été confortées par d'autres éléments (03-D-12 confirmée sur ce point par la cour d'appel, 25/11/2003, SAS Prefall).

Intervention volontaire de tiers devant le Conseil

Le Conseil national du barreau demandait à intervenir au soutien des prétentions du barreau d'Albertville, à l'occasion de l'examen de la plainte d'un avocat visant ce dernier. Il se prévalait des dispositions de l'article 330 du nouveau Code de procédure civile, suivant lesquelles « *L'intervention est accessoire, lorsqu'elle appuie les prétentions d'une partie. Elle est recevable si son auteur a intérêt, pour la conservation de ses droits, à soutenir cette partie* ». Toutefois, la procédure devant le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante, n'est gouvernée ni par les dispositions du NCPC, ni par les règles applicables devant les juridictions administratives et elle n'obéit qu'aux règles propres, énoncées au titre VI du livre IV du Code de commerce. La possibilité pour les tiers d'intervenir, à leur initiative, devant le Conseil n'étant prévue par aucune disposition et, au surplus, les parties à la procédure n'exprimant pas de « *prétentions* » que des tiers auraient « *intérêt à soutenir* », au sens de l'article 330 du NCPC, l'application de ce texte a été écartée par le Conseil. En revanche, le Conseil a décidé d'entendre les représentants du Conseil national du barreau lors de sa séance, en application de l'article L. 463-7, alinéa 2, du Code de commerce. Il a en outre précisé dans sa décision, qu'en vertu des dispositions combinées de l'article 1er du décret nº 87-849 du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence et 554 du NCPC, la faculté d'intervenir devant la cour d'appel, lors des recours exercés contre ses décisions, était ouverte aux personnes qui n'avaient été ni parties ni représentées en première instance, dès lors qu'elles y avaient intérêt.

Respect du contradictoire

Dans la décision 03-D-40, le Conseil a estimé, pour rejeter l'argument selon lequel, aucun document du dossier ne faisant référence au risque encouru d'injonctions ou d'amendes, le Conseil ne pouvait infliger de sanction sans méconnaître les dispositions de l'article L. 463-1 du Code de commerce, que les sanctions auxquelles s'exposaient les entreprises étaient suffisamment explicitées par les dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce. Le Conseil a rappelé la jurisprudence constante, (cour d'appel, 19/01/1999 SA Laurent Bouillet Entreprise, et Cour de cassation, 13/03/2001, Entreprise Jean Lefebvre) dont il ressort que la détermination du montant des sanctions relève de la substance même de la délibération du Conseil et n'est pas soumise au débat contradictoire devant celui-ci. La notification de griefs et le rapport énonçant les griefs retenus et contenant l'ensemble des éléments relatifs à la gravité des faits et au dommage causé à l'économie, les sociétés avaient pu faire valoir leurs moyens sur ces différents points, tant dans leurs observations écrites qu'oralement lors de la séance devant le Conseil.

Autorité de la chose jugée

Dans la décision 03-D-03, le Conseil écarte l'exception de la chose jugée opposée par le barreau de Marseille qui faisait valoir que, préalablement à la saisine du Conseil, le plaignant avait engagé à l'encontre du conseil de l'Ordre une procédure portant sur les mêmes faits qui avait abouti au rejet de ses demandes par décision judiciaire devenue définitive. Le Conseil relève que si les parties à la procédure judiciaire et à celle suivie devant le Conseil de la concurrence sont les mêmes, l'objet des deux saisines est différent : l'affaire portée devant la juridiction judiciaire tendait à l'annulation d'un article du règlement intérieur et d'une délibération du conseil de l'Ordre relatifs à la méthode de répartition entre les avocats de la prime d'assurance collective de responsabilité civile, alors que la saisine du Conseil de la concurrence tendait au prononcé de sanctions administratives sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

De même, dans sa décision 03-D-46, le Conseil a écarté l'autorité de la chose jugée invoquée par les parties, qui se prévalaient d'un jugement devenu définitif du tribunal administratif ayant annulé le marché en cause en raison d'une violation des règles de concurrence imputable à la ville organisatrice de la procédure d'appel d'offres, sans mettre en cause les entreprises soumissionnaires. Le Conseil a retenu que le jugement de la juridiction administrative, s'il avait annulé le marché, n'avait en rien exonéré les sociétés mises en cause de leur responsabilité. Le Conseil a en outre rappelé la jurisprudence du Tribunal des conflits (18/10/1999, Aéroports de Paris), selon laquelle l'intervention du juge administratif n'affecte pas la compétence du Conseil de la concurrence pour examiner, au regard des dispositions du livre IV du Code de commerce, les pratiques anticoncurrentielles détachables de l'appréciation de la légalité des actes administratifs.

Preuve des pratiques anticoncurrentielles

Preuves admissibles

Motivation des dénonciateurs

Dans la décision 03-D-12, le Conseil a écarté le moyen par lequel les sociétés prétendaient voir écarter les déclarations spontanées, qui avaient été à l'origine de l'affaire, au motif qu'elles auraient été motivées par un esprit de vengeance. Le Conseil retient que les raisons de cette démarche sont sans incidence sur la validité de la procédure et que le caractère vraisemblable des déclarations contestées a été conforté par de nombreuses pièces recueillies au cours de l'enquête. Le Conseil a considéré en outre que la circonstance que des déclarations auraient été faites à l'administration à la suite de l'échec d'un « *chantage* » auprès des sociétés dénoncées ne pouvait suffire à les écarter, ces déclarations ne constituant, au demeurant, qu'un indice parmi d'autres.

Opposabilité des documents saisis

Dans sa décision 03-D-54, le Conseil rappelle qu'« *un document régulièrement saisi, quel que soit le lieu où il l'a été, est opposable à l'entreprise qui l'a rédigé, à celle qui l'a reçu et à celles qui y sont mentionnées, et peut être utilisé comme preuve par le rapprochement avec d'autres indices concordants, d'une concertation ou d'un échange d'informations* ». Dès lors, un compte-rendu de réunion faisant état d'une répartition de marchés entre deux sociétés peut être retenu à charge contre celles-ci, alors même qu'il n'aurait pas été rédigé par un de leurs responsables.

Valeur probatoire des indices

Boycott

Dans sa décision 03-D-06, le Conseil a estimé qu'aucun élément du dossier n'établissait la volonté d'éviction du magazine *Capital* ou de la société Prisma Presse permettant de caractériser une pratique de *boycott* à leur égard mise en œuvre par le groupe Intermarché à la suite de la parution dans le magazine d'un article faisant état des difficultés de l'enseigne Intermarché. Rappelant les termes de l'arrêt de la Cour de cassation du 22 octobre 2002 (société Vidal) selon lesquels « *le* boycott *constitue une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché* », il a notamment considéré, comme non révélateur d'une volonté d'éviction, la télécopie émise par un salarié du groupe Intermarché invitant « *(...) tous les mousquetaires de la région parisienne* » à racheter « *tous les magazines* Capital *qui peuvent se trouver sur votre ville (...)* » et indiquant en outre « *(...) trop de mensonges nécessite une réaction immédiate de notre part. On ne peut se laisser salir... On ne peut pas se laisser salir chacun sur sa ville, et chacun dans ses points de vente (...)* », aucun élément n'établissant que ce salarié avait agi dans le cadre d'une action concertée, visant les numéros futurs du magazine et dans un but autre que la seule défense de l'image de marque du groupe Intermarché. En outre, il n'avait pas été établi que la télécopie avait été effectivement adressée et reçue par ses destinataires ou que la pratique dénoncée avait eu un effet sur les ventes des magazines économiques en général et sur celles de *Capital* en particulier.

Ententes de répartition

Constituent des indices de l'existence d'accords de répartition, et non pas seulement, comme prétendu, des études et analyses de marché, des notes portant l'indication des noms des sociétés et les mentions « *Fonctionnement : – Tarifs... – Réunions hebdomadaires "mises au point" – Réunions mensuelles "bilan"* », « *remise tarif applicable à partir lundi 29 mars 93* », « *pour traiter remise maxi de 5 % dans le cadre du club* », précisant les « *répartitions* » entre les sociétés « *NB, PM, DI, BM, PL (soit Normandie Béton, Partek Morin, Diffumat, Béton Mécanique, Préfall)* » en mentionnant pour chacune d'elles des données en valeur relative, indiquant « *nous sommes libres sur la zone hors accord* » et « *Prochaine réunion le mardi 13 avril après-midi* » et venant conforter, par ailleurs, des indications figurant sur

d'autres documents ainsi que des déclarations relatives à l'organisation de réunions (03-D-12).

En revanche, dans sa décision 03-D-19, le Conseil a considéré qu'en l'absence d'élément permettant de le dater avec certitude, un tableau faisant apparaître la liste des entreprises titulaires des marchés litigieux, ainsi que les prix proposés par elles, ne peut être considéré comme l'indice d'une concertation préalable au dépôt des offres, la différence constatée entre les écritures pouvant laisser supposer qu'il a été établi en plusieurs fois et, en particulier, que les indications de prix ont été portées après la proclamation des résultats de l'appel d'offres. De même, « *la simple mention d'une ou plusieurs entreprises en regard de chacun des lots ne permet pas, à elle seule, d'établir la participation de ces entreprises à l'élaboration de ce document dès lors que, d'une part, ces mentions ne correspondent pas exactement au résultat de l'appel d'offres puisque certains de ces noms sont ceux d'entreprises titulaires du marché en 1993 mais non retenues par le maître d'ouvrage en 1996, et que, d'autre part, le résultat de l'appel d'offres pouvait être prévu à l'avance, avec une probabilité raisonnable, sur la base de la localisation des entreprises soumissionnaires* », dès lors que le maître d'ouvrage a découpé le territoire départemental par lots et autorisé le groupement des entreprises situées sur le territoire de ces lots. Les coûts de transport des matériaux étant très importants, les attributaires les plus probables de l'appel d'offres sont les entreprises qui se situent sur le territoire du lot ou à proximité immédiate.

Pour écarter des griefs d'entente sur les prix et de répartition de marché, le Conseil, dans sa décision 03-D-31, s'est appuyé sur la jurisprudence selon laquelle l'adhésion libre et volontaire à l'action concertée est une condition de l'entente et a rappelé que la déclaration selon laquelle un opérateur s'interdit de concurrencer une entreprise sur son secteur « *ne traduit qu'un comportement unilatéral (...) et nullement un accord ou une adhésion (...) pour participer à une répartition anticoncurrentielle du marché* ».

Imputabilité des pratiques

Imputabilité en cas de transformation de l'entreprise

Dans sa décision 03-D-12, le Conseil a procédé à un rappel très complet des principes régissant l'imputabilité des pratiques en cas de transformations de la personnalité morale de l'entreprise responsable de l'exploitation au moment où les pratiques anticoncurrentielles ont été mises en œuvre. Dans cette affaire, une société dont l'activité économique, à l'origine des pratiques, avait été cédée, prétendait être mise hors de cause, les griefs devant être, selon elle, notifiés à la personne morale devenue responsable de l'exploitation des moyens matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction. Le Conseil a repoussé cette argumentation : « *Il ressort d'une jurisprudence constante, notamment de l'arrêt du tribunal de première instance des Communautés européennes, Enichem Anic, du 17 décembre 1991, que les griefs doivent être imputés à la personne physique ou morale qui était responsable de l'exploitation de l'entreprise au*

moment où l'infraction a été commise, sauf si, 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 ; que ce n'est que dans ce dernier cas qu'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 ; que la responsabilité du comportement infractionnel de l'entreprise suit la personne morale et que, tant que la personne morale qui a mis en œuvre les pratiques subsiste juridiquement, c'est elle qui doit assumer la responsabilité de ces pratiques, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission de l'infraction ont été cédés à une tierce personne ». Cette analyse a été avalisée par l'arrêt de la cour d'appel du 25 novembre 2003 (SAS Prefall).

À plusieurs reprises, au cours de l'année, le Conseil a eu l'occasion de mettre ces principes en application.

Ainsi, dans la décision 03-D-01, le Conseil a précisé qu'en cas de fusion de la société responsable de l'exploitation avec une autre société, que ce soit à l'occasion de la création d'une société nouvelle ou de l'absorption de la société responsable par une autre, la société nouvelle ou la société absorbante répond des infractions commises antérieurement à la date de réalisation définitive de l'opération (voir aussi 03-D-10 et 03-D-17).

Dans la décision 03-D-12, il a rappelé que si une société mise en redressement judiciaire et faisant l'objet d'un plan de cession, peut, en principe, être poursuivie et condamnée pour les infractions qu'elle a commises tant qu'elle n'a pas fait l'objet d'une radiation du registre du commerce, l'entreprise cessionnaire doit être mise hors de cause par application de l'article L. 621-63, alinéa 3, du Code de commerce qui prévoit que « *les personnes qui exécuteront le plan (...) ne peuvent pas se voir imposer des charges autres que les engagements qu'elles ont souscrits au cours de sa préparation* ».

Voir aussi 03-D-45.

Imputabilité entre société mère et filiale

Dans sa décision 03-D-17, le Conseil, pour mettre hors de cause la société Total Fina Elf SA, a fait application de la jurisprudence constante (notamment Cour de cassation, 4/06/1996) selon laquelle les pratiques mises en œuvre par une société filiale lui sont imputables si celle-ci est en mesure de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique, et de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège de la société dont elle dépend.

Changement de nom d'une association

L'association qui subsiste juridiquement, nonobstant son changement d'appellation, doit répondre des faits qui lui sont reprochés (décision 03-D-36).

■ Les marchés pertinents

La délimitation du marché pertinent est 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 œuvre. 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.

Le Conseil a donné dans ses rapports précédents la définition suivante du marché pertinent : « *Le marché, au sens où l'entend le droit de la concurrence, est défini comme le lieu sur lequel se rencontrent l'offre et la demande pour un produit ou un service spécifique. En théorie, sur un marché, les unités offertes sont parfaitement substituables pour les consommateurs qui peuvent ainsi arbitrer entre les offreurs lorsqu'il y en a plusieurs, ce qui implique que chaque offreur est soumis à la concurrence par les prix des autres. À l'inverse, un offreur sur un marché n'est pas directement contraint par les stratégies de prix des offreurs sur des marchés différents, parce que ces derniers commercialisent des produits ou des services qui ne répondent pas à la même demande et qui ne constituent donc pas, pour les consommateurs, des produits substituables. Une substituabilité parfaite entre produits ou services s'observant rarement, le Conseil regarde comme substituables et comme se trouvant sur un même marché les produits ou services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les considèrent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande* ». Cette définition a été rappelée par le Conseil dans une affaire relative au secteur des escaliers en béton préfabriqués (03-D-12).

La délimitation du marché pertinent se fait en deux étapes : dans un premier temps, le Conseil identifie les biens et services qui s'échangent sur ce marché ; dans un second temps, il définit la zone géographique concernée.

Le marché pertinent de produit ou de service

Comme il apparaît dans la définition du marché pertinent donnée ci-dessus, la substituabilité entre différents biens ou services du point de vue de la demande constitue pour le Conseil le critère déterminant pour la délimitation du marché pertinent. La plupart du temps, faute d'éléments quantitatifs permettant de mesurer directement cette substituabilité, il prend en compte un nombre variable d'indices, afin de l'apprécier de façon qualitative.

La nature de la demande

Les marchés peuvent faire l'objet d'une distinction en fonction de la nature de la demande, soit selon le stade du processus de commercialisation auquel elle se situe (producteurs, grossistes, distributeurs, ou utilisateurs finaux), soit à un même stade de commercialisation. Le comportement des demandeurs, et donc le pouvoir de marché de l'entreprise, peut en effet différer d'un groupe de demandeurs à l'autre.

Dans une affaire relative au secteur de la grande distribution, le Conseil a rappelé qu'il distinguait les marchés de la vente au détail des biens de grande consommation, qui mettent en présence les distributeurs et les consommateurs finals, des marchés de l'approvisionnement, sur lesquels sont confrontés la demande des distributeurs et l'offre des fabricants (03-D-11).

Dans une affaire relative aux pratiques d'Air Liquide dans le secteur des gaz médicaux, le Conseil a retenu un seul et même marché des gaz médicaux, malgré le fait que les différents gaz médicaux répondaient à des usages spécifiques et n'étaient pas substituables entre eux, dès lors que les appels d'offres lancés par les hôpitaux regroupent généralement la totalité ou plusieurs de ces gaz (03-D-01).

Le Conseil a analysé le comportement de la demande et de ses besoins dans une affaire relative au secteur des pompes funèbres. Il a, dans ce cas, considéré que compte tenu du comportement des familles et des conditions dans lesquelles les entreprises répondent à leur demande, les prestations de services extérieurs, de services intérieurs et de prestations libres sont indissociables et forment un marché unique des prestations de pompes funèbres (03-D-15).

Dans une affaire relative au matériel nécessaire pour mesurer le taux de glycémie, le Conseil a considéré qu'il existait un marché des lecteurs de glycémie et un marché connexe des bandelettes réactives utilisables avec des lecteurs de glycémie, en raison du caractère commun et captif de leurs consommateurs (03-D-28).

Dans le cas de pratiques d'ententes relevées dans le cadre de réponses à des appels d'offres, chaque consultation est considérée comme un marché en soi, la demande étant circonscrite dans chacun des cahiers des charges (03-D-29 ; 03-D-35 ; 03-D-61).

Dans le secteur de l'information géographique, les besoins des consommateurs étant différents, selon qu'il s'agit du grand public ou des professionnels, le Conseil a distingué le marché grand public et le marché professionnel (03-D-62).

Le Conseil a également considéré qu'il existait un marché de la fourniture aux cuisinistes des équipements (meubles et appareils électroménagers) entrant dans la composition des cuisines intégrées, différent du marché de la fourniture en meubles et appareils électroménagers à destination des spécialistes vendant des produits isolés, au regard de la spécificité du concept de « *cuisine intégrée* » qui recouvre un ensemble de biens et de services constituant un tout pour le consommateur et correspondant à un besoin particulier (03-D-39).

Dans une affaire relative au chauffage collectif, le Conseil a, comme dans une précédente décision 99-D-51, considéré que la fourniture de l'énergie destinée à assurer le chauffage constituait un marché pertinent, ce marché se caractérisant par la rencontre de l'offre et de la demande opérée au stade du choix de l'équipement de chauffage (03-D-26).

Dans le secteur de la publicité, le Conseil a considéré qu'il n'y avait pas lieu de distinguer l'espace publicitaire de la télévision payante de celui de la

télévision gratuite, dès lors que les sociétés de diffusion recourent, dans la plupart des cas mais à des degrés divers, à la publicité (03-D-59).

La nature ou la fonction organique d'un produit, ses caractéristiques physiques et matérielles

S'agissant des lentilles de contact, le Conseil a distingué les lentilles rigides des lentilles souples hydrophiles et parmi ces dernières, a pris en compte leurs caractéristiques fonctionnelles comme la fréquence de leur renouvellement, leur mode d'entretien ou le type de port (certaines lentilles peuvent être conservées durant le sommeil) (03-D-32).

Dans une affaire relative au marché de la publicité, le Conseil a pris en compte les qualités propres que revêtait chaque média et a distingué selon que la publicité était opérée *via* la télévision ou un autre support, comme la presse (03-D-59).

Dans une autre affaire relative à la diffusion hertzienne terrestre, le Conseil a considéré qu'il existait un sous-marché de la diffusion des services radio, distinct des services télévisuels, dans la mesure où les bandes de fréquences radiophoniques sont exclusivement dédiées aux services de radio, qui utilisent des prestations techniques propres. Ce second marché peut, par ailleurs, être segmenté en deux sous-marchés au regard des contraintes techniques et économiques différentes (investissements) selon que la diffusion est en FM ou en AM (03-MC-03).

Dans une affaire relative au marché de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques diffusées sur la télévision à péage, le Conseil a affiné ce marché en segments plus étroits en fonction des thématiques offertes, parmi lesquelles les chaînes d'information se distinguaient notamment par la spécialisation de leur programme consacré intégralement à l'information et par le caractère continu, actualisé et en direct de leur diffusion (03-D-59).

Parmi les caractéristiques techniques déterminantes, la puissance du moteur dans le secteur des véhicules à moteur à deux roues, qui détermine le régime applicable à ces derniers et notamment leur immatriculation, a été retenu par le Conseil pour distinguer le marché des cyclomoteurs non immatriculés, qui n'excédent pas 50 cc du marché des motocyclettes immatriculées. Au sein de ces deux marchés, le Conseil a considéré qu'il existait des segments particuliers, qui se distinguaient selon l'évolution de leur volume de ventes, mais encore de leurs caractéristiques, telle que l'existence de boîte de vitesses (03-D-42).

En revanche, analysant la substituabilité de la fraise du Lot-et-Garonne, par rapport aux autres fraises françaises, le Conseil n'a pas considéré que sa précocité et son rôle déterminant dans la campagne fraisicole française suffisaient à en faire un marché pertinent, dans la mesure où cette position privilégiée n'est obtenue que si les productions des autres zones géographiques sont mises sur le marché à leur date de maturité habituelle, et que les crises du secteur sont dues à l'arrivée concomitante sur le marché de fraises de différentes origines, dont la commercialisation est habituellement étalée dans le temps, montrant par là même que ces produits sont substituables

aux yeux des consommateurs. Il a donc retenu que le marché pertinent était celui de la fraise française.

La fonction et l'utilisation du produit

Ces éléments sont souvent essentiels aux yeux des demandeurs. Des produits différenciés, mais ayant la même fonction ou destinés à la même utilisation, peuvent être considérés comme substituables du point de vue de la demande. À l'inverse, des produits similaires, mais n'ayant pas le même usage, n'appartiennent pas au même marché.

Pour les médicaments, les possibilités de substitution sont limitées par leurs indications et contre-indications thérapeutiques respectives, par leurs diverses propriétés pharmacologiques ainsi que par l'avis des médecins prescripteurs. Dans une décision 03-D-35, le Conseil a estimé que le Sandimmun et le Néoral, ayant tous les deux comme principe actif la ciclosporine, bien que sous une forme galénique différente, ne sont substituables à aucun autre médicament, en se basant sur les déclarations des praticiens selon lesquelles la ciclosporine était irremplaçable dans les traitements anti-rejet de greffes.

Dans une affaire relative au secteur des batteries industrielles, le Conseil a pris en compte, à côté des caractéristiques techniques de ces produits (le poids, la durée de vie, les modalités de fonctionnement comme le chargement de nuit des batteries, leur capacité, etc.), celles liées à l'utilisation qui en est faite ultérieurement par chaque type de clientèle. Ainsi le Conseil a distingué les batteries de « *première monte* » des batteries de remplacement ou « *deuxième monte* », qui ne sont pas destinées aux mêmes clients (03-D-40).

Dans le secteur des applications thermiques de l'énergie, le Conseil avait déjà considéré, dans une décision (99-D-51) que la fourniture de l'énergie destinée à assurer le chauffage constituait un marché pertinent, caractérisé par la rencontre d'une offre et d'une demande opérée au stade du choix de l'équipement de chauffage. Il a affiné cette analyse en estimant que de nouveaux services, intégrant livraison, production, maintenance et gestion-facturation de la chaleur et englobant tant le chauffage que la production d'eau chaude, présentent des caractéristiques qui la distinguent de la simple fourniture d'énergie (03-D-44).

Dans une affaire relative au secteur de la logistique, le Conseil a défini un marché des stations chargeurs (imprimante thermique intelligente) assurant la gestion automatique et la traçabilité du transport de colis de petit volume pertinent, en raison de la fonction d'impression à laquelle est associé un ordinateur complet capable d'utiliser un minitel, de dialoguer par le réseau téléphonique et d'imprimer des étiquettes complexes avec code barres à deux dimensions (03-D-23).

Les caractéristiques de l'offre

Les caractéristiques de l'offre peuvent influer sur la substituabilité de l'offre (*cf. infra*) mais aussi sur le comportement des demandeurs, et donc sur la substituabilité des produits du point de vue de la demande.

Ainsi, le fait que les fabricants d'électroménager prévoient des conditions générales de vente différentes pour les cuisinistes et pour les distributeurs de produits en « *pose libre* » (petits détaillants ou grandes surfaces spécialisées) est l'un des éléments retenus par le Conseil, dans la décision 03-D-39, pour distinguer un marché des fournisseurs en meubles et appareils électroménagers à destination des cuisinistes d'un marché des fournisseurs en meubles et appareils électroménagers à destination des spécialistes vendant des produits isolés.

Dans l'affaire relative aux pratiques des filiales du groupe L'Air Liquide, le Conseil a pris en compte l'existence de filières de distribution distinctes selon qu'il s'agit de gaz médicaux ou industriels, pour délimiter les marchés pertinents (03-D-01).

L'existence d'un mode de commercialisation particulier a également été noté dans une décision concernant les montres Cartier (03-D-60).

L'environnement juridique

L'existence d'une réglementation spécifique ou d'une norme légale est également susceptible d'influer sur le comportement de la demande.

La réglementation spécifique attachée aux modalités de la diffusion des chaînes thématiques d'information est ainsi l'un des indices qui ont amené le Conseil à considérer qu'il pouvait exister sur le marché amont de l'édition et de la commercialisation des chaînes thématiques destinées à la télévision payante, un marché plus étroit des chaînes d'information générale en français et en continu distinct des chaînes hertziennes gratuites, qui pourrait présenter pour un diffuseur de bouquet payant, demandeur de programmes sur le marché amont, un intérêt particulier en vue d'une intégration dans une offre multithématique (03-D-59).

Dans une affaire relative au secteur de l'audiovisuel, le Conseil a considéré qu'eu égard au monopole légal détenu par l'INA sur la commercialisation des archives des sociétés nationales de programmation, le marché pertinent devait être circonscrit à cette activité (03-D-18).

De même, dans une affaire relative aux pratiques des filiales du groupe L'Air Liquide, le Conseil a distingué le marché des gaz médicaux de celui des gaz industriels, en raison des différences tenant à la réglementation applicable (03-D-01).

Dans une affaire relative au secteur de la presse, le Conseil a circonscrit un marché spécifique des concessions du domaine public pour la distribution de la presse, connexe à celui de la diffusion de la presse, en raison des caractéristiques liées aux conditions d'installation et de gestion des points de diffusion de la presse sur le domaine public, qui obéissent à des règles particulières. En effet, le gestionnaire du domaine public fixe les conditions d'installation des concessionnaires et les modalités de rémunération de l'occupation ainsi concédée. Le concessionnaire a un droit d'occupation précaire et doit soumissionner périodiquement aux consultations organisées par le gestionnaire du domaine public pour pouvoir exercer son activité. Par ailleurs, cette activité est soumise à des obligations de service public,

notamment en matière d'horaires d'ouverture et de continuité d'exploitation tout au long de l'année (03-D-09).

Dans une affaire concernant la distribution de carburants, le Conseil a distingué la distribution *sur* et *hors* autoroutes, notamment en raison des différences existantes dans les conditions d'entrée et de fonctionnement du marché (autorisation d'exploitation quantitativement limitée et de longue durée) (03-D-17).

L'existence d'une réglementation spécifique pour certains produits a encore permis au Conseil de distinguer des produits, qui répondaient *a priori* aux mêmes besoins. Ainsi, dans le secteur des produits de beauté, le Conseil a considéré qu'il existait deux grandes catégories de produits, à savoir les parfums et eaux de toilette, d'une part et, les cosmétiques et produits d'hygiène, d'autre part, qui sont définis par l'article L. 658-1 du Code de la santé publique (03-D-53).

Les différences de prix

Un écart de prix substantiel durable entre différents produits est un indice de non substituabilité entre ces derniers et donc de non appartenance au même marché.

Ainsi, le prix sensiblement plus élevé des carburants vendus sur autoroutes par rapport à ceux vendus hors autoroutes est l'un des éléments qui fondent la délimitation de deux marchés distincts, comme le Conseil l'a rappelé dans sa décision 03-D-17.

Le caractère gratuit d'un bien est également un critère pertinent utilisé à plusieurs reprises par les autorités de concurrence et notamment pour distinguer le marché de la télévision payante de celui de la télévision gratuite (voir notamment la décision 98-D-70 du 24/11/1998 du Conseil de la concurrence, l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 15/06/1999, l'arrêt de la Cour de cassation du 30/05/2000 et les décisions de la Commission européenne du 3/03/1999, Aff. IV/36 237 TPS et du 15/09/1999, Aff. IV/36 539 British Interactive Broadcasting), (03-D-59).

Les préférences des demandeurs

Le comportement des demandeurs peut, par ailleurs, ne pas s'expliquer par des considérations objectives, mais être simplement constaté et relever de considérations plus subjectives. Ce type d'indice n'a pas été relevé par le Conseil en 2003.

La substituabilité de l'offre

Le Conseil s'appuie rarement sur des caractéristiques relatives à l'offre, qui ne peuvent être interprétées comme fournissant un indice sur le comportement de la demande. La plupart du temps, il s'agit d'indices relatifs aux possibilités d'entrée sur le marché, c'est-à-dire à la substituabilité de l'offre, qui

confortent l'analyse faite dans un premier temps selon le critère de substituabilité de la demande.

Ainsi, dans une affaire relative au secteur des escaliers, alors que les entreprises mises en cause faisaient valoir que les escaliers droits ne sont pas substituables aux escaliers hélicoïdaux et que chaque escalier est un modèle unique adapté aux besoins de l'ouvrage, le Conseil a estimé que ce fait ne peut conduire à distinguer autant de marchés que d'escaliers installés et a rappelé que, dans le secteur du bâtiment, il considère que la demande s'adresse aux entreprises ayant la capacité d'effectuer les travaux spécifiés et qu'en l'espèce, l'ensemble des offreurs d'escaliers préfabriqués se trouvaient en concurrence (03-D-12).

La définition du marché peut reposer sur un faisceau d'indices

Les indices listés ci-dessus sont souvent combinés et la définition du marché résulte alors d'un faisceau d'indices convergents et non de la prise en compte d'un seul élément.

Dans une affaire relative aux produits de la marque Biotherm, qui sont des soins pour la peau (visage, corps et produits solaires) entrant dans la catégorie des cosmétiques et produits d'hygiène, le Conseil n'a pas considéré au regard de leurs propriétés et de leur mode de distribution, que ces produits appartenaient aux produits de luxe, dès lors notamment qu'ils sont présentés comme des produits naturels de soins et non de luxe, qu'ils ne résultent d'aucune recherche comparable à celle qui caractérise les produits de luxe, qu'ils ne sont pas perçus comme tels par les consommateurs et qu'ils sont principalement vendus en pharmacie et, plus accessoirement, par le biais des parfumeries de luxe. Au regard du prix, si les produits Biotherm sont plus chers que la moyenne des produits dermocosmétiques vendus en pharmacie, ils demeurent, dans les parfumeries de luxe, moins chers que les produits de luxe. Ainsi et malgré le choix affiché par la société Biotherm de se positionner sur le marché du luxe, le Conseil a décidé que ces produits n'étaient qu'imparfaitement substituables aux produits de luxe habituellement commercialisés dans les parfumeries et a retenu comme marché pertinent, le marché des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle vendus par toutes les formes de distribution (03-D-53).

En revanche, le Conseil a considéré que les montres de marque Cartier appartenaient au marché des montres haut de gamme ou montres de luxe, au regard de leur haute technicité, de leur qualité, de leur fiabilité, du nombre limité d'unités fabriquées, de la politique de marque pratiquée et du nombre restreint de revendeurs spécialisés qui renforcent ainsi, aux yeux des consommateurs, leur notoriété et leur prestige, même si, au sein de ce marché, la gamme de prix publics de ces montres est très étendue, mais se situe autour d'un prix détaillant moyen de 20 896 francs environ (3 185,57 euros), (03-D-60).

Pour apprécier la substituabilité entre dépôts de stockage de produits pétroliers, le Conseil a notamment retenu l'ancienneté des installations et leurs capacités de rendement, mais également les caractéristiques techniques et les exigences réglementaires liées aux produits contenus dans ces dépôts.

Par exemple, les installations permettant de recevoir du fioul lourd doivent répondre à des normes techniques spécifiques et ne peuvent en aucun cas recevoir d'autres produits raffinés (03-D-41).

Le marché géographique

La délimitation d'un marché de produit s'entend sur une zone géographique définie, soit parce que l'analyse faite du comportement de la demande n'est valable que sur cette zone géographique, soit parce qu'il s'agit de la zone géographique à l'intérieur de laquelle les demandeurs se procurent ou peuvent se procurer le produit ou service en question. Il s'agit de la zone géographique sur laquelle un pouvoir de monopole pourrait effectivement être exercé, sans être exposé à la concurrence d'autres offreurs situés dans d'autres zones géographiques ou à celle d'autres biens ou services.

Dimension nationale

La dimension nationale d'un marché peut résulter de l'existence d'une réglementation nationale spécifique. Il en a été ainsi dans deux affaires, la première relative aux pratiques des filiales du groupe L'Air Liquide dans le secteur des gaz médicaux et la seconde, concernant le marché des véhicules deux roues, immatriculés en France (03-D-01 et 03-D-42).

Il en est de même dans les cas où des entreprises détiennent des monopoles nationaux d'origine légale (03-D-26).

La dimension nationale du marché doit également être retenue lorsque l'offre et la demande se présentent de manière uniforme et continue sur l'ensemble du territoire national.

Ainsi, en raison du maillage continu du territoire français par de nombreuses autoroutes et de la présence sur celles-ci de nombreuses stations-service proches les unes des autres, le Conseil a considéré que les stations-service formaient une chaîne continue de stations, renforcée par une substituabilité entre les stations-service autoroutières en raison du caractère indifférencié du carburant vendu, de telle sorte que les autoroutes françaises constituaient le périmètre géographique du marché de la distribution du carburant dans les stations-service autoroutières (03-D-17).

Le marché géographique peut également être circonscrit au territoire national en présence d'un dispositif technique purement national, le minitel et avec lequel fonctionne le produit en cause (03-D-23).

Enfin, c'est également au regard des caractéristiques de la demande que le marché est délimité géographiquement. Dans une affaire relative à la commercialisation des archives des sociétés nationales de programmation audiovisuelle, le Conseil a retenu le territoire français en raison de l'origine principalement nationale de la demande (03-D-18).

Dans une affaire relative au secteur de la grande distribution, le Conseil a distingué, selon que la demande en biens de consommation courante était le

client final ou un intermédiaire de la chaîne de distribution, les marchés de la vente au détail, qui revêtent une dimension locale, des marchés de l'approvisionnement de ces mêmes biens, qui sont eux, d'envergure nationale (03-D-11).

Dimension régionale ou locale

En matière de distribution, comme l'a rappelé le Conseil dans son avis 02-A-02 du 13 mars 2002, 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 (03-D-11).

Ainsi, dans le secteur des pompes funèbres, le Conseil a constaté, malgré la suppression des restrictions au libre choix des familles, que ces dernières faisaient essentiellement appel, pour l'organisation des funérailles, à des entreprises locales dont les bureaux se trouvent à proximité, selon le cas, du domicile du défunt, de la mairie de déclaration du décès, de la chambre funéraire ou du cimetière (03-D-15 ; voir également 03-D-33 ; 03-D-38).

Dans une affaire relative aux prestations médicales offertes aux salariés de la RATP, le Conseil a rappelé l'avis du 20 juin 1985, dans lequel la Commission de la concurrence avait noté le caractère local de l'activité des médecins, les patients n'étant pas prêts à effectuer des déplacements importants dans le seul but de consulter un médecin aux honoraires moins élevés et les caisses d'assurance maladie ne remboursant pas les déplacements à domicile des médecins qui ne résident pas dans la même agglomération, ou, à défaut, dans l'agglomération la plus proche (03-D-24).

En raison de la distance à parcourir pour satisfaire un besoin, le temps, comme le coût de transport, est un élément déterminant pour la demande, notamment lorsque les produits ont un caractère pondéreux ou sont fragiles. Ainsi, le Conseil a noté que la durée de demi-vie des traceurs radio pharmaceutiques rendait nécessaire l'implantation d'un cyclotron à deux ou trois heures de transport du lieu de traitement (03-D-72).

Dans une affaire relative au secteur des escaliers en béton préfabriqués, le Conseil a considéré que les marchés avaient une dimension régionale, compte tenu du fait qu'il s'agissait de produits pondéreux de faible valeur unitaire (03-D-12).

Pour cette raison, le Conseil a également circonscrit le marché du stockage de produits raffinés à une dimension locale, eu égard aux coûts de transport de produits pondéreux, tels les produits pétroliers (03-D-41).

Il en est de même en ce qui concerne le marché du traitement des déchets hospitaliers (03-D-61).

Enfin, l'existence de dispositions législatives et réglementaires incitatives, par exemple, au traitement de proximité des déchets hospitaliers permet de circonscrire localement le marché pertinent (03-D-61).

Les ententes illicites

La forme des ententes prohibées

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 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 2003, le Conseil a été conduit à se prononcer sur la plupart de ces cas de figure.

Les groupements d'entreprises

Le Conseil de la concurrence a réitéré le principe selon lequel la constitution de groupements, par des entreprises indépendantes et concurrentes, en vue de répondre à un appel d'offres, n'est pas illicite en soi. De tels groupements peuvent avoir un effet proconcurrentiel s'ils permettent à des entreprises, ainsi regroupées, de concourir, alors qu'elles n'auraient pas été en état de le faire isolément, ou de concourir sur la base d'une offre plus compétitive. Ils peuvent, à l'inverse, avoir un effet anticoncurrentiel s'ils provoquent une diminution artificielle du nombre des entreprises candidates, dissimulant une entente anticoncurrentielle de prix ou de répartition des marchés. L'absence de nécessités techniques et économiques de nature à justifier ces groupements peut faire présumer de leur caractère anticoncurrentiel (03-D-07, 03-D-19 et 03-D-46).

S'agissant des effets proconcurrentiels des groupements, le Conseil de la concurrence a considéré, dans sa décision 03-D-07 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales, que le groupement

d'entreprises en cause était justifié par les contraintes spécifiques au marché, tenant à la nécessité d'intervenir sur un parc de panneaux hétérogènes fabriqués par les différentes entreprises du groupement et répondant aux critères propres à chaque entreprise en matière de technique de montage, de matériau et de couleur admis par la réglementation d'homologation. Le Conseil a d'ailleurs constaté que cette adaptation particulière aux conditions du marché leur avait permis de faire l'offre la plus compétitive de sorte que le grief d'entente a été écarté (03-D-07).

Dans une affaire relative à un appel d'offres passé par le département de l'Ardèche pour la fourniture de granulats pour la réfection des routes, le Conseil a constaté que les groupements constitués entre les différentes entreprises soumissionnaires rassemblaient de fait toutes les entreprises qui, compte tenu de la localisation de leurs carrières et de l'importance du coût du transport dans le coût total, étaient les mieux placées pour proposer des prix compétitifs. Il a de plus noté que ces groupements avait favorisé l'alignement des prix des granulats entre les différentes offres. Toutefois, les entreprises soumissionnaires devaient pouvoir fournir à la fois des granulats pour couche de roulement et des granulats pour couche d'assise, ce que la plupart des entreprises n'étaient pas en mesure de faire à partir des seules carrières dont elles sont gestionnaires. De plus, le maître d'ouvrage avait imposé aux entreprises titulaires de fournir les granulats à partir de leurs propres carrières. Le Conseil a donc constaté qu'il n'était pas établi que les groupements constitués entre les sociétés aient été utilisés pour mettre en œuvre des pratiques concertées ayant pour objet de limiter le libre exercice de la concurrence lors de l'appel d'offres en cause (03-D-19).

En revanche, le Conseil de la concurrence a considéré, dans sa décision 03-D-46 relative à des pratiques concernant un marché public de transport occasionnel d'élèves dans le département des Alpes-Maritimes, que le fait pour la SEMIACS et la FNTV 06 (Fédération nationale des transporteurs de voyageurs des Alpes-Maritimes regroupant six prestataires autonomes), de constituer un groupement de transporteurs afin de soumissionner au dit marché, n'était pas justifié par des nécessités techniques, mais avait pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché. En effet, le Conseil a considéré que la seule constatation de l'existence d'un lot unique ne pouvait, en elle-même, justifier la constitution d'un groupement entre les sociétés soumissionnaires. En outre, le Conseil de la concurrence a relevé que l'appartenance des sociétés de transport au syndicat FNTV 06 a été prise en compte pour admettre ou exclure leur candidature pour la constitution du groupement, sans que le choix de ce critère d'appartenance syndicale ait été étayé par des considérations techniques. Le Conseil en a donc conclu que la seule circonstance que le marché présentait un lot unique, même si l'on admet qu'elle aurait été de nature à inciter certaines entreprises de transport à se regrouper pour faire face à une demande supérieure à leurs moyens propres, ne pouvait justifier que les sept sous-traitants précédemment détenteurs du marché se lient dans un groupement et se concertent pour dissuader les autres entreprises concurrentes de soumissionner seules ou dans d'autres groupements (03-D-46).

Les entreprises appartenant à un même groupe

Le Conseil de la concurrence a également clarifié à plusieurs reprises les conditions dans lesquelles des entreprises appartenant à un même groupe peuvent soumissionner à un appel d'offres. Selon une jurisprudence constante, tant communautaire que nationale, le Conseil de la concurrence a rappelé le principe selon lequel les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas aux accords intra-groupes, dès lors que les filiales ne disposent pas d'une autonomie commerciale. Le Conseil en a tiré trois conséquences :

– il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, de présenter des offres distinctes et concurrentes, à la condition de ne pas se concerter avant le dépôt de ces offres ;
– il est possible pour des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, mais disposant d'une autonomie commerciale, de renoncer, généralement ou ponctuellement, à cette autonomie commerciale, à l'occasion des mises en concurrence ou d'une mise en concurrence et de se concerter pour décider quelle sera l'entreprise qui déposera une offre ou pour établir cette offre, à la condition de ne déposer qu'une seule offre ;
– en revanche, il n'est pas possible, si de telles entreprises déposent plusieurs offres, manifestant ainsi leur autonomie commerciale, que ces offres multiples aient été établies en concertation ou après que les entreprises aient communiqué entre elles, car ces offres ne sont plus indépendantes. En effet, dans ce cas, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence. De telles pratiques ont un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel, peu importe que le responsable du marché ait connu les liens unissant les entreprises concernées, dans la mesure où de tels liens n'impliquent pas nécessairement la concertation ou l'échange d'information (03-D-01, 03-D-07 et 03-D-29).

Dans sa décision 03-D-01 relative au comportement de sociétés du groupe L'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux, le Conseil a constaté que les sociétés CFPO puis Air Liquide Santé, d'une part, et les sociétés Carboxyque française puis Carboxyque Santé, d'autre part, se sont concertées, au niveau des dirigeants de ces entreprises, pour élaborer une politique commerciale conjointe, déclinée, dans les deux entreprises en cause, en deux politiques commerciales coordonnées, adaptées aux caractéristiques de ces deux entreprises. La ligne directrice de cet accord a consisté à faire agir les deux entreprises comme « *des alternatives réciproques et non des concurrentes* » afin « *d'optimiser les parts de marché et la marge du groupe* ». Or, le Conseil de la concurrence a relevé que, pour 19 procédures, ces sociétés ont présenté des offres concurrentes, alors qu'elles avaient décidé de se répartir le marché. Le Conseil de la concurrence en a déduit que ces pratiques avaient pour objet de tromper les responsables des marchés, de se protéger de la concurrence extérieure, de justifier réciproquement auprès de la clientèle leur politique de prix et donc de faire accepter aux hôpitaux des augmentations de prix importantes, au motif de l'adoption du statut de médicament. Ces accords avaient donc un objet anticoncurrentiel (voir *supra*, Décisions contentieuses notables).

De même, dans sa décision 03-D-07 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales, le Conseil a constaté qu'à l'occasion de certains marchés, les liens existant entre les sociétés mères/filiales n'ont pas été portés à la connaissance de la collectivité. Le Conseil a reconnu qu'une telle obligation d'information n'est pas formellement prévue par le Code des marchés publics mais il a précisé qu'au regard du droit de la concurrence, l'absence d'information de la collectivité sur les liens juridiques et la réalité de l'autonomie commerciale des entreprises soumissionnaires à un même marché tend à tromper la collectivité sur l'indépendance des offres et prive l'appel à la concurrence de son effet et de son efficacité de manière substantielle. Le Conseil a ajouté que le défaut de diligence imputé par les parties à l'acheteur public ne peut pas légitimer leurs pratiques anticoncurrentielles car, comme le rappelle la cour d'appel de Paris dans un arrêt Screg Est du 4 juillet 1994, « *il est sans incidence que les maîtres d'ouvrage aient connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées, dès lors qu'ils ignoraient qu'elles constituaient une entreprise unique ou que leurs offres procédaient d'une connivence ; qu'en outre, s'ils l'avaient su et toléré, leur compromission ne serait pas de nature à rendre régulière une pratique manifestement illicite* ». En outre, le Conseil a rejeté l'argument des parties justifiant une offre distincte en fonction de la spécialité de chacune des entreprises (signalisation temporaire ou générale), dès lors qu'il est démontré que l'entreprise a pu remporter le marché de la signalisation temporaire (sa spécialité) suite à une concertation préalable sur les prix de remise. Le Conseil en a déduit que ces pratiques ont conduit à fausser la concurrence en faisant obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché et en répartissant les marchés entre elles et sont prohibées par l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Le Conseil de la concurrence a également fait application de ces principes dans sa décision 03-D-29 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Sorin Biomédica France et Dideco France, filiales à 100 % de la société Dideco Spa et commercialement autonomes, dans le secteur du matériel médical de la circulation extracorporelle. En l'espèce, il est apparu que les sociétés Sorin Biomédica France et Dideco France se sont concertées pour élaborer une politique commerciale commune déclinée en deux politiques coordonnées, notamment une politique de prix, afin de mieux adapter leurs offres et d'assurer la complémentarité de leurs produits. Cette stratégie commune avait pour objectif d'effacer toute concurrence effective entre Sorin Biomédica France et Dideco France en s'assurant d'une totale collaboration entre elles tout en les présentant comme deux entités distinctes auprès de leurs clients. Selon le Conseil de la concurrence, il résulte de ces éléments que les sociétés Sorin Biomédica France et Dideco France ont, dans le cadre de leurs réponses aux appels d'offres lancés par les établissements de soins publics ou privés, mis en œuvre une politique générale de concertation pour élaborer leurs offres, néanmoins présentées comme concurrentes, de sorte que cette pratique a eu pour objet de fausser le jeu de la concurrence.

En revanche, dans sa décision 03-D-63 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché de travaux pour la construction d'un

hémicycle et de bureaux pour le Parlement européen de Strasbourg (lot gros œuvre, charpente métallique et couverture), le Conseil a déclaré que n'était pas anticoncurrentiel, le fait pour les sociétés Campenon Bernard SGE, URBAN, SOGEA, SOREC et CBC, membres appartenant au groupe Compagnie générale des eaux (CGE), d'avoir conclu entre elles une convention, désignant les entreprises du groupe qui soumissionneront à l'appel d'offres et prévoyant une compensation financière pour la CBC qui ne devait pas faire partie du groupement soumissionnaire.

Les entreprises communes

Le Conseil de la concurrence a confirmé sa jurisprudence constante selon laquelle le fait pour deux entreprises de détenir des filiales communes n'est pas en soi constitutif d'une entente interdite par l'article L. 420-1, dès lors que ces filiales ne sont pas des instruments pour mettre en œuvre des pratiques anticoncurrentielles d'échange d'informations et de concertation, pour se répartir un marché ou en fixer les prix.

Ainsi, dans sa décision 03-D-07 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales, le Conseil a fait application de ces principes pour analyser les pratiques mises en œuvre par les sociétés Girod et Lacroix, par le biais de filiales communes, sur les marchés de la Haute-Vienne de 1997 et de la Haute-Savoie en 1998. En l'espèce, le Conseil a considéré que les seules déclarations, selon lesquelles les filiales communes et les maisons mères s'interdisent de se concurrencer, n'étaient pas suffisantes pour établir l'existence d'une action concertée des groupes Girod et Lacroix en vue d'arrêter une stratégie en matière commerciale et de fixation des prix pour les offres remises par les filiales communes.

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.

En 2003, le Conseil de la concurrence s'est intéressé à cette question dans l'affaire relative aux pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles. En l'espèce, le Conseil a rappelé que, si l'article 8 du règlement communautaire 2790/99 du 22 décembre 1999, concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du traité CE à certaines catégories d'accords verticaux, prévoit que n'entrent pas dans le

champ de son application les réseaux parallèles qui couvrent plus de 50 % du marché, cet article n'avait pas vocation à s'appliquer en l'espèce, dans la mesure où il n'a pas été démontré que les contrats de concession des principaux concédants de motocycles (Honda, Kawasaki, Suzuki et Yamaha), détenant ensemble près de 70 % du marché, favorisaient, par le cumul d'obligations contractuelles similaires, la collusion entre ces opérateurs et permettaient l'élimination de toute concurrence intermarque au stade de la vente au détail ou l'homogénéisation des prix. Au contraire, le Conseil a relevé que les éléments du dossier faisaient état de prix moyens non alignés, d'évolutions de prix différentes selon les marques et de fluctuations des parts de marché des sociétés mises en cause, traduisant l'impossibilité pour ces opérateurs de s'abstraire de la concurrence qu'ils font peser les uns sur les autres (03-D-42).

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 2003, le Conseil de la concurrence a-t-il été conduit à examiner des pratiques mises en œuvre par les barreaux des avocats de Marseille (03-D-03) et d'Albertville (03-D-04), l'association Qualibat et les organismes professionnels CERFF (Association pour la certification des fenêtres, façades, cloisons et huisseries) et SNAF-Cloisons (Syndicat national de la construction des fenêtres, façades et activités associées) (03-D-16), la RATP (Régie autonome des transports parisiens), établissement public (03-D-24), ainsi que par la FFSA (Fédération française des sociétés d'assurance) et la FNSAGA (Fédération nationale des agents généraux d'assurance) (03-D-30), la Fédération française de ski, le Syndicat national des téléphériques de France, le comité régional de ski de Savoie et l'Association Orion Ticket Neige (03-D-31), la Mutuelle générale de l'éducation nationale (MGEN) et le Syndicat des spécialistes français en orthopédie dento-faciale (SSFODF) (03-D-37) et, enfin, par la Fédération nationale des transporteurs de voyageurs des Alpes-Maritimes (03-D-46).

Par ailleurs, dans une décision 03-D-01 relative au comportement de sociétés du groupe L'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux, 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. En l'espèce, il était notamment reproché aux sociétés CFPO (devenue Air Liquide Santé) et plusieurs sociétés spécialisées dans les

réseaux de fluides médicaux dont dix sociétés dénommées « *Technologies hospitalières* », d'avoir signé des protocoles d'accord contenant des clauses anticoncurrentielles. Or, le Conseil de la concurrence n'a pas retenu ce grief à l'encontre des sociétés précitées, faisant application de la théorie des accords intra-groupes, puisqu'il a considéré que les dix sociétés « *Technologies hospitalières* » étaient des filiales à 40 %, 50 % et 100 % de la société CFPO devenue Air Liquide Santé et qu'elles ne disposaient pas d'autonomie commerciale, de sorte que les articles L. 420-1 du Code de commerce et 81 du traité de Rome ne trouvaient pas à s'appliquer (voir *supra*, Décisions contentieuses notables).

Le rôle des organisations et associations professionnelles

Le Conseil de la concurrence a confirmé en 2003 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.

Ainsi, le Conseil de la concurrence a réaffirmé, dans sa décision 03-D-46 relative à des pratiques concernant un marché public de transport occasionnel d'élèves dans le département des Alpes-Maritimes, 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 elles en vue de répondre à un appel à candidatures de façon groupée et à un prix identique* ». En l'espèce, après avoir relevé sur divers documents la volonté de la Fédération nationale des transporteurs de voyageurs des Alpes-Maritimes (FNTV 06) de « *répondre à l'appel d'offres organisé par la ville de Nice* » et de « *constituer un groupement de transporteurs avec la SEMIACS pour mandataire afin de soumissionner au dit marché (...) la FNTV 06 [ayant] proposé un projet de tarifs de transports* », le Conseil a considéré que la FNTV 06 avait outrepassé sa mission d'assistance de ses adhérents en les conduisant à participer à des pratiques anticoncurrentielles et a pris part, elle-même, aux pratiques relevées, prohibées par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Néanmoins, le Conseil a rappelé que, selon une jurisprudence constante, 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.

À cet égard, dans ses décisions 03-D-03 et 03-D-04 relatives à des pratiques mises en œuvre par les barreaux des avocats de Marseille et d'Albertville en matière d'assurances, le Conseil a rappelé que, selon un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 12 octobre 1999, la pratique consistant pour un

syndicat à imposer à ses membres, par des clauses de ses statuts et de son règlement intérieur, un contrat collectif d'assurance civile constitue, en ce qu'elle prive chacun d'eux de la possibilité de recourir à l'assureur de son choix, une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce. Néanmoins, tenant compte du fait qu'en l'espèce, la profession d'avocat est réglementée et soumise aux dispositions de la loi du 31 décembre 1971, le Conseil de la concurrence a estimé que la pratique en cause était susceptible de bénéficier de l'exemption prévue par l'article L. 420-4 1 du Code de commerce.

Le Conseil a également considéré, dans sa décision 03-D-16 relative à une saisine de la société Clips, qu'il était regrettable qu'un organisme certificateur, le CERFF (association pour la certification des fenêtres, façades, cloisons et huisseries), permette au syndicat national de la construction des fenêtres, façades et activités associés (SNFA) de publier une publicité commune concernant certaines entreprises affiliées au syndicat SNFA section cloisons, bénéficiant du label CERFF, dans le but de promouvoir la certification CERFF, alors qu'une telle pratique est susceptible de créer une certaine confusion dans l'esprit du public, entre l'organisme certificateur et ce syndicat. Toutefois, le Conseil a estimé, qu'à défaut d'autres éléments, cette circonstance était insuffisante pour établir que le CERFF et le SNFA s'étaient livrés à une concertation ayant eu pour objet ou pouvant avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence.

Enfin, le Conseil de la concurrence a estimé que les conventions-cadres négociées et établies par les organisations professionnelles et les accords subséquents, comme la convention-cadre négociée et ratifiée par la Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA) et par la Fédération des agents généraux d'assurance (FNSAGA) portant réforme du statut des agents généraux d'assurance, sont susceptibles d'être passés au crible des dispositions du droit de la concurrence, lorsque ces actes juridiques sont susceptibles d'affecter le libre jeu du marché. Le Conseil de la concurrence a, tout d'abord, rappelé le principe posé par la Cour de justice des Communautés européennes, dans ses arrêts Brentjens's (C-115/97) et Drijvende Bokker (C-219/97), selon lequel les accords conclus dans le cadre de négociations collectives entre partenaires sociaux, destinés à améliorer les conditions d'emploi et de travail, doivent être considérés, en raison de leur nature et de leur objet, comme ne relevant pas de l'article 81. Le Conseil a néanmoins souligné que « *l'exonération retenue, dans ces deux décisions, par la Cour de justice, n'écarte toutefois pas la possibilité d'appliquer le droit de la concurrence, lorsque les conventions collectives portent sur des matières qui ne relèvent pas de l'essence des négociations collectives ou visent à affecter directement les rapports entre les employeurs et les tiers, tels que les clients, les fournisseurs, les employeurs concurrents ou les consommateurs, en portant atteinte à la concurrence (conclusions de l'avocat général F.G. Jacobs, dans l'affaire Albany – arrêt du 21 septembre 1999, C 67/96)* ». Faisant application de ce principe, le Conseil de la concurrence a déclaré que la convention-cadre nationale et les accords d'entreprises subséquents négociés par la FFSA et la FNSAGA portant réforme du statut des agents généraux d'assurance, relevaient du champ d'application du droit de la concurrence.

Les ententes anticoncurrentielles

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

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

À 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 (03-D-07, 03-D-10, 03-D-19, 03-D-29, 03-D-34, 03-D-46, 03-D-47, 03-D-55 et 03-D-63).

- **Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres**

Dans sa décision 03-D-10 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille, le Conseil de la concurrence a relevé que trois des huit entreprises candidates à l'exécution du marché, les entreprises Guigues, Snef et Cochery Bourdin Chausse (devenue Eurovia), avaient échangé des informations sur le montant de leurs offres préalablement à leur transmission. La preuve de ces échanges d'informations résidait dans les similarités entre les trois offres rédigées de la même écriture, bien que certains chiffres variaient d'une offre à l'autre. De plus, les sociétés Guigues et Snef n'ont pas contesté les griefs qui leur étaient notifiés (voir *supra*, Décisions contentieuses notables).

De même, le Conseil a sanctionné des entreprises d'ambulances du département des Vosges pour s'être réunies afin de discuter des propositions de prix qu'elles avaient faites en réponse à l'appel d'offres lancé par la commune de La Bresse, relatif au transport des skieurs accidentés des pistes vers les centres de soins. Il ressortait des déclarations des représentants de ces trois sociétés qu'au cours de cette réunion, la Sarl Transmosel et la société Ambulances des 2 Vallées ont reproché au gérant de la société Balland-Germain le niveau trop bas de sa proposition, et insisté pour qu'un prix plus élevé soit retenu. La société Ambulances des 2 Vallées reconnaissait également s'être plainte de l'offre déposée par la société Transmosel en réponse à l'appel d'offres de la commune de Ventron, avoir revendiqué ces deux communes comme faisant partie de son secteur d'activité et avoir menacé les deux sociétés concernées d'« *intervenir sur les marchés dans leurs secteurs d'activité respectifs* ». À la suite de cette réunion, les deux sociétés menacées avaient retiré leurs offres (03-D-47). La Direction générale de la concurrence,

de la consommation et de la répression des fraudes, qui avait déjà constaté de telles pratiques au cours des années précédentes, avait pourtant enjoint aux entreprises concernées d'y mettre fin.

Dans sa décision 03-D-54, le Conseil a considéré que la simple participation à des réunions au cours desquelles une répartition de marchés avait été arrêtée et précisée, suffisait à établir une présomption de participation à une entente. En l'espèce, les entreprises, qui avaient participé aux réunions litigieuses, avaient néanmoins contesté avoir pris part à la collusion, l'une faisant valoir notamment qu'elle n'avait pas avalisé le document formalisant la répartition, l'autre se prévalant de l'absence d'effet des pratiques. Le Conseil retient qu'« *en tout état de cause, même dans l'hypothèse où les sociétés Apex et Total Energie auraient contesté les termes de ce compte-rendu, ou changé d'avis postérieurement à cette réunion, les échanges d'information auxquels elles avaient ainsi procédé sont susceptibles d'avoir modifié leur comportement lors de leurs soumissions aux appels d'offre sur les marchés visés* ». Entre autres circonstances, le Conseil retient en outre que si la répartition arrêtée avait été contraire aux volontés des sociétés et qu'elles n'y avaient participé en rien, elles ne se seraient pas rendues à une réunion ultérieure au cours de laquelle la répartition avait été confirmée, modifiée ou précisée.

Dans sa décision 03-D-07 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales, le Conseil a rappelé que la nécessité mise en avant de faire acte de présence commerciale vis-à-vis des clients potentiels ne permet pas non plus de justifier des échanges d'information préalables au dépôt des offres, conformément à la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, arrêt SECCO Desquennes & Giral du 2 mars 1999, selon lequel « *la pratique dite de l'offre* "carte de visite" *permettant à une entreprise de se faire connaître du maître de l'ouvrage, sans chercher à obtenir le marché, ne peut être tenue pour licite dès lors que, par des échanges d'informations sur les prix préalables au dépôt des offres, elle trompe le maître de l'ouvrage sur la réalité et l'étendue de la concurrence sur le marché concerné ainsi que sur le sérieux des prix fixés, ayant en cela un objet et un effet anticoncurrentiel* ».

- **Offre de couverture**

Dans la décision 03-D-55, le Conseil a statué sur un cas de figure original dans lequel, à l'occasion d'un marché public de travaux, l'un des soumissionnaires avait élaboré deux chiffrages de l'appel d'offres, l'un pour son usage propre, l'autre, destiné à servir à la constitution d'une offre de couverture ou « *carte de visite* » qu'il avait transmis, à cette fin, à une entreprise concurrente. Toutefois, celle-ci ne souhaitant pas soumissionner, avait transmis le chiffrage « *de couverture* » à un troisième opérateur, qui, lui, en avait fait usage en soumissionnant. Le Conseil n'entre pas en voie de condamnation contre cette dernière entreprise. En effet, aucune collusion directe entre elle et l'entreprise ayant établi le chiffrage devant servir au dépôt de l'offre de couverture ne pouvait être démontrée : il n'avait pu être établi qu'elle avait connaissance de l'origine du chiffrage utilisé pour le dépôt de son offre ou qu'elle savait que sa proposition servirait en réalité d'offre de couverture au bénéfice du seul autre soumissionnaire. Par ailleurs, elle ne pouvait être sanctionnée pour avoir échangé des informations avec une entreprise non

soumissionnaire dans le mesure où, rappelle le Conseil, « *le seul fait de déposer une offre, dite* "carte de visite" *n'est pas condamnable au regard du droit de la concurrence dès lors que cette offre ne résulte pas d'une concertation préalable avec d'autres entreprises soumissionnaires* ». En revanche, l'auteur et bénéficiaire de l'offre de couverture, et l'entreprise transmettrice non soumissionnaire sont convaincus d'entente par échange d'informations. Le fait que cette dernière n'ait pas elle-même fait un usage direct du chiffrage qu'elle avait reçu, ne saurait exonérer la première de sa participation à une pratique concertée anticoncurrentielle dès lors, d'une part, que la communication d'un chiffrage à un concurrent pour susciter une offre de couverture dans une procédure d'appel d'offres a, en elle-même, un objet anticoncurrentiel et, d'autre part, que l'effet anticoncurrentiel sur le déroulement de l'appel d'offres est établi par le fait que le maître d'ouvrage a effectivement reçu deux offres non réellement concurrentes, dont une constituée à partir de ce chiffrage litigieux. De son côté, l'entreprise non soumissionnaire a transmis l'information à tiers, alors même qu'elle ne pouvait ignorer que l'auteur du chiffrage de couverture soumissionnerait, permettant ainsi qu'il soit utilisé pour le dépôt d'une offre faussement concurrente.

Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel

• Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres

Dans sa décision 03-D-34, relative à deux marchés de travaux de terrassement et de réalisation de chaussées en Gironde, le Conseil de la concurrence a considéré qu'il lui revient d'apporter des preuves permettant d'écarter l'argument tiré du simple parallélisme de comportement. S'agissant du marché de l'A 660, le Conseil a considéré que les caractéristiques relevées par l'enquêteur (écarts de prix inférieurs à 1 %, degré de précision des offres) n'étaient pas d'une nature telle qu'elles ne puissent s'expliquer autrement que par un scénario d'échange d'informations avec désignation de l'attributaire du marché préalablement au dépôt des offres et présentation d'offres de couverture par les autres soumissionnaires.

De même, s'agissant du marché de l'élargissement de la rocade de Bordeaux, il a considéré qu'aucun élément du dossier ne permettait de réunir un faisceau d'indices graves et concordants de nature à établir que les entreprises s'étaient concertées préalablement au dépôt des offres. Le Conseil a rappelé l'arrêt de la cour d'appel de Paris Lyonnaise des eaux France (18/02/2003) selon lequel le parallélisme de comportement peut être la résultante de décisions identiques, mais indépendantes, prises par des entreprises s'adaptant naturellement à un même contexte sur le même marché. Aussi, les arguments suivants n'ont pas été retenus pour qualifier l'entente :

– le fait qu'une seule entreprise ait proposé une variante par rapport à son offre principale ;
– le fait que dans les offres déposées par les entreprises, certaines séries de prix relatives à l'installation et à la préparation d'un chantier soient de façon parallèle supérieures ou inférieures à l'estimation du maître d'ouvrage qui pourrait s'expliquer, en l'absence de tout autre élément, par le fait que cette estimation soit entachée d'une erreur d'évaluation ;

– la circonstance que le groupement attributaire du marché ait successivement envisagé d'utiliser une centrale mobile en raison de l'indisponibilité de la centrale fixe dont ses membres étaient actionnaires, puis modifié son offre pour une centrale fixe, cette pratique résultant de décisions communes prises dans le cadre normal du fonctionnement d'un groupement ;
– la correspondance signalée entre les parts prises dans les deux marchés par les entreprises et les parts des groupes respectifs auxquels appartiennent ces entreprises.

Dans sa décision 03-D-19 relative à des pratiques relevées sur le marché des granulats dans le département de l'Ardèche, le Conseil de la concurrence a également estimé que la similitude des prix des granulats entre les différentes offres pouvait s'expliquer par le cahier des charges assez strict en la matière et par la participation des entreprises à des groupements, sept lots sur neuf ayant été attribués à ces groupements. De la même manière, le Conseil de la concurrence a considéré que n'était pas constitutif d'une entente anticoncurrentielle, le fait pour une entreprise ayant déposé une offre à l'occasion d'un marché public, d'envoyer une télécopie à une société concurrente l'informant des prix des produits et du transport liés à la réalisation du marché dès lors que cette dernière n'y a pas répondu et n'avait aucun intérêt à participer à cet échange d'informations. En l'absence d'autres éléments, cette télécopie ne saurait suffire à démontrer l'accord de volonté entre ces deux entreprises.

De plus, le Conseil de la concurrence a estimé, dans sa décision 03-D-20 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des enrobés bitumineux de la région Rhône-Alpes, que n'était pas anticoncurrentiel le fait pour les sociétés Perrier SA et Routière Beugnet SA d'avoir inséré, dans la convention constituant leur filiale commune dénommée FERA 69 chargée d'exploiter une centrale d'enrobage à Corbas, une clause les conduisant à échanger leurs besoins en enrobés à aussi longue échéance que possible, de manière à tenir à jour un planning des besoins totaux. Dans la mesure où il est constant que les émulsions diffèrent en fonction du type d'enrobé à produire et où le démarrage d'une production nécessite des réglages spécifiques qui génèrent des coûts importants, le Conseil a considéré que la clause considérée apparaissait conforme aux impératifs de gestion des entreprises et qu'on ne saurait déduire du libellé de cette clause que les sociétés se trouvaient conduites à échanger, avant le dépôt de leurs offres respectives, des informations relatives, notamment, à l'intérêt porté par l'une ou l'autre à l'attribution de lots de marchés publics et au volume des travaux envisagés.

Enfin, le Conseil a considéré dans sa décision 03-D-63 relative à un marché de travaux pour la construction d'un hémicycle et de bureaux pour le Parlement européen de Strasbourg (lot gros œuvre, charpente métallique et couverture) que, n'était pas anticoncurrentiel, le fait pour les responsables des sociétés SMAC Acieroïd et Baudin Chateauneuf, chacune soumissionnaire à l'appel d'offres, d'avoir eu une conversation téléphonique retranscrite dans une note manuscrite, en vue d'une opération de sous-traitance. En effet, cette note ne permettait pas d'établir avec certitude que l'objet de ce contact était un échange d'informations portant sur l'existence des compétiteurs, 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, informations dont l'échange est de nature à restreindre le libre jeu de la concurrence.

- **Offre « *carte de visite* »**

Dans sa décision 03-D-55 relative un marché public passé par le district urbain du pays de Montbéliard pour la réfection de la pelouse d'un stade de football, le Conseil de la concurrence a considéré que l'entreprise Duc et Préneuf, ayant échangé des informations avec une entreprise non soumissionnaire à l'appel d'offres (l'entreprise Parcs et Sports), ne pouvait être sanctionnée, dans la mesure où le seul fait de déposer une offre, dite « *carte de visite* » n'est pas condamnable au regard du droit de la concurrence, dès lors que cette offre ne résulte pas d'une concertation préalable avec d'autres entreprises soumissionnaires. En l'espèce, parce qu'il n'avait pu être démontré, ni qu'elle avait connaissance de l'origine du chiffrage utilisé pour le dépôt de son offre, ni qu'elle savait que sa proposition servirait en fait d'offre de couverture au bénéfice du seul autre soumissionnaire (l'entreprise CGEV), aucune concertation préalable ne pouvait être regardée comme établie.

Ententes et échanges d'informations sur les prix et marges

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

Dans sa décision 03-D-36 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des fraises produites dans le Sud-Ouest, le Conseil de la concurrence a sanctionné l'AIFLG (Association interprofessionnelle des fraises du Lot-et-Garonne) pour avoir élaboré, diffusé, et contrôlé l'application par ses membres sous peine d'exclusion ou de sanction, d'un système de prix minimum imposé, reposant sur des « *prix objectifs* » fixés quotidiennement par la cellule de gestion du marché de l'AIFLG à partir des informations transmises par ses membres sur les volumes vendus, les prix pratiqués, l'état des stocks et les prévisions d'apports et de demande pour le lendemain.

Le Conseil a également sanctionné l'AIFLG pour son intervention sur les ventes promotionnelles. À cet égard, l'AIFLG faisait valoir que, dans le cadre de ses missions statutaires, elle pouvait légitimement s'opposer aux ventes promotionnelles organisées par la grande distribution en début de saison, dès lors que ces ventes avaient pour effet de perturber les cours de la fraise en générant une diminution du prix. Elle indiquait, cependant, n'avoir jamais exercé de menaces vis-à-vis de la grande distribution, son action n'ayant d'ailleurs jamais abouti à la suppression d'opérations promotionnelles. Le Conseil de la concurrence a toutefois constaté que l'AIFLG recensait les demandes de ventes promotionnelles et diffusait des messages sans ambiguïté concernant l'obligation de respecter les prix de vente élaborés par sa cellule de gestion (voir *supra*, Décisions contentieuses notables).

Dans sa décision 03-D-12 concernant le secteur des escaliers préfabriqués en béton, le Conseil de la concurrence a sanctionné le fait, pour des entreprises spécialisées dans la fabrication d'escaliers préfabriqués en béton, d'avoir organisé des « *clubs escaliers* », réunissant les entreprises concernées au niveau régional, pour stopper la guerre des prix. Le Conseil a constaté qu'au

sein de ces « *clubs escaliers* », les entreprises s'étaient concertées sur les prix et qu'elles déterminaient, une à deux fois par an, des tarifs communs applicables à tous les chantiers de la région, les prix des offres de couverture étant calculés sur la base de ces tarifs majorés de 5 à 8 % ; qu'enfin, les membres du club devaient respecter un taux de remise maximal de 5 % applicable au tarif commun pour l'ensemble des marchés de la région, sauf si une société extérieure au club faisait une proposition de prix. Le Conseil de la concurrence en a conclu que ces pratiques étaient prohibées par l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Dans sa décision 03-D-45 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire, le Conseil de la concurrence a également sanctionné les échanges d'informations sur les prix entre les deux principaux producteurs de calculatrices à usage scolaire, Noblet et Texas Instruments France. En l'espèce, une note du 19 février 1996, adressée au président du Conseil d'administration de la société Noblet, précisait que le directeur commercial de la société Texas Instruments France lui avait communiqué par téléphone le prix des calculatrices TI 30, la baisse probable de la calculatrice TI 80 ainsi que le prix de quatre autres calculatrices et l'avait informé de ce que la nouvelle version de la TI 30 ne serait pas mise en vente avant la fin de l'année 1996. Le directeur marketing de la société Noblet précisait sur cette note qu'« *il regrette cette nouvelle mise en cause et que, de notre côté, nous aviserions sur une décision éventuelle de changement* ». Le Conseil de la concurrence a considéré que cette note démontrait de manière irréfutable des échanges d'informations ayant eu lieu, au moins à la date du 19 février 1996, sur les prix de vente de six calculatrices et sur certains projets commerciaux des sociétés Texas Instruments France et Noblet. De plus, le Conseil de la concurrence a estimé, au vu des regrets émis par le directeur marketing de la société Noblet, que les échanges dont témoigne la note, n'étaient pas isolés mais s'inscrivaient dans le cadre d'un accord entre les deux sociétés qui se trouvait ainsi remis en cause. Enfin, le Conseil de la concurrence a rejeté l'argument de la société Noblet s'agissant d'informations concernant des décisions déjà prises par les entreprises en constatant que l'échange d'informations reproché aux entreprises précédait la publication de leurs tarifs respectifs, de sorte que ces entreprises ne fixaient leurs prix qu'après s'être concertées précédemment sur les tarifs appliqués et les projets commerciaux à venir, pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce (voir *supra*, Décisions contentieuses notables).

Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel

Dans sa décision 03-D-20, le Conseil de la concurrence, saisi par la FNB (Fédération nationale de boissons) sur une éventuelle entente entre la société Coca-Cola entreprise (CCE) et deux embouteilleurs indépendants, la société Sud Boissons et la société des boissons gazeuses de la Côte d'Azur (SBGCA) sur la mise en place d'« *une politique tarifaire identique* », a considéré que ces sociétés, exerçant leur activité sur des zones distinctes définies par les contrats de distribution conclus avec *The Coca-Cola company*, ne se trouvaient pas en situation de concurrence, de sorte qu'une telle pratique ne

saurait, faute d'objet ou d'effet anticoncurrentiel, être qualifiée d'entente sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Entraves à l'accès au marché

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

- **Clauses d'exclusivité**

Le Conseil de la concurrence a sanctionné le fait pour les sociétés Perrier SA et Routière Beugnet SA d'avoir, dans le cadre de la convention d'exploitation de leur filiale commune FERA 69 chargée d'exploiter une centrale d'enrobage à Corbas, mis en œuvre une clause d'exclusivité par laquelle il leur était fait obligation de se fournir en enrobés bitumineux exclusivement auprès de leur centrale commune, y compris pour la revente aux tiers, et s'interdisaient de créer ou de prendre une participation dans d'autres centrales fixes ou mobiles dans le même secteur géographique. En l'espèce, le Conseil a rappelé que de telles obligations, rapprochées des conditions techniques propres aux travaux routiers et des modalités de passation des marchés correspondants, constituent un moyen efficace de limiter l'accès à ces marchés, caractérisés par une préférence locale ou régionale comme le confirment les arrêts de la cour d'appel de Paris en date des 4 juillet 1990 et 4 juillet 1994 (03-D-21).

- **Exercices de pressions et *boycott***

Le Conseil de la concurrence a rappelé en 2003 les principes posés par la Cour de cassation, dans son arrêt du 22 octobre 2002, selon lesquels : « *(...) le* boycott *constitue une action délibérée en vue d'évincer un opérateur du marché* » (03-D-06), avant de sanctionner, dans sa décision 03-D-68, les pratiques de *boycott* mises en œuvre par le CNPA (Centre national des professions automobiles) auprès de ses adhérents consistant, d'une part, en l'envoi de courriers à ses adhérents, les informant que la banque « *Crédit de l'Est* » avait noué des relations commerciales avec les mandataires automobiles, et précisant qu'il leur appartenait « *d'en tirer les conséquences que vous jugerez devoir s'imposer* », d'autre part, à avertir le journal *Le Républicain Lorrain* de la possibilité de voir les concessionnaires ne plus recourir aux services publicitaires du quotidien au motif que des annonces, présentées comme illégales, y étaient insérées par les mandataires automobiles. En l'espèce, le Conseil de la concurrence a considéré que cette démarche avait pour objet et, pouvait avoir pour effet, de restreindre de façon concertée, l'accès des mandataires au crédit et à la publicité et de porter atteinte ainsi au libre jeu de la concurrence. Le Conseil a également rappelé la jurisprudence de la cour d'appel de Paris qui précise à maintes reprises la gravité *per se* de la pratique de *boycott* d'autant que « *la circonstance que cette action ait eu un effet limité ne peut lui enlever son caractère de pratique concertée anticoncurrentielle par son objet* » (cour d'appel de Paris, 23/02/1996).

Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel

- **Adhésion à une organisation**

Dans sa décision 03-D-51, le Conseil a fait application de la jurisprudence, rappelée notamment par la cour d'appel dans son arrêt du 27 mai 2003 (Chambre syndicale des entreprises de déménagements et garde-meubles de France), selon laquelle les conditions d'adhésion à une association professionnelle ne peuvent porter atteinte à la libre concurrence qu'à la double condition que cette adhésion soit une condition d'accès au marché ou constitue un avantage concurrentiel déterminant et que ces conditions d'adhésion soient définies ou appliquées de façon non objective, non transparente ou discriminatoire. En l'espèce, l'appartenance à l'association ne pouvait être considérée comme une condition de l'accès au marché puisqu'elle n'avait été recherchée que par une faible minorité des professionnels et qu'un certain nombre d'adhérents avaient choisi de quitter le réseau. Au surplus, il n'était pas démontré que l'adhésion à l'association constituait un avantage concurrentiel ou que les conditions d'adhésion étaient définies ou appliquées de façon non objective, non transparente ou discriminatoire.

Le Conseil n'a pas considéré qu'étaient anticoncurrentiels le fait pour la MGEN (Mutuelle générale de l'éducation nationale) et le SSODF (Syndicat des spécialistes français en orthopédie dento-faciale) d'avoir prévu, dans une convention, le conventionnement de plein droit des stomatologistes adhérents au SSODF, ainsi que la possibilité pour la MGEN de conventionner individuellement les chirurgiens dentistes spécialistes en orthodontie limitant leur pratique à cette spécialité (exclusif), sans préciser si la MGEN avait la possibilité de conventionner individuellement les stomatologistes ODMF (orthopédie-dento-maxillo-faciale) non syndiqués et non exclusifs. Le Conseil n'a relevé aucun élément susceptible de qualifier une entente anticoncurrentielle entre le SSODF et la MGEN ni aucune plainte émanant d'un stomatologue ODMF non exclusif dont la demande de conventionnement aurait été écartée par la MGEN (03-D-37).

- **Invitation unilatérale au *boycott***

Dans l'affaire relative à la saisine de la société Prisma Presse, le Conseil de la concurrence devait connaître des pratiques mises en œuvre par la société ITM (Intermarché) et certains de ses adhérents. En l'espèce, la société Prisma Presse avait édité un magazine, *Capital* n° 67 comprenant un article intitulé « *Intermarché : les mousquetaires sont fatigués* » faisant état des difficultés du groupe. M. Meunier, adhérent de l'enseigne ITM Bricomarché et administrateur à tiers temps d'ITM Entreprises pour la région parisienne avait alors invité, par télécopie, « *tous les mousquetaires de la région parisienne* » à racheter « *tous les magazines* Capital *qui peuvent se trouver sur votre ville* ». À cet égard, le Conseil de la concurrence a constaté, d'une part, qu'il n'existait aucun élément de preuve figurant au dossier permettant d'affirmer que M. Meunier n'aurait pas agi de façon individuelle, mais de manière concertée avec les dirigeants de la société ITM Entreprises et, d'autre part, qu'il apparaît, au vu de la télécopie, que le message de M. Meunier et son invitation au *boycott* ne concernaient qu'un numéro et n'avaient que pour objectif la défense de l'image de marque du groupe Intermarché. Le Conseil de la

concurrence en a déduit qu'aucune volonté d'éviction du magazine *Capital* ou de la société Prisma presse n'était démontrée. Au surplus, il n'était pas démontré que la pratique alléguée avait pu avoir des effets sur les ventes de magazines économiques en général et sur celles de *Capital* en particulier. Par conséquent, le Conseil de la concurrence a décidé qu'il n'y avait pas lieu de poursuivre la procédure (03-D-06).

- **Qualification, labels, agréments**

La décision 03-D-16, relative à la saisine de la société Clips, réaffirme les conditions dans lesquelles les conditions d'achat d'une qualification professionnelle sont susceptibles de fausser le jeu de la concurrence. En l'espèce, le Conseil de la concurrence a été saisi par la société Clips de pratiques mises en œuvre par l'association Qualibat consistant à refuser d'accorder la qualification Qualibat fourniture et pose (qualifications n° 4211 et 4221) aux clients poseurs de cloisons de Clips. Le Conseil a tout d'abord rappelé les critères fixés dans sa précédente décision 00-D-84 du 8 février 2001 et énoncé que, pour qu'un système d'identification professionnelle soit acceptable, au regard des règles de concurrence, les critères fixés doivent être clairs, objectifs et de nature à garantir la compétence des professionnels sans aller au-delà de ce qui est strictement nécessaire à cette garantie. En l'espèce, pour pouvoir bénéficier de la qualification Qualibat, la production d'une attestation de cotisation à une caisse de congés payés était exigée. Le Conseil de la concurrence a estimé que cette exigence n'était pas de nature à constituer un obstacle au libre jeu de la concurrence sur le marché dans la mesure où cela permettait, d'une part, de garantir que l'entreprise candidate à une qualification était en règle au regard de ses obligations légales et réglementaires ; d'autre part, que cette exigence n'excluait pas de la qualification les entreprises qui n'opéraient pas en France puisque, selon les régimes propres à chaque nationalité, une équivalence à cette attestation lui était substituée. Par ailleurs, l'association Qualibat conditionnait l'octroi de sa qualification à la présentation d'un certificat délivré par le CERFF (organisme professionnel de certification) attestant des caractéristiques et des qualités des produits de l'entreprise demanderesse et non de la compétence technique de ladite entreprise. À cet égard, le Conseil a relevé que le CERFF est actuellement le seul organisme à pouvoir effectuer les tests de nature à certifier la qualité et la sécurité des produits. Or, le fait, pour un organisme certificateur, de vérifier la qualité des produits utilisés par l'entreprise candidate ne paraît pas excéder les limites de ce qui est nécessaire à l'accomplissement de sa mission.

Par ailleurs, le Conseil a estimé, dans sa décision 03-D-24, que le système d'agrément des médecins généralistes mis en œuvre par la RATP dans certaines communes pour les autoriser à soigner ses agents, en fonction du nombre d'agents RATP vivant dans ces communes et d'un certain nombre de critères fixés par la RATP n'était pas anticoncurrentiel. Plus précisément, le Conseil a estimé qu'aucun des éléments du dossier ne permettait d'établir l'existence d'une concertation entre les médecins généralistes et la RATP afin de limiter le nombre de médecins agréés, de mettre en place des conditions discriminatoires ou d'empêcher l'agrément d'un de leurs confrères en particulier. Bien que le défaut d'attribution d'un ordre de priorité dans les

critères de sélection appliqués et la mise en œuvre peu rigoureuse de ces critères aient été susceptibles de conférer un caractère discriminatoire au processus d'agrément, les comportements dénoncés procédaient en tout état de cause de décisions unilatérales de la RATP, et non d'un accord de volonté de cette dernière avec les médecins libéraux agréés, de sorte que cette pratique n'était pas contraire aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Enfin, le Conseil de la concurrence a considéré, dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de lentilles de contact jetables, que l'exigence d'une prescription médicale imposée par le producteur des lentilles Acuvue (lentilles jetables portées de manière continue durant 7 jours et 6 nuits) pour l'obtention ou le renouvellement des lentilles de contact Acuvue, pouvait être légitimée par les risques particuliers d'infection liés au port permanent de lentilles de contact Acuvue. Le Conseil a, par ailleurs, ajouté n'avoir pas constaté de la part des ophtalmologistes un comportement prescripteur favorisant de façon notable les lentilles Acuvue mais, au contraire, une tendance à privilégier les lentilles à renouvellement fréquent. Le Conseil a donc considéré qu'aucun élément n'était de nature à démontrer une entente anticoncurrentielle, entre le producteur des lentilles Acuvue et les ophtalmologistes, de nature à limiter l'accès au marché des lentilles jetables (03-D-32).

Répartition de marché

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

Le fait, pour les entreprises spécialisées dans la fourniture d'escaliers préfabriqués en béton, de s'être réunies au niveau régional au sein de « *clubs escaliers* » pour se répartir l'ensemble des marchés de la zone concernée sur la base de quotas en valeur relative, correspondant aux parts de marché de chacun des participants, a été qualifié d'anticoncurrentiel, d'autant que cette répartition était sauvegardée par la pratique consistant à sélectionner au préalable les attributaires des marchés, les autres entreprises déposant des offres de couverture (03-D-12).

Dans la même décision, a également été sanctionné le fait pour les sociétés Produits béton du Maine et Le Béton mécanique et, d'autre part, les sociétés Préfabrication O-P Lafarge (OPL) et Lafarge Béton Préfa (LBP) d'avoir conclu un protocole d'accord au terme duquel les sociétés Produits béton du Maine et Le Béton mécanique reprenaient l'activité escaliers des sociétés OPL et LBP pour un montant de 275 000 F HT à condition que « *les dirigeants des sociétés OPL et LBP s'interdisent à l'avenir toutes activités de fabrication et commercialisation d'escaliers sur l'ensemble de la France...* ». En l'espèce, le Conseil de la concurrence a considéré qu'il ne peut être valablement soutenu que la clause de non-concurrence était nécessaire à la réalisation de la cession de la clientèle et du matériel, car cette clause qui, d'une part, s'étendait à l'ensemble du territoire et, d'autre part, n'était pas limitée dans le temps, était excessive au regard des stipulations habituelles de ces clauses. Le Conseil a ajouté que l'objet de cette clause était de faire disparaître définitivement du marché national un concurrent. Ce protocole avait donc pour

objet et pouvait avoir pour effet de restreindre la concurrence, dans le secteur des escaliers préfabriqués en béton, de sorte que la circonstance que la société Le Béton mécanique se soit, pour des raisons étrangères au protocole lui-même, effacée au profit de la société Produits béton du Maine, appartenant au même groupe, ne change rien au fait qu'elle ait signé ce protocole. Enfin, le Conseil a estimé que le fait que les sociétés OPL et LBP se soient, devant les juridictions civiles, prévalues de la nullité de la clause, ne saurait être invoqué pour soutenir qu'elle n'avait pas d'objet ou ne pouvait pas avoir d'effet anticoncurrentiel, car la circonstance, à la supposer établie, que le groupe Lafarge béton Préfa aurait continué à fabriquer et à commercialiser des escaliers préfabriqués en béton, est insuffisante pour établir que la clause de non-concurrence n'avait pas d'objet anticoncurrentiel ou ne pouvait pas avoir un tel effet. Le Conseil en a donc conclu que les sociétés Produits béton du Maine, Béton mécanique, OPL et LBP, ont enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce (03-D-12).

Les accords conclus entre la société Jungheinrich France, fabricant de chariots de manutention électrique (chariots + batteries électriques) et divers fournisseurs de batteries, les sociétés Oldham France, VHB Varta et Ceac-Exide, réservant la clientèle des batteries de première monte au seul fabricant d'engins de manutention, et la commercialisation de batteries de renouvellement aux fabricants de batteries, ont été jugés prohibés par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce (03-D-40).

Le Conseil a également sanctionné une entente de répartition de marchés d'électrification de sites isolés par énergie renouvelable, et sa mise en œuvre dans le département du Gard, caractérisée par le fait, pour des entreprises appelées à soumissionner aux mêmes appels d'offres, d'échanger des informations sur leur intérêt pour telles ou telles zones géographiques, sur le degré de priorité qu'elles accordent à une zone géographique ou sur leur intention de répondre à tel ou tel appel d'offres en particulier. Le Conseil a également précisé qu'en organisant une telle concertation, un syndicat professionnel sort de son rôle et contrevient, au même titre que ses membres, aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce (03-D-54).

Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel

Dans sa décision 03-D-26 relative à une saisine de la Confédération nationale de la distribution pétrolière à l'encontre de pratiques d'EDF et GDF sur le marché du chauffage domestique, le Conseil de la concurrence n'a pas considéré que EDF et GDF avaient enfreint les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce, en diffusant des documents publicitaires, assurant simultanément la promotion du gaz et de l'électricité comme source d'énergie pour le chauffage. Le Conseil a, en effet, estimé qu'une telle pratique ne peut être considérée comme ayant eu pour effet de limiter les possibilités de choix des consommateurs aux seuls gaz et électricité, à l'exclusion du fuel.

De même, les accords de partenariat conclus par les centres EDF-GDF services avec les professionnels de la construction, en vue de l'amélioration de la qualité thermique des logements neufs, qui interviennent en aval du choix de l'énergie par ces derniers et qui ne comportent pas d'exclusivité au bénéfice

de l'électricité ou du gaz, n'ont pas été considérés comme faussant le jeu de la concurrence.

Concernant les clauses de la convention conclue entre le centre EDF-GDF Services de Nantes et l'Opac de Loire-Atlantique et celle conclue entre le centre EDF-GDF Services de Touraine et l'Opac 37, aux termes desquelles les Opac concernés s'engageaient à privilégier l'utilisation du gaz sur les zones desservies en gaz naturel, les primes liées au label « *Confort plus* » pour l'utilisation de l'électricité étant notamment réservées aux zones non desservies en gaz, le Conseil a considéré qu'elles étaient effectivement de nature à limiter, dans les départements concernés, la pression concurrentielle exercée par l'électricité sur le gaz. Toutefois, le Conseil a tenu compte du fait que le développement privilégié du gaz naturel dans les zones desservies est inscrit dans le contrat d'objectifs conclu pour la période 1994/1996 entre l'État et GDF. Le Conseil en conclut que : « *Dans la mesure où l'État est également l'actionnaire unique d'EDF, le fait que la politique commerciale d'EDF ne soit pas contradictoire avec les objectifs assignés par l'État à GDF et s'inscrit dans le cadre d'une politique nationale de l'énergie ne peut être considéré comme une entente entre les deux établissements publics. Au surplus, la politique commerciale d'EDF et GDF, et notamment les prix, étant déterminée au niveau national, l'effet des restrictions apportées au libre jeu de la concurrence entre les deux types d'énergie par deux conventions départementales apparaît très limité* ».

Le Conseil en a déduit que : « *La plus grande partie des conventions examinées n'a pas eu d'effet sur le choix entre le fuel, d'une part, et le gaz et l'électricité, d'autre part, dans la mesure où elles sont passées par les centres EDF-GDF Services postérieurement à ce choix et ne comportent pas d'exclusivité. Par ailleurs, il ne peut être soutenu que la limitation de la concurrence entre le gaz et l'électricité constatée ci-dessus en Loire-Atlantique et dans l'Indre-et-Loire a eu pour objet ou aurait pu avoir pour effet de restreindre l'accès des producteurs de fuel au marché de la fourniture d'énergie pour le chauffage* » (03-D-26).

De même, dans sa décision 03-D-01 relative au comportement des sociétés du groupe L'Air Liquide dans le secteur des gaz médicaux, le Conseil de la concurrence a considéré que le fait pour les sociétés CFPO, Air Liquide Santé et Carboxyque d'avoir conclu des accords avec les sociétés RMI et Driot et Cie, comprenant des clauses d'exclusivité, n'était pas anticoncurrentiel. En effet, le Conseil, après avoir constaté que ces dernières sociétés étaient de petites structures locales détenant de très faibles parts de marché sur un marché atomisé, a considéré que les clauses d'exclusivité des contrats signés avec ces entreprises n'avaient pas pu avoir d'effet sensible sur le marché (03-D-01 – voir *supra*, Décisions contentieuses notables).

Par ailleurs, dans sa décision relative au secteur de l'assurance ski, le Conseil de la concurrence n'a pas retenu le grief notifié à la Fédération française de ski, le Syndicat national des téléphériques de France, le comité régional de Savoie et l'association Orion Ticket Neige, pour s'être répartis géographiquement le marché des produits d'assurance de ski. En effet, après avoir relevé que le marché des assurances de ski était effectivement géographiquement segmenté, le Conseil a précisé que cette segmentation était due à la

concurrence des services d'assurance proposés par les banques et intégrés dans les cartes bancaires, ce qui permettait d'expliquer les raisons pour lesquelles l'association Orion ticket neige avait retiré de la vente dans certains départements ses propres produits d'assurance. En particulier, le Conseil a considéré que le fait pour le président de l'association Orion ticket neige de déclarer que « *Orion s'interdit de prendre des adhésions sur ces deux départements* [Savoie et Haute-Savoie] » ne traduisait qu'un comportement unilatéral de la part de cette association et ne pouvait être constitutif de la preuve de l'existence, ou de la mise en œuvre, d'une entente entre l'association Orion et les autres acteurs du secteur, ayant pour objet une répartition géographique du marché de l'assurance ski (03-D-31).

Restrictions verticales

Depuis l'année 2000, le Conseil de la concurrence 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'efficience 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'efficience 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 (03-D-39, 03-D-40, 03-D-60).

En outre, il convient de préciser que le Conseil de la concurrence considère également qu'il y a lieu de retenir comme « *guide d'analyse utile* », la communication de la Commission 2001/C 368/07 du 22 décembre 2001, pour apprécier en droit national les effets sur la concurrence des accords verticaux conclus par un fournisseur et des distributeurs, dès lors que la part de marché du fournisseur est très faible. À cet égard, il convient de rappeler que, selon cette communication, les accords entre entreprises non concurrentes ne restreignent pas sensiblement la concurrence au sens de l'article

81 paragraphe 1 du traité CE, dès lors que la part de marché affectée par l'accord est inférieure à 15 %, sauf si ces accords contiennent des « *restrictions flagrantes* » de concurrence au sens de l'article 11 de cette communication (03-D-53).

Contrats de distribution sélective ou exclusive, contrats de franchise

• Contrats de distribution sélective ou exclusive

Principes régissant l'application du droit interne et du droit communautaire

Afin d'analyser les conditions générales d'agrément de Biotherm au regard du droit de la concurrence, le Conseil a choisi de retenir, à titre de guide d'analyse, la communication de la Commission dite *de minimis*, puisque la part de marché détenue par la société Biotherm sur le marché se situait entre 2 et 3 %. De plus, l'enquête administrative n'avait pas permis de déceler l'existence de restrictions caractérisées. Le Conseil a donc considéré que les conditions générales d'agrément des distributeurs fixées par Biotherm n'avaient pas eu d'effet anticoncurrentiel sensible sur le marché (03-D-53).

S'agissant du contrat de distribution sélective de la société Cartier, le Conseil fait référence au règlement d'exemption de la Commission n° 2790/1999. Après avoir constaté que la part de marché de la société Cartier se situait autour de 20 à 21,5 % et que le contrat ne comportait aucune restriction flagrante de concurrence, les distributeurs conservant notamment la possibilité de vendre d'autres marques de montre comparables, le Conseil a considéré qu'aucun élément du dossier ne permettait d'affirmer que les clauses critiquées du contrat de distribution sélective et les pratiques de sélection des distributeurs de la société Cartier, qui étaient discriminatoires, aient eu d'autre objet que de conforter l'image de la marque des produits Cartier et de renforcer, ainsi, la concurrence intermarque (03-D-60).

Le Conseil a, dans cette décision, rappelé qu'il lui était possible d'analyser le contrat de distribution de la société Cartier à travers le guide d'analyse du règlement n° 2790/1999, même si ce règlement est entré en vigueur après la mise en œuvre par Cartier de son nouveau contrat de distribution, car « *il ne s'agit pas ici d'appliquer de manière rétroactive un règlement communautaire mais seulement de procéder, dans le cadre du droit national, à l'examen de certaines pratiques à la lumière des analyses économiques qui ont inspiré le règlement CE n° 2790/99 et dont la pertinence ne saurait être limitée aux seuls cas relevant de l'application du droit européen de la concurrence* ».

Enfin, le Conseil de la concurrence a rejeté l'analyse du commissaire du Gouvernement, selon laquelle les pratiques notifiées à l'encontre de Cartier ne seraient pas exemptées par le règlement 2790/99, tel qu'interprété par la Commission dans les lignes directrices sur les restrictions verticales, suivant lesquelles « *on considère en général que la distribution sélective purement qualitative ne relève pas de l'article 81 paragraphe 1 (du traité) car elle ne produit pas d'effets préjudiciables à la concurrence pour autant que trois conditions soient satisfaites... Deuxièmement, les revendeurs doivent être choisis sur la base de critères objectifs de caractère qualitatif qui sont fixés*

de manière uniforme pour tous les revendeurs potentiels et appliqués de façon non discriminatoire ».

Selon le Conseil, une telle interprétation des lignes directrices édictées par la Commission ne peut être retenue, car « *il résulte, en effet, du rapprochement des paragraphes 185 et 186 de ces lignes directrices, qu'un accord de distribution sélective purement qualitative, qui comporte des critères de sélection objectifs appliqués de façon non discriminatoire, n'entre pas dans le champ de l'article 81 paragraphe 1 du traité de l'Union européenne et n'a donc même pas besoin d'être exempté, alors qu'un accord de distribution sélective, même s'il est associé à d'autres restrictions verticales, dès lors que celles-ci n'ont pas les objets anticoncurrentiels énumérés à l'article 4 du règlement, bénéficie de l'exemption par catégorie, pour autant que la part de marché du fournisseur n'excède pas 30 %* » (03-D-60).

S'agissant du marché de référence pour le calcul de la part de marché, le Conseil a précisé, s'agissant de contrats de fourniture conclus entre les fabricants de batteries industrielles et leur fabricant de chariot élévateur, que c'était la part de marché des fournisseurs de batteries qui était à prendre en compte (03-D-40).

Analyse des clauses et comportements

Le Conseil de la concurrence a précisé, dans sa décision 03-D-40 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des batteries industrielles, que les accords de distribution exclusive ou sélective visant à limiter la concurrence par les prix ne peuvent bénéficier de l'exemption prévue par le règlement nº 2790/1999 du 22 décembre 1999, même en deçà de 30 % de parts de marché.

En revanche, le Conseil a considéré, dans sa décision 03-D-69 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits pour prothésistes dentaires, que le contrat de distribution de la société Ivoclar comprenant une clause interdisant la vente par correspondance à ses distributeurs, ne constituait pas une restriction flagrante de concurrence au sens du règlement d'exemption nº 2790/99 du 22 décembre 1999.

S'agissant des clauses noires, l'article 4 de ce règlement dispose que les limitations des ventes passives imposées aux distributeurs d'un système bénéficiant d'une exclusivité de territoire constituent une restriction caractérisée (point b), de même que les limitations des ventes passives et actives aux utilisateurs finals imposées aux distributeurs d'un système sélectif de distribution (point c). S'agissant de la restriction caractérisée visée à l'article 4 point c) dudit règlement, le Conseil a précisé qu'il convient de l'interpréter à la lumière de la communication de la Commission sur les lignes directrices sur les restrictions verticales (nº 2000/C 291/01 du 13/10/2000), notamment le point 186 aux termes duquel « *la distribution sélective peut être combinée avec une distribution exclusive sous réserve que les ventes actives et passives ne soient nulle part limitées* » et le point 186 qui dispose que « *la distribution sélective, qu'elle soit qualitative ou quantitative, bénéficie de l'exemption par catégorie pour autant que la part de marché n'excède pas 30 %, même si elle est associée à d'autres restrictions verticales qui ne sont pas caractérisées, telles qu'une obligation de non-concurrence ou la*

distribution exclusive, sous réserve que les distributeurs agréés puissent procéder à des ventes actives tant entre eux qu'aux consommateurs finals ».

De plus, dans sa décision 03-D-42 relative à des pratiques mises en œuvre par divers producteurs de motocycles, le Conseil a rappelé que, même si le seuil de la part de marché de 30 % n'est pas dépassé, le règlement communautaire n° 2790/99 du 22 décembre 1999 énumère un certain nombre de restrictions caractérisées, qui ont pour effet d'entraîner l'exclusion de l'intégralité de l'accord vertical du champ d'application dudit règlement (clauses noires) ainsi qu'un certain nombre d'obligations exclues du bénéfice de l'exemption qui ne remettent pourtant pas en cause systématiquement l'application du règlement aux autres dispositions de l'accord (clauses rouges).

S'agissant des clauses rouges, l'article 5 du règlement exclut certaines obligations du bénéfice de l'exemption même si le seuil de part de marché n'est pas dépassé, mais le règlement continue à s'appliquer aux dispositions restantes de l'accord vertical si celles-ci sont dissociables des obligations non exemptées.

En l'espèce, le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu, sous réserve d'une instruction au fond, que tombent sous le coup de l'article 4 du règlement 2790/99 du 22 décembre 1999 les contrats de concession Kawasaki, Honda, et Suzuki qui cumulent l'exclusivité et la sélection et qui comportent des restrictions qui ne peuvent être autorisées que dans un système de distribution sélective (interdiction des ventes actives et passives à partir d'un lieu d'établissement non autorisé, interdiction de revente à des distributeurs non agréés, fixation d'objectifs de vente à atteindre sur un territoire), en ce que ces restrictions pourraient constituer une protection territoriale absolue ou une limitation des reventes aux utilisateurs finals.

De même, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu, sous réserve d'une instruction au fond, que tombent sous le coup de l'article 5 du même règlement les clauses contenues dans les contrats de concessions suivantes : clause de non-concurrence pendant toute la durée du contrat et engagement de non-concurrence pendant six mois en cas de résiliation du contrat ainsi que des clauses du type « *contrat de concession conclu* intitu personae », car une telle clause pourrait constituer un obstacle à la sélection objective des concessionnaires dès lors que les critères d'agrément ne seraient pas préalablement définis et communiqués à tout opérateur souhaitant intégrer le réseau (03-D-42).

- **Le cas particulier des accords de distribution automobile**

En 2003, suite à une saisine unique du Syndicat des professionnels européens de l'Automobile (SPEA), le Conseil de la concurrence a dû se prononcer sur des pratiques mises en œuvre par les constructeurs automobiles, les concessionnaires, leurs groupements et leurs organisations professionnelles dans le secteur de la distribution automobile au regard de l'article L. 420-1 du Code de commerce. Par décision du rapporteur général du Conseil prise le 26 mai 2003 sur le fondement de l'article 31 du décret du 30 avril 2002, la saisine du SPEA a été disjointe en trois dossiers, à compter de l'établissement du rapport. Ainsi, la décision 03-D-66 est-elle relative aux pratiques mises en œuvre par la société Renault et le GCR (Groupement de

concessionnaires Renault), la décision 03-D-67 concerne les pratiques mises en œuvre par la société Peugeot et son groupement de concessionnaires et la décision 03-D-68 s'intéresse aux pratiques de *boycott* mises en œuvre par le Centre national des professions de l'Automobile étudiées précédemment.

La réglementation communautaire en matière de distribution automobile

À l'occasion de ses décisions 03-D-66 et 03-D-67, le Conseil de la concurrence a rappelé le contexte réglementaire communautaire original applicable aux accords de distribution automobile.

À cet égard, le règlement 1475/95 du 28 juin 1995 (comme le règlement 123/85 qu'il a remplacé) pose le principe de l'exemption de certains accords de distribution exclusive ou sélective des services de vente et d'après-vente des véhicules automobiles. Il s'agit, aux termes du premier considérant de ce règlement, d'accords par lesquels « *le cocontractant fournisseur charge le cocontractant revendeur de promouvoir dans un territoire déterminé la distribution et le service après-vente de produits déterminés du secteur des véhicules automobiles et par lesquels le fournisseur s'engage envers le distributeur à ne livrer dans le territoire convenu des produits contractuels en vue de la revente au distributeur qu'à un nombre limité d'entreprises du réseau de distribution* ».

L'exemption prévue par ce règlement est justifiée dans l'exposé des principes en ces termes : « *Les clauses concernant la distribution exclusive et sélective peuvent être tenues pour rationnelles et indispensables dans le secteur des véhicules automobiles qui sont des biens meubles d'une certaine durabilité, nécessitant à intervalles réguliers comme à des moments imprévisibles et en des lieux variables des entretiens et des réparations spécialisés. Les constructeurs automobiles coopérant avec les distributeurs et ateliers sélectionnés afin d'assurer un service de vente et d'après-vente spécialement adapté au produit. Ne serait-ce que pour des raisons de capacité et d'efficacité, une telle coopération ne peut être étendue à un nombre illimité de distributeurs et d'ateliers* ».

Les contrats de concession peuvent donc interdire aux concessionnaires de vendre aux revendeurs non agréés (article 3-10 du règlement) des véhicules d'autres marques, sauf si les ventes ont lieu dans des locaux séparés (article 3-3 du règlement), et de faire une concurrence active en dehors de leur territoire exclusif (article 3-8). En revanche, le règlement n'autorise pas le constructeur à interdire aux concessionnaires de livrer des produits aux consommateurs finals ou à leurs intermédiaires mandatés (article 6-7). L'exemption ne s'applique pas non plus lorsque que le fournisseur, sans raison objectivement justifiée, octroie aux distributeurs des rémunérations calculées en fonction du lieu de destination des véhicules automobiles revendus ou du domicile de l'acheteur (article 6-8). De plus, la Commission peut retirer le bénéfice de l'application du règlement si elle constate que, dans un cas déterminé, un accord exempté a cependant certains effets qui sont incompatibles avec les conditions prévues à l'article 85 paragraphe 3 du traité. C'est, notamment le cas lorsque le constructeur applique sans justification objective des prix ou des conditions de vente discriminatoires (article 8-3).

Les problèmes soulevés par l'application de ces dispositions ont fait l'objet d'un important contentieux national et communautaire et de questions préjudicielles devant la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE). Dans son arrêt du 15 février 1995 Nissan France, la CJCE a jugé que les dispositions du règlement exemptant l'interdiction de revente hors réseau ne concernaient que les relations entre les constructeurs automobiles et leurs concessionnaires et ne frappaient pas d'illégalité les ventes des négociants indépendants. Dans l'arrêt Grand garage albigeois du même jour, elle a estimé que, pour les mêmes raisons, ce règlement ne s'opposait pas à ce qu'un opérateur indépendant cumule les activités d'intermédiaire mandaté et celles de revendeur non agréé de véhicules provenant d'importations parallèles.

En revanche, le tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) a jugé, dans un arrêt Opel du 21 octobre 2003, qu'en vertu de l'article 6-8 du règlement précité, il était interdit à un constructeur de chercher à limiter les ventes à l'exportation faites par ses concessionnaires, notamment en excluant les ventes concernées du bénéfice de primes au détail, ces pratiques ayant pour effet de cloisonner les marchés nationaux et de freiner la construction d'un marché européen unique (03-D-66 et 03-D-67).

Analyse des comportements

Sur cette base, le Conseil de la concurrence a estimé que n'étaient pas anticoncurrentielles en soi les pratiques suivantes :

– le fait pour Peugeot et Renault d'avoir mis en place, de manière unilatérale, des séries spéciales au motif qu'il s'agit d'une décision industrielle et commerciale, visant essentiellement, d'une part, à adapter l'offre aux préférences des consommateurs et, d'autre part, à répondre aux contraintes fiscales et réglementaires en vigueur dans les différents pays européens. Le Conseil a rappelé à cette occasion que la prohibition de l'atteinte aux échanges intracommunautaires par l'article 81 du traité CE n'implique pas l'interdiction de toute forme de différenciation des produits entre les différents pays ;
– le fait pour Peugeot et Renault d'avoir mis en place respectivement des « *aides pressions imports* » et « *budgets frontières* », afin de soutenir les concessionnaires français dont la compétitivité était gravement affectée par les écarts de prix en Europe et les importations parallèles. Sur ce point, le Conseil a rappelé que des aides commerciales spécifiques, versées par un constructeur à ses concessionnaires, ne sont pas en soi illicites. En effet, selon une jurisprudence constante (voir notamment les décisions 02-D-34 et 03-D-46 rendues par le Conseil), des aides commerciales versées par une entreprises en position dominante à ses filiales ou à ses clients sont anticoncurrentielles si elles permettent de pratiquer des prix prédateurs ou si les conditions dans lesquelles ces aides sont octroyées sont discriminatoires ou, plus généralement, si leurs conditions d'octroi ou leur montant sont d'une nature telle qu'ils en établissent l'objet ou l'effet anticoncurrentiel. Or, à l'époque des faits, la société Renault, en position de leader avec 27 à 30 % du marché, et la société Peugeot détenant 17 % de part de marché, ne pouvaient être considérées comme étant en position dominante sur le marché français des véhicules. De plus, le Conseil a estimé que l'article 6-8 du règlement précité ainsi que la jurisprudence « *Opel* » du TPICE n'avaient pas vocation à

s'appliquer en l'espèce car les « *aides pressions imports* » et les « *budgets frontières* » n'avaient ni pour objet ni pour effet de restreindre la liberté commerciale des concessionnaires mais visaient à venir en aide aux concessionnaires dont l'activité était localement affectée, de manière sensible, par le développement d'importations parallèles, et qu'il est loisible à un constructeur de consentir un effort commercial à l'égard de ses concessionnaires afin de soutenir son réseau, de développer ses ventes ou d'éviter leur chute, dès lors que les conditions d'octroi de ces aides n'étaient pas discriminatoires.

Par ailleurs, le Conseil a estimé que ne pouvaient être déclarées anticoncurrentielles, faute d'éléments probants, les pratiques suivantes :

– le fait pour la société Renault d'avoir mis en place des plans anti-rabais consistant à limiter à 5 % le montant des rabais qu'accordaient les distributeurs pour la vente des modèles Twingo, Scénic et Laguna, en l'absence d'éléments suffisants pour démontrer l'accord de volonté du GCR (Groupement de concessionnaires Renault) sur la politique de prix adoptée par Renault ;
– le fait pour la société Peugeot d'avoir exercé des pressions et menaces sur des concessionnaires étrangers afin de les amener à limiter leurs ventes à l'exportation à destination de la France, dans la mesure où les résiliations de concessions en Espagne, en Allemagne et en Italie pouvaient être justifiées par le fait qu'elles avaient procédé à des ventes hors réseau agréé ;
– le fait pour la société Peugeot d'avoir mis en place un système de bons de commande en Allemagne, afin de vérifier que les voitures vendues par les concessionnaires allemands étaient achetées par des consommateurs allemands, dans la mesure où aucun élément du dossier ne permettait de vérifier que Peugeot, avait effectivement mis en place un tel système.

• Contrats de franchise

Dans sa décision 03-D-39 relative à la situation de la concurrence dans le réseau de franchise créé par la société Plus International, le Conseil de la concurrence, après avoir analysé le contrat de franchise Cuisines Plus à la lumière de l'article 2 du règlement CE n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, relatif à l'exemption du paragraphe 1 de l'article 81 du traité CE aux accords de distribution dits « *accords verticaux* », a estimé qu'en l'espèce, les seules pratiques susceptibles de faire perdre aux contrats de franchise et de référencement Cuisines Plus le bénéfice de l'exemption prévue par le règlement du 22 décembre 1999, sont, uniquement, celles relevant de restrictions caractérisées, soit en l'espèce, celles relatives aux prix imposés.

S'agissant en premier lieu du grief relatif aux prix de vente au public imposés aux franchisés, le Conseil de la concurrence a d'abord rappelé sa décision 00-D-10, dans laquelle il avait déjà jugé que la fixation concertée de prix de revente par des commerçants indépendants regroupés sous une même enseigne ne constitue pas une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce lorsque ces commerçants ne se situent pas sur les mêmes zones de chalandise. Par conséquent, il est loisible, au regard des dispositions susmentionnées, à une enseigne dont certains des franchisés sont situés sur les mêmes zones de chalandise de déterminer des prix maximum de revente ou des prix conseillés à condition

que la nature de ces indications soit sans ambiguïté et que ces prix ne revêtent pas, en réalité, le caractère de prix imposés ou de prix minimum. En l'espèce, le Conseil a constaté que l'instruction n'avait pas permis d'établir que des franchisés Cuisines Plus se soient trouvés effectivement en situation de concurrence.

Au surplus, il a relevé que des franchisés avaient pu pratiquer des prix différents de ceux que le franchiseur conseillait, en dépit des divers moyens mis en œuvre par celui-ci pour s'assurer de leur application effective. Ainsi, la pratique du franchiseur, si elle constituait une incitation pour les franchisés à respecter les prix conseillés, ne rendait nullement impossible une tarification différente. Citant l'arrêt de la cour d'appel de Paris du 7 mai 2002, confirmant la décision du Conseil 01-D-58 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe Benetton, le Conseil a rappelé que « *(...) tout fournisseur peut en principe déterminer librement les conditions de distribution de ses produits et diffuser auprès des revendeurs des prix conseillés ou indicatifs, même au moyen d'un système de pré étiquetage ; (...) c'est seulement lorsque les engagements contractuels ou le comportement des intéressés démontrent qu'en réalité les prix proposés s'imposent aux revendeurs que la pratique en cause peut constituer une atteinte illicite à la concurrence (...)* ».

Le Conseil a considéré que le fait, que quatre franchisés se soient conformés aux recommandations du franchiseur, ne pouvait être considéré comme établissant de manière suffisante que les prix préconisés étaient généralement respectés au sein du réseau. Au surplus, le Conseil a relevé que les reproches du franchiseur concernant les prix pratiqués étaient accessoires par rapport à l'ensemble des griefs formulés par lui suite à une visite, et se rapportaient au non-respect de prix maximum conseillés, pratique admise par les autorités de concurrence tant nationales que communautaires. Enfin, le Conseil a constaté qu'aucun élément du dossier n'avait mis en évidence l'impossibilité pour les franchisés de pratiquer des prix inférieurs aux prix conseillés par le franchiseur, y compris en périodes promotionnelles, ni que celui-ci avait mis en place des mesures de rétorsion motivées par le non-respect par les franchisés de ses préconisations tarifaires.

S'agissant en second lieu du grief relatif au prix d'achat imposé aux franchisés, le Conseil de la concurrence a précisé que le mécanisme du référencement et de la centralisation des achats présente un objet proconcurrentiel en ce qu'il vise, par la globalisation des commandes, à obtenir des conditions tarifaires préférentielles, réputées plus favorables que celles que les adhérents pourraient obtenir s'ils négociaient directement avec les fournisseurs. À moins qu'il n'implique la mise en œuvre de pratiques ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet d'empêcher, de fausser ou de restreindre le jeu de la concurrence entre les distributeurs ou entre les fournisseurs, ce mécanisme n'est pas illicite, (*cf.* décisions 94-D-60 relative à des pratiques relevées dans le secteur des lessives et 99-D-01, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Distri Club médical). Par conséquent, le fait pour un franchiseur d'imposer à ses franchisés les prix d'achat négociés par lui avec des fournisseurs référencés, *a fortiori* s'il intervient dans la négociation en qualité de mandataire, au nom et pour le compte des franchisés, ses mandants, ne constitue donc pas une pratique anticoncurrentielle en soi (cour d'appel de Paris, 28 juin 1993).

En l'espèce, le Conseil a constaté que l'instruction n'a pas démontré que les conditions dans lesquelles les prix d'achat étaient négociés dans le cadre de la franchise Cuisines Plus avaient été préjudiciables aux franchisés. En outre, il est apparu que le secteur de la cuisine était très concurrentiel et que le réseau de franchise Cuisine Plus reposait sur une offre au consommateur au « *prix moyen* » de sorte qu'il ne peut être exclu que le recours à un système de négociation centralisé des prix d'achat par les mécanismes du référencement et du mandat ait été justifié par la nécessité de préserver l'identité et la réputation du réseau. Le Conseil en a conclu qu'il n'était pas établi que les accords de référencement avaient eu pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence entre les distributeurs de cuisines agréés ou entre les fournisseurs d'équipements entrant dans la composition des cuisines intégrées (03-D-39).

Conditions générales de vente et accords de coopération commerciale

En vertu d'une jurisprudence constante, le Conseil de la concurrence considère que 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.

Dans sa décision 03-D-13, le Conseil de la concurrence devait se prononcer sur le point de savoir si la chute des ventes de la SARL Produits Industriels Lorrain (PIL) résultait de pressions exercées par la société Saint-Gobain Pont-à-Mousson (PAM) et par la société Sodif, consistant à accorder aux négociants des conditions commerciales favorables, à condition qu'ils ne s'approvisionnent plus chez PIL et à dénigrer les produits PIL. En l'espèce, le Conseil a constaté que les conditions de vente accordées par la société Saint-Gobain PAM ou la société Sodif aux négociants ne comprenaient aucune clause susceptible d'avantager les négociants ayant renoncé à s'approvisionner chez PIL ni de remise dont l'octroi serait lié au fait de ne pas s'approvisionner chez PIL. En outre, les déclarations des négociants n'ont pas fait état d'actions de dénigrement menées par Saint-Gobain PAM ou par la Sodif à l'encontre des produits PIL. Par conséquent, le Conseil de la concurrence a considéré qu'aucun élément du dossier ne permettait de démontrer que les sociétés Pont-à-Mousson et Sodif auraient exercé des pressions auprès des négociants, afin de favoriser la distribution de leurs produits aux dépens de ceux importés par la société PIL.

Par ailleurs, le Conseil de la concurrence a rappelé, dans sa décision 03-D-11 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement

Opéra, que le libre choix de l'acheteur est un des ressorts majeurs de la concurrence. En vertu de ce principe, la négociation des accords de référencement et des conditions commerciales dont ils sont assortis, ou au contraire le refus de référencer comme le déréférencement, sont licites et ne constituent pas en eux-mêmes des pratiques anticoncurrentielles sauf si ces accords ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter la concurrence sur les marchés des produits en cause.

- **Prix imposés**

Le Conseil de la concurrence a sanctionné, dans sa décision 03-D-45 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices scolaires, le fait pour les sociétés Noblet, d'une part, et Texas Instruments France, d'autre part, d'avoir instauré un système de rétribution reposant tout entier sur l'attribution de marges arrières inconditionnelles à leurs distributeurs, dès lors que ces derniers s'engageaient à respecter les « *prix publics* » qu'elles leur diffusaient. Le Conseil a, en effet, estimé que ce système conférait aux prix nets facturés par les sociétés Noblet et Texas Instruments France aux distributeurs le caractère de seuil de revente à perte et, par suite, leur permettait de déterminer des prix publics de vente uniformes et artificiellement élevés pour tous les distributeurs au détriment des consommateurs (voir *supra*, Décisions contentieuses notables).

Dans cette même affaire, le Conseil de la concurrence, après avoir 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, a sanctionné les pratiques mises en œuvre par les sociétés Noblet d'une part, et Texas Instruments France d'autre part, consistant en l'élaboration et la diffusion de prix publics minimaux adossées à un système de contrôle du respect de ses prix minimaux par leurs distributeurs, menacés de violer les règles sur la revente à perte. Le Conseil de la concurrence en a donc conclu que les sociétés Noblet et Texas Instruments France avaient mis en place un dispositif ayant pour objet et pour effet d'obtenir des distributeurs de calculatrices Casio et Texas qu'ils pratiquent tous, sur l'ensemble du territoire national, les mêmes prix de vente préalablement déterminés par elles, à un niveau ne résultant pas du jeu de la concurrence et que les sociétés Carrefour, Plein Ciel Diffusion, Distributeurs associés, Sodalfa et Majuscule ont adhéré et mis en œuvre cette pratique d'entente. Le Conseil en a conclu que ces pratiques, ayant eu pour objet et pour effet de fausser le jeu de la concurrence entre les différents distributeurs de calculatrices Casio et Texas, sont prohibées par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce (03-D-45 – voir *supra*, Décisions contentieuses notables).

Dans la décision 03-D-31 relative au secteur de l'assurance ski, le Conseil de la concurrence a constaté qu'il n'y avait aucun élément au dossier qui permette d'établir que la Fédération française de ski et le Syndicat national des téléphériques de France s'étaient entendus pour imposer les prix de vente de leurs produits d'assurance diffusés par l'intermédiaire d'une association dénommée Orion. Si un prix de vente avait en effet été communiqué, le Conseil de la concurrence a cependant estimé que les points de vente conservaient leur liberté de déterminer librement leur prix de vente dans la

mesure où le bulletin d'adhésion à l'association Orion leur permettait d'attribuer un prix de vente différent du prix de vente conseillé par l'association Orion. En outre, le Conseil a constaté qu'il n'était pas démontré que la Fédération française de ski et le Syndicat national des téléphériques de France avaient mis en place un système de contrôle des prix ou des mesures afin de contraindre les diffuseurs de produits d'assurance à respecter les prix qu'ils leur communiquaient.

De même, le Conseil a considéré que n'était pas anticoncurrentiel le fait, pour la MGEN (Mutuelle générale de l'éducation nationale) et le SSODF (Syndicat des spécialistes français en Orthopédie dento-faciale), d'avoir prévu un dispositif d'encadrement de l'évolution des honoraires des praticiens adhérents à la convention MGEN / SSODF. Le Conseil a rappelé son avis 99-A-18 du 17 novembre 1999, rendu à la demande de l'Union fédérale des coopératives de commerçants, dans lequel il affirmait que la diffusion de prix conseillés en direction d'opérateurs économiques se trouvant en concurrence entre eux, assortie de pressions leur donnant le caractère de prix imposés, est condamnable seulement lorsqu'il s'agit de prix conseillés minimum, l'imposition de prix maximum n'étant pas illicite, à moins que les distributeurs ne soient incités à s'aligner sur ceux-ci.

Si la fixation conventionnelle d'un taux maximum d'augmentation des honoraires constitue une limitation à la libre détermination de leur pratique tarifaire par les stomatologistes, une telle limitation, outre qu'elle est sans influence sur les disparités pouvant exister à l'origine entre les niveaux d'honoraires réclamés par les différents praticiens, apparaît justifiée au regard de l'objectif poursuivi par la convention en cause (contenir l'évolution des honoraires et la charge résultant pour la MGEN de leur remboursement). Elle n'est, par ailleurs, pas de nature à restreindre la concurrence par les prix, susceptible de jouer entre ces professionnels. En l'absence de tout élément établissant que les praticiens adhérents à la convention ont été incités à s'aligner sur le taux ainsi fixé, il ne peut être considéré que la pratique en cause contrevient aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce (03-D-37).

Dans sa décision 03-D-20, le Conseil a écarté le grief d'entente entre la société *Coca-Cola Beverages* et deux de ses concessionnaires chargés de l'embouteillage, auxquels il était reproché d'avoir pratiqué une politique tarifaire identique. Le Conseil rappelle que lorsque des opérateurs exercent une activité sur des zones distinctes, ils ne se trouvent donc pas en situation de concurrence. Dès lors la pratique, à la supposer avérée, ne saurait, faute d'objet et d'effet anticoncurrentiel, être qualifiée d'entente sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Autres restrictions verticales

Le Conseil de la concurrence n'a pas examiné de pratiques de restrictions verticales n'entrant pas dans les catégories développées ci-dessus.

■ 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 1er 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 ».

Les abus de position dominante

L'application de l'article L. 420-2, 1er 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 une affaire relative aux pratiques de la centrale de référencement Opéra et dans une affaire de distribution de matériels pour prothésistes dentaires, 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 (03-D-11 ; 03-D-69).

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 (voir *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 (03-D-15 ; 03-D-42 ; 03-D-59 ; 03-D-69).

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.

Les situations de monopole de droit ou de fait

Le Conseil a rappelé, dans une décision 03-D-09, que la détention d'un monopole ou d'un quasi-monopole suffisait pour établir la position dominante de son titulaire.

C'est ainsi que le Conseil a estimé que l'Institut national de l'audiovisuel (INA), EPIC investi par la loi du monopole de la conservation et de l'exploitation des archives audiovisuelles des sociétés nationales de programmes pour les œuvres autres que les fictions, disposait d'une position dominante sur le marché de la commercialisation des archives de ces sociétés de programmes (02-D-18).

Dans le secteur des chemins de fer, le Conseil a considéré que la SNCF, en raison de son monopole légal, détenait une position dominante sur le marché du transport par rail de marchandises (03-D-02). Il en a décidé de même, concernant la RATP, sur le marché des transports parisiens (03-D-24).

La société Novartis Pharma, seule entreprise à disposer d'un brevet et d'une autorisation de mise sur le marché (AMM) pour la distribution de deux médicaments, détenait une position dominante sur chacun des deux marchés de ces médicaments, selon une décision 03-D-35.

Des situations de position dominante résultent également de l'ouverture à la concurrence d'anciens monopoles, de telle sorte que ces opérateurs historiques peuvent souvent maintenir un monopole, désormais de fait.

L'appréciation de la position dominante individuelle

• Situation constitutive d'une position dominante

De manière générale, bien que la part de marché ne soit pas l'unique critère pour démontrer la position dominante, elle constitue cependant un paramètre important d'appréciation retenu par la jurisprudence (03-MC-01).

Dans une affaire relative au marché de la fourniture et de la location de chariots pour les déchets hospitaliers du CHU de Nantes, le Conseil a considéré que la détention par la société Valorena de 95,3 % du marché de l'élimination externe des déchets des quatre départements de Loire-Atlantique, Mayenne, Maine-et-Loire et Vendée, lui conférait une position dominante (03-D-61).

Le Conseil a considéré, dans une demande de mesures conservatoires relative aux prestations funéraires, qu'il n'était pas exclu que la société des Pompes funèbres rurales des 3B, qui assurait en monopole le service extérieur des pompes funèbres de la ville jusqu'en 1993, et qui depuis l'ouverture du monopole, exploitait le seul funérarium de la circonscription et assurait encore au moment des faits environ 70 % des obsèques des personnes

décédées de la ville et dans les communes environnantes, soit en position dominante (03-D-38 et 03-D-33).

À côté du calcul des parts de marché en valeur absolue, le Conseil s'attache à étudier la part relative de l'opérateur dominant par rapport à celle de ses concurrents, pour démontrer sa position dominante sur un marché (03-D-09 ; 03-D-15).

Ainsi, dans une affaire relative au secteur des pompes funèbres de Vitré et des communes limitrophes, l'analyse de la répartition des parts de marché entre les différents concurrents sur la zone géographique de référence a permis de constater que l'entreprise Goupil avait effectué, en moyenne, 61 % des convois funéraires, alors que ses concurrents directs étaient, en termes de parts de marché, situés à un niveau nettement inférieur (moins de 10 %) (03-D-15).

Le Conseil utilise également d'autres critères pour établir le pouvoir de marché d'une entreprise. Dans une affaire relative au marché de la diffusion de la presse sur le domaine public aéroportuaire, le Conseil a apprécié la position dominante des NMPP sur le marché de la diffusion de la presse au regard de sa part de marché, celle de ses différents concurrents, mais également d'éléments comme sa supériorité de gestion, ses capacités d'innovation technique, ses actions commerciales ou encore son contrôle sur l'ensemble des échelons du réseau de distribution de la presse (03-D-09).

Dans le secteur des gaz médicaux, le Conseil a considéré, à côté de la détention par le groupe Air Liquide d'une part de marché de plus de 66 %, que la position dominante de cette société était renforcée du fait de son appartenance à un groupe puissant et jouissant d'une très forte notoriété, d'avoir été la première entreprise à s'être spécialisée dans ce secteur, de sa capacité à offrir la gamme de produits et de services la plus complète (03-D-01).

Le Conseil a considéré que, bien que le groupe TF1 ne dispose que de 24 % de parts de marché pour la diffusion par le satellite et le câble (par rapport au nombre de foyers abonnés), il n'était pas exclu qu'il détienne une position dominante au regard de sa part d'audience pour les chaînes d'information générale en français et en continu diffusées sur la télévision payante (en moyenne trois fois supérieure à celle de ses concurrentes). Le Conseil a, par ailleurs, tenu compte du renforcement de son pouvoir de marché grâce à la détention d'avantages compétitifs déterminants, tels une position significative sur le marché de l'édition, la commercialisation de chaînes thématiques et une position forte dans le secteur de la télévision payante (détention de droits de retransmission de plusieurs épreuves sportives notoires et variées, chiffre d'affaires supérieur à celui des sociétés du groupe Canal Plus), (03-D-59).

- **Situation non constitutive d'une position dominante**

Dans une affaire relative au secteur de la grande distribution, le Conseil a jugé que la détention, par les sociétés mères de Casino et de Cora de respectivement 9,7 % et 6 % de part du marché national de la distribution au détail de produits de consommation courante, ne constituait pas une position dominante. De même, sur le marché de l'approvisionnement en biens de consommation courante, la détention par la société Opéra de 11 % à 14,1 %

de parts de marché sur les différents groupes de produits, alors que ses principaux concurrents ont des parts plus élevées, ne peut lui conférer de position dominante (03-D-11).

Dans une affaire relative au marché du disque, le Conseil a considéré qu'aucun opérateur n'apparaissait détenir une position dominante, compte tenu de leurs parts de marché (Universal : 35,5 % ; Sony : 22,5 % ; Emi : 19,1 % ; Warner : 11,2 % ; BMG : 8,4 %) (03-D-57).

L'appréciation de la position dominante collective

Dans sa décision 03-MC-04, le Conseil rappelle que selon une jurisprudence constante, communautaire et nationale, les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas, en principe, aux accords conclus entre des entreprises ayant entre elles des liens juridiques ou financiers, comme les filiales d'une même société mère entre elles, si elles ne disposent pas d'une autonomie commerciale et financière, à défaut de volonté propre des parties à l'accord. En revanche, le Conseil n'a pas exclu que, compte tenu de leurs liens juridiques, financiers et commerciaux et d'éléments du dossier montrant la mise en œuvre d'une stratégie commerciale conjointe, les deux sociétés puissent être considérées comme occupant conjointement une position dominante sur le marché de la distribution de la presse et qu'elles abusent de cette position en accordant des remises.

Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante

La simple détention d'une position dominante sur un marché n'est pas répréhensible en soi au regard de l'article L. 420-2 du Code de commerce (03-D-09). Une pratique n'entre sous cette qualification que si elle est considérée comme abusive.

Les pratiques ayant été qualifiées d'abusives

L'article L. 420-2 du Code de commerce comporte une liste non limitative de 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.

• Pratiques commerciales, contractuelles et tarifaires visant à entraver ou à empêcher l'entrée d'opérateurs sur un marché

Clauses d'exclusivité

Dans sa décision n° 03-D-01, le Conseil a estimé que les sociétés CFPO, Air Liquide Santé et Carboxyque, en position dominante sur le marché des gaz médicaux, en signant des protocoles d'exclusivité avec des entreprises d'installation et d'entretien des réseaux de fluides médicaux, avaient rendu

artificiellement captifs les responsables hospitaliers, leurs principaux clients. En effet, si ceux-ci avaient voulu changer de fournisseurs de gaz médicaux, ils devaient aussi changer d'installateurs, ce qui constituait un risque supplémentaire dissuasif pour eux. Cette pratique, par laquelle les sociétés « *ont renforcé les barrières à l'entrée sur le marché des gaz médicaux par des moyens excédant les limites d'un comportement compétitif normal et d'une concurrence légitime* », est constitutive d'un abus de position dominante.

Remises de fidélité

Dans sa décision 03-D-35, le Conseil a sanctionné la pratique ayant consisté pour les laboratoires Sandoz, devenus Novartis Pharma SA, en position dominante au moment des faits sur le marché de la ciclosporine, principe actif destiné à la prévention du rejet des greffes, à accorder aux établissements hospitaliers des remises de prix, calculées sur le chiffre d'affaires réalisé sur les commandes, qui liaient l'achat de la ciclosporine, sur laquelle ils disposaient d'un monopole d'exploitation et que les hôpitaux étaient contraints de se procurer, à celui de sept autres spécialités qui se trouvaient en concurrence avec d'autres médicaments meilleur marché, notamment des génériques. Cette pratique a eu pour objet de dissuader les hôpitaux de s'adresser aux laboratoires concurrents et pour effet d'évincer des concurrents à vingt-trois reprises, à l'occasion d'appels d'offres passés par huit hôpitaux.

Ventes liées

Le Conseil a eu à traiter une affaire relative aux pompes funèbres, depuis l'ouverture à la concurrence de ce secteur. Aux termes de la loi n° 93-23 du 8 janvier 1993, le service extérieur des pompes funèbres peut être assumé, en concurrence, par tout opérateur économique. Selon cette même loi, les chambres funéraires, qui font partie du service extérieur des pompes funèbres, doivent être distinctes des locaux abritant les autres prestations de pompes funèbres. Cette réglementation se justifie, selon le Conseil, par le fait que « *la possession par un opérateur funéraire d'une chambre funéraire, située à proximité immédiate du magasin où sont vendues les autres prestations funéraires, constitue un fort avantage commercial et concurrentiel* », « *le possesseur de chambre funéraire bénéficiant (...) d'un contact privilégié avec les familles, auxquelles il peut proposer une offre globale* ». « *Cette situation est peu propice à favoriser le jeu de la concurrence, surtout lorsqu'il n'existe qu'une seule chambre funéraire dans la zone géographique concernée* ».

Le fait de ne pas opérer de distinction entre la partie chambre funéraire et la partie abritant les autres prestations commerciales de pompes funèbres constitue, de la part d'une entreprise qui disposait de la seule chambre funéraire de la zone géographique et qui occupait une position dominante sur le marché des pompes funèbres concerné, un abus de sa position dominante, ayant pour objet et ayant pu avoir pour effet de dissuader les familles de faire appel aux autres entreprises intervenant sur le marché des pompes funèbres de l'agglomération et de limiter, par suite, le libre exercice de la concurrence par d'autres entreprises sur ce marché.

Par ailleurs, le fait, pour le gérant la chambre funéraire, de prendre commande de prestations de pompes funèbres, avant que la famille ait pris connaissance, au préalable, de la liste des opérateurs concurrents du marché constitue également un abus de position dominante, ayant pour objet d'empêcher l'ouverture de ce marché à la concurrence et ayant pu avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence entre les différents intervenants sur le marché (03-D-15).

- **Refus de vente ou de contracter afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché**

Est constitutif d'abus, le fait pour une société en position dominante sur le marché local du traitement des déchets d'activités de soins à risques infectieux (DASRI) d'un CHU, de refuser d'accepter sur son site d'incinération, des chariots de transport de déchets dont elle n'est pas la propriétaire et ainsi, de lier artificiellement sa prestation d'incinération à celle de location de chariots de transport de déchets, la pratique ayant eu pour effet d'empêcher le CHU d'acquérir des chariots auprès d'un opérateur soumissionnaire aux marchés lancés par l'établissement hospitalier (03-D-61).

Dans la décision 03-MC-04, le Conseil a rappelé les principes régissant la limitation de la liberté contractuelle du détenteur d'une infrastructure essentielle, définis dans l'avis 02-A-08 du 22 mai 2002. 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 à l'exercice de 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. Il n'est pas exclu que la reproductibilité d'une infrastructure soit contrainte non seulement par ses caractéristiques techniques et financières mais également par des particularités du contexte concurrentiel, marqué, en l'espèce, par l'organisation du secteur de la distribution de la presse autour des principes d'ouverture et de coopération, ainsi que l'intégration verticale des différents niveaux de la distribution. Il n'est donc pas exclu que le refus d'accès direct à son logiciel, opposé par les NMPP aux MLP, puisse constituer une pratique prohibée par l'article L. 420-2 du Code de commerce.

- **Pratiques discriminatoires**

Sur le marché des chaînes thématiques d'information générale en français et en continu diffusées sur la télévision payante, sur lequel il n'est pas exclu que le groupe TF1-TPS détienne une position dominante, le Conseil, saisi en mesures conservatoires, a considéré que les nouvelles conditions tarifaires, réduisant le montant de la redevance, proposées par TPS à la chaîne I>Télé, sont de nature à opérer un traitement discriminatoire entre les chaînes d'information, qui ne paraît être justifiée par aucun critère clair et objectif et serait constitutif d'un abus de position dominante (03-D-59).

La mise en place, par une entreprise en situation dominante, d'un barème général fixant tarifs et remises est licite, dès lors que ce barème s'appuie sur des caractéristiques transparentes, objectives et non discriminatoires.

La Cour de Justice des Communautés européennes, dans un arrêt en date du 29 mars 2001 C-163/99, République portugaise c/ Commission, a considéré que la détermination des seuils des barèmes peut être condamnable. La Cour énonce : « *Lorsque les seuils de déclenchement des différentes tranches de rabais, liés aux taux pratiqués, conduisent à réserver le bénéfice de rabais ou de rabais supplémentaires, à certains partenaires commerciaux tout en leur donnant un avantage économique non justifié par le volume d'activité qu'ils apportent et par les éventuelles économies d'échelle qu'ils permettent au fournisseur de réaliser par rapport à leurs concurrents, un système de rabais de quantité entraîne l'application de conditions inégales à des prestations équivalentes* » et elle précise que « *peuvent constituer, à défaut de justifications objectives, des indices d'un tel traitement discriminatoire, un seuil de déclenchement du système élevé, ne pouvant concerner que quelques partenaires particulièrement importants de l'entreprise en position dominante, ou l'absence de linéarité de l'augmentation des taux de rabais avec les quantités* ». Dans cette affaire, le taux de rabais le plus élevé ne bénéficiait qu'aux compagnies aériennes portugaises, et la progression des taux était sensiblement plus importante pour la dernière tranche que pour les précédentes, ce qui, selon la Cour, à défaut de justification objective spécifique, conduit à conclure que le rabais octroyé pour cette dernière tranche est excessif par rapport aux rabais octroyés dans les tranches précédentes.

Faisant application des principes dégagés par la CJCE, le Conseil a considéré que la mise en place, par les NMPP, d'un barème comportant des tranches de remise non justifiées et dont les seuils étaient calculés de telle sorte que tous les concurrents existants et, *a fortiori*, tout entrant potentiel, ne pouvaient qu'espérer une rémunération inférieure de moitié environ à celle attribuée à Relais H, filiale de l'actionnaire des NMPP, revêtait un caractère discriminatoire à l'égard des concurrents de Relais H, notamment de la société Tuxedo et était constitutive d'un abus de position dominante des NMPP sur le marché de l'attribution des concessions de diffusion de presse (03-D-09).

De même, le Conseil a considéré que sur ce même marché connexe, les NMPP avaient abusé de leur position dominante sur le marché de la distribution de la presse, en mettant en place un dispositif particulier et avantageux d'approvisionnement des Relais H dans les aéroports parisiens, leur procurant ainsi un avantage concurrentiel dans le renouvellement des concessions d'aéroports face à leurs concurrents, qui n'en bénéficiaient pas (03-D-09).

- **Pratiques dilatoires**

Dans le cadre d'une demande de mesures conservatoires, le Conseil a considéré qu'il n'était pas exclu que la société Total, en position de monopole *via* son sea-line sur les services portuaires de déchargement des navires et en position dominante sur le marché du stockage de fioul, ait pratiqué des manœuvres dilatoires, afin de retarder l'accès à ses infrastructures par une société concurrente, pratique constitutive d'un abus de position dominante.

Ces pratiques avaient notamment consisté, pour Total, à répondre avec des retards de plusieurs mois aux propositions de Dyneff, à refuser de communiquer à Dyneff les données économiques lui permettant d'apprécier la valeur du sea-line, à retarder la réalisation du protocole d'accord portant la mise en œuvre d'une structure commune de gestion du sea-line et enfin à ne pas respecter un certain nombre d'engagements contractuels (03-D-41).

Les pratiques n'ayant pas été qualifiées d'abusives

• Pratiques commerciales, contractuelles, tarifaires visant à entraver ou à empêcher l'entrée d'opérateurs sur un marché

Diffusion de courriers ou de plaquettes commerciales

Dans la décision 03-D-15, le Conseil a estimé que la diffusion par une entreprise de pompes funèbres d'une plaquette publicitaire présentant les prestations et services offerts par elle, qui constitue « *une pratique courante en matière de communication ne saurait, à elle seule, être considérée comme une pratique abusive* » et « *si le dossier comporte un certain nombre de témoignages démontrant que le personnel hospitalier orientait les familles des défunts vers la société Goupil, aucun élément ne permet de considérer que ce comportement serait la conséquence de la diffusion de la plaquette en cause ou d'une quelconque autre incitation mise en œuvre par la société Goupil* ».

La diffusion d'un courrier, par la société Ortho Chimical Diagnostics France division Life Scan France, rappelant que les bandelettes Uni-Chek ne sont pas sous licence Life Scan et ne garantissent pas le bon usage des lecteurs de glycémie de Life Scan, ne constitue pas une pratique de dénigrement anticoncurrentielle (03-D-28).

Pratiques restrictives d'achat

Dans une décision relative à des pratiques d'achat de France Télécom sur le marché des relevés topographiques, le Conseil a rappelé que « *la libre expression des choix par les demandeurs joue un rôle crucial dans l'économie de marché en ce 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'efficience du système économique* ».

En l'espèce, le Conseil a considéré qu'il n'était, « a priori *pas dans l'intérêt d'un acheteur de relevés topographiques (ici France Télécom) de mettre en œuvre des pratiques discriminatoires qui auraient pour effet de réduire sans raison objective le nombre de ses fournisseurs et de restreindre ainsi ses possibilités de choix* ». Par ailleurs, aucune pratique discriminatoire n'étant établie à la charge de France Télécom, le Conseil en a conclu à l'absence d'abus de position dominante de cette entreprise (03-D-22).

Dans une autre affaire, relative aux pratiques de la centrale d'achat Opéra, le Conseil a considéré que la négociation d'accords de référencement et des conditions commerciales dont ils sont assortis, est licite et ne constitue pas en elle-même une pratique anticoncurrentielle. En effet, pour un distributeur, l'intérêt économique d'un accord avec un fournisseur dépend pour partie

des conditions que ce même fournisseur aura accordées à d'autres distributeurs, conditions qui ne sont pas connues avec précision lors de la négociation de l'accord mais qui peuvent se révéler en cours d'application de celui-ci. De même, pour un fournisseur, l'intérêt d'un accord de référencement dépend pour partie de la stratégie commerciale des distributeurs regroupés dans la centrale et des conditions octroyées par les autres fournisseurs, éléments qui, eux aussi, ne sont pas connus lors la négociation initiale. La renégociation de ces accords n'est donc pas en soi illicite, dès lors qu'elle n'est pas assortie de la mise en œuvre de pratiques anticoncurrentielles.

Par ailleurs, même si les accords et pratiques aboutissent à des transferts de ressources des producteurs vers les distributeurs dont la puissance d'achat s'est accrue par le biais de la création d'une centrale commune de référencement, ces accords et pratiques ne peuvent être qualifiés au regard des dispositions du livre IV du Code de commerce que dans le cas où il est établi qu'ils ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de limiter la concurrence soit sur les marchés des produits en cause, en portant atteinte à la présence des producteurs sur ces marchés, soit entre le distributeur qui a bénéficié de ces transferts et d'autres distributeurs. Ainsi, le fait, pour les distributeurs qui ont créé la centrale Opéra, de faire savoir à l'ensemble des fournisseurs qu'ils entendent, en raison de l'accroissement de la puissance d'achat générée par cette création, renégocier les conditions d'achat consenties, ou conditionner la poursuite des relations commerciales déjà nouées à l'acceptation de conditions supplémentaires, sans contreparties réelles, par rapport à celles qui avaient déjà été convenues et acceptées, pourrait apparaître comme prohibée par les dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce, si elle émanait d'une entreprise détenant une position dominante ou tenant dans sa dépendance les fournisseurs considérés et était susceptible d'affecter le fonctionnement ou la structure de la concurrence sur un marché, ce qui n'était pas le cas en l'espèce (03-D-11).

Politique commerciale

Dans une affaire relative au marché de la fabrication et de la vente de nacelles, le Conseil a rappelé que rien n'interdit *a priori* à un fournisseur, fût-il en position dominante, de modifier sa politique commerciale, même s'il peut en résulter des conséquences dommageables pour une ou plusieurs entreprises tierces. En l'espèce, le fabricant avait fait des offres de vente directement aux clients finaux, écartant du marché les prestataires intermédiaires, à savoir les loueurs (03-D-14).

La modification de la politique commerciale d'un fabricant, qui engendre un manque à gagner pour ses distributeurs, ne suffit pas à établir l'existence d'une pratique anticoncurrentielle (03-D-20).

Tarification franco

Dans sa décision 03-D-20, le Conseil a écarté l'abus qui aurait été commis par la société Coca-Cola Beverages, en position dominante sur le marché national des boissons au goût de cola, résultant de sa décision de substituer au tarif « *enlèvement* », net de frais de transport, une tarification « *franco* » consistant à imposer au client le paiement de frais de transport incorporés

dans le prix de vente et déterminés de façon forfaitaire par la péréquation de toutes les charges de transport, et donc identiques quelle que soit la distance entre le lieu d'embouteillage et le lieu de livraison. Rappelant que selon la jurisprudence européenne et nationale, « *la pratique du prix franco n'est pas en elle-même anticoncurrentielle et n'est prohibée, au regard du droit de la concurrence, que si elle constitue le support d'une entente anticoncurrentielle ou d'un abus de position dominante* », le Conseil estime que le passage au prix franco répondait à une nécessité objective, en ce qu'il relevait d'une stratégie destinée, par la rationalisation de la chaîne logistique, à réaliser « *des économies substantielles à partager avec les clients et les consommateurs ainsi que la mise en œuvre d'améliorations en terme d'efficacité, notamment par la réduction des manipulations et la gestion coordonnée des stocks* ». En outre, cette nouvelle politique tarifaire répondait à une demande de rationalisation des coûts émanant des grandes surfaces.

Décision tarifaire

Dans une affaire relative au marché de la location de sites de déchargement, le Conseil a considéré que la réduction de prix offerte par la SNCF pour une telle prestation, qui est d'une ampleur limitée et n'excède pas les marges de liberté dont dispose tout fournisseur, même détenteur d'une position dominante, dans la négociation avec un client potentiel, alors même que l'octroi de cette réduction n'apparaît pas avoir été déterminante dans la décision du client d'attribuer le marché concerné à la SNCF, ne peut revêtir un caractère abusif, susceptible d'avoir faussé le jeu de la concurrence (03-D-02).

- **Prix abusivement élevés**

Dans une affaire relative à l'exploitation des droits relatifs aux archives des sociétés nationales de programmation, sur lequel l'INA détient un monopole, le Conseil a rappelé sa jurisprudence du 13 juin 2000, relative à la prison d'Osny (décision n° 00-D-27) selon laquelle le Conseil peut s'assurer « *que les prix pratiqués par une entreprise en position dominante et notamment un monopole ne sont pas manifestement excessifs* », ce qui peut résulter d'une comparaison avec les prix pratiqués par d'autres opérateurs dans des situations de marché équivalentes, ou d'une comparaison entre les prix de vente du produit et son prix de revient.

Le Conseil a constaté que la première méthode ne pouvait s'appliquer, en l'espèce, puisque l'INA est la seule entreprise chargée de cette mission générale de conservation des archives audiovisuelles.

Le recours à la seconde méthode, seule possible en l'espèce, consiste à comparer le prix de vente du produit en cause, à son prix de revient et à apprécier « *s'il existe une disproportion excessive entre le coût effectivement supporté et le prix effectivement réclamé* » ; le Conseil a estimé que tel n'était pas le cas en l'espèce (03-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'efficience du système économique.

Le Conseil de la concurrence a fait application de ce principe dans une affaire relative au secteur du chauffage collectif au gaz et des compteurs d'énergie thermique (03-D-44).

- **Refus d'accès afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché**

Le Conseil a considéré que le marché des capacités de stockage était nécessairement dépendant de la disponibilité de cuves permettant de recevoir des produits dans les dépôts de stockage, de sorte qu'un délai d'attente de 4 à 5 mois pour allouer des capacités n'était pas manifestement pas anormal.

Par ailleurs, le refus de Total et DPA de louer des capacités de stockage à Dyneff, justifié par l'existence de contraintes de capacités, organisationnelles et par des incidents techniques, n'a pas un objet anticoncurrentiel. Par ailleurs, ce refus n'a pas eu d'effet anticoncurrentiel de nature à remettre en cause l'approvisionnement de la société en produits raffinés importés, dans la mesure où cette dernière a réussi à augmenter de 64 % ses approvisionnements par voie d'importation entre 2001 et 2002 (03-D-41).

- **Introduction de procédures judiciaires abusives**

La simple saisine du Conseil de la concurrence, en l'absence d'autres éléments, ne peut constituer une tentative d'instrumentalisation du Conseil de la concurrence s'inscrivant dans une stratégie procédurale plus globale qui serait constitutive d'un abus de position dominante.

En effet, l'accès au juge est un droit fondamental, et le fait pour une entreprise qui occuperait une position dominante d'intenter une action en justice ne saurait être qualifié de pratique anticoncurrentielle que dans des circonstances tout à fait exceptionnelles, lorsque l'action ne vise manifestement pas à faire valoir ce que l'entreprise peut légitimement considérer comme étant son droit et qu'elle est conçue dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer, par ce harcèlement, la concurrence (03-D-59).

- **Subventions croisées, aides commerciales accordées à une filiale, prix prédateurs**

Subventions croisées

Dans une affaire relative au secteur du chauffage collectif au gaz et des compteurs d'énergie thermique, le Conseil a rappelé la notion de subvention croisée et le régime qui lui est applicable.

Ainsi, la mise à disposition de moyens tirés d'une activité 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 l'espèce, le Conseil a admis le caractère de subventions croisées aux services rendus par GDF à sa filiale Calliance sans contrepartie financière. Tel a été le cas de l'achat et de l'installation du matériel nécessaire à la gestion facturation des clients de sa filiale Calliance par les centres EDF-GDF-Services, ainsi que de la prise en charge des coûts de la formation obligatoire des agents de cette filiale. Il en est de même de l'approche commerciale des maîtres d'ouvrage effectuée pour Calliance par les centres EDF-GDF-Services, ainsi que de la promotion nationale des offres de Calliance et de Prestagaz par ces centres (03-D-44).

Le Conseil a, dans la même décision, rappelé sa jurisprudence Citelum et Française des jeux (00-D-47 et 00-D-50) sur les subventions croisées, selon laquelle « *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, l'utilisation des ressources de son 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* », est constitutive d'un abus de position dominante.

En l'espèce, le Conseil a considéré que « *le chiffre d'affaires de la société Calliance, est resté supérieur à ses charges variables, sauf pour l'année de démarrage de l'activité, ce qui ne peut être analysé comme trahissant le caractère prédateur des prix pratiqués. En revanche, l'exploitation s'est traduite, au cours des quatre années d'existence de Calliance, par un important déficit (...) qui a conduit Calliance à mettre fin au développement de son activité en 1996 et à céder les contrats en cours au GIE Calliance gestion pour qu'il les gère jusqu'à leur terme. La décision ainsi prise par GDF de mettre fin à une activité non rentable ne peut, en l'absence d'autres éléments, être considérée comme participant d'une stratégie de fermeture du marché* ».

En outre, en l'absence de preuve d'une perturbation durable du marché, le Conseil n'a pas retenu le caractère abusif de la pratique. En effet, l'offre proposée par Calliance auprès des utilisateurs potentiels a connu un faible succès et les subventions octroyées par GDF à sa filiale n'étaient pas d'une nature et d'un montant tels que la poursuite d'un objet anticoncurrentiel se trouverait établie par l'existence même de ces subventions (03-D-44).

Dans une affaire 03-D-62, le Conseil a estimé qu'il n'était pas démontré que l'IGN, en position dominante sur le marché de production des données cartographiques de référence, ait utilisé les subventions publiques destinées à ses missions de service public pour pratiquer des prix prédateurs sur le marché du Conseil en information géographique. En l'espèce, était en cause un appel d'offres lancé par le district de l'agglomération dijonnaise, emporté par l'IGN sur ses concurrents, à des prix que ceux-ci considéraient comme prédateurs. Le Conseil a vérifié que l'IGN avait bien, en l'espèce, couvert l'ensemble de

ses coûts (coûts communs imputés proportionnellement et coûts variables) dans sa soumission, lesdits coûts étant estimés *ex ante*. Le Conseil a souligné que « *le caractère ponctuel de la pratique et la couverture des coûts variables et des coûts communs (...) ne permettent pas de qualifier les prix pratiqués par IGN Conseil (...) de prix prédateurs* ». En outre, aucune perturbation durable du marché du Conseil en information géographique n'ayant été constatée, aucun abus n'a été retenu à la charge de l'IGN (03-D-62).

Dans l'affaire relative au secteur du chauffage collectif au gaz et des compteurs d'énergie thermique, le Conseil a, par ailleurs, considéré que le caractère de subvention croisée ne peut résulter du simple fait que les prix obtenus par la filiale de l'entreprise en monopole sont réduits, dès lors qu'il est démontré que de tels prix résultent de la puissance d'achat du groupe et de la centralisation des commandes au niveau de ce dernier (03-D-44).

Aides commerciales

Dans sa décision 03-D-26, le Conseil a rappelé que les aides commerciales ne sont pas illicites en soi. Accordées par une entreprise en position dominante à ses clients, même si elles peuvent défavoriser ses concurrents, elles ne sont pas, en elles-mêmes, anticoncurrentielles. Pour GDF, ces aides constituent la seule marge de négociation commerciale d'une entreprise dont les prix sont régulés par la puissance publique. 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'elles en établissent l'objet ou l'effet anticoncurrentiel. En l'espèce, aucun élément du dossier n'a permis d'établir que les actions commerciales en cause excédaient les marges de liberté dont dispose tout fournisseur, même détenteur d'une position dominante, dans la négociation commerciale avec un client potentiel, et que les concurrents de GDF sur le marché concerné n'étaient pas en mesure de mettre en place des actions équivalentes pour promouvoir leurs propres ventes.

En revanche, « *la combinaison d'aides commerciales, aboutissant à une baisse de prix, et d'une clause d'exclusivité, pouvait avoir pour effet d'exclure, de façon durable, les autres concurrents de l'approvisionnement en énergie de la zone concernée* ». En l'espèce, dans la mesure où la pénalité encourue était comparable au montant de l'aide et n'avait d'effet sur le choix de l'énergie qu'au moment de l'installation des appareils de chauffage, de cuisson et de production d'eau chaude, la clause d'exclusivité contenue dans le contrat conclu par le centre EDF-GDF-Services avec un particulier n'était pas de nature à exclure durablement les énergies concurrentes (03-D-26).

- **Pratique n'ayant pas d'effet sensible sur le marché**

La clause de la convention conclue entre GDF et un office d'HLM prévoyant le remboursement de la totalité des aides versées par GDF au titre des programmes immobiliers réalisés par l'office au cas où un seul programme immobilier ne serait pas équipé au gaz naturel est abusive, car engendrant des pénalités excessives au regard du manque à gagner encouru par GDF et

de nature à restreindre l'accès des producteurs d'énergies concurrentes au marché de l'énergie destinée au chauffage et à la production d'eau chaude. Néanmoins, une seule convention de ce type ayant été conclue et les pénalités n'ayant jamais été mises en œuvre, cette pratique n'a pu affecter de façon sensible la concurrence sur le marché national de la fourniture d'énergie pour le chauffage et la production d'eau chaude (03-D-26).

Dans une affaire relative aux prestations médicales offertes aux salariés de la RATP, le Conseil a considéré qu'à supposer que, par sa politique d'agrément de médecins pour son personnel, la RATP abuserait de sa position dominante sur le marché des transports pour fausser la concurrence sur le marché des soins généralistes offerts, cette pratique ne concernerait, en tout état de cause, que 0,8 % de la population totale de la zone concernée et n'aurait pas d'effet sensible (03-D-24).

La diffusion d'un document public, présentant de façon unique le regroupement des services administratifs liés aux décès et de services commerciaux de la régie municipale, de nature à engendrer une confusion dans l'esprit des familles, est préjudiciable à la concurrence sur le marché de pompes funèbres. Mais cette pratique, ayant été de très courte durée (deux mois) et mise en place sur une petite échelle (seulement certains points d'accueil de la mairie), « *ne saurait avoir affecté le marché de manière sensible et ne peut, dans ces conditions, être qualifiée d'abusive* » (03-D-33) [73].

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

73. Voir aussi 03-D-01.

l'entreprise) et enfin, la difficulté pour cette dernière de trouver d'autres fournisseurs de produits équivalents.

La modification de l'article L. 420-2, introduite par la loi du 15 mai 2001, qui a éliminé de l'article la référence à la notion de « *solution équivalente* », n'exempte pas les parties d'en démontrer l'existence. En effet, la notion même de dépendance suppose l'absence de solution équivalente, de telle sorte que l'état de dépendance implique l'impossibilité dans laquelle se trouve une entreprise de disposer d'une solution techniquement et économiquement équivalente aux relations contractuelles qu'elle a nouées (03-D-42).

Cette dépendance doit s'apprécier dans le cadre de relations bilatérales entre deux entreprises et doivent être évaluées, au cas par cas, et non pas globalement pour l'ensemble de la profession (03-D-42).

L'importance d'une marque pour un distributeur ne peut pas résulter de la seule tendance au monomarquisme, dès lors que les concessionnaires peuvent passer d'un réseau de constructeur à un autre, et qu'il existe d'autres solutions de conversion pour le concessionnaire évincé d'un réseau de distribution exclusive.

Le fait que l'offre des constructeurs soit assurée par un oligopole, constitué de quatre marques principales détenant 70 % du marché, alors que ces marques paraissent substituables aux yeux des consommateurs, ne permet pas de conférer à ces constructeurs une notoriété, qui rende leurs marques indispensables à l'activité des distributeurs (03-D-42).

Dans une affaire relative au secteur de la distribution, l'état de dépendance économique des fournisseurs de la grande distribution à l'égard de la centrale d'achat Opéra n'a pas été retenu en raison de la taille des sociétés en cause et de la notoriété des marques qu'elles commercialisent (03-D-11).

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 2003, le Conseil n'ayant pas retenu, au préalable, d'état de dépendance économique.

■ 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 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.

En 2003, le Conseil de la concurrence n'a fait application de ce texte que deux fois dans ses décisions 03-D-03 et 03-D-04 s'agissant d'une même pratique, consistant, pour le barreau de Marseille et le barreau d'Albertville, à obliger les membres du barreau à adhérer au contrat collectif d'assurance des risques professionnels des avocats souscrit par lui. Après avoir constaté que cette pratique constitue une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce en ce qu'elle prive chacun des membres du barreau de la possibilité de recourir à l'assureur de son choix et dans des conditions librement négociées, le Conseil, tenant compte du fait que la profession d'avocat est réglementée et soumise aux dispositions de la loi du 31 décembre 1971, a examiné si cette pratique était susceptible de bénéficier des dispositions de l'article L. 420-4 I 1° du Code de commerce.

Toutefois, avant de faire état de l'analyse du Conseil en la matière, il convient de préciser qu'outre la garantie de la responsabilité civile professionnelle, objet de la police d'assurance, le contrat collectif souscrit par les barreaux de Marseille et d'Albertville comportait des clauses garantissant également les espèces, titres et valeurs, la responsabilité civile exploitation, les objets et vêtements déposés dans les vestiaires de l'Ordre, les archives et supports d'information appartenant à l'assuré et/ou à lui confiés pour l'exercice de sa profession ainsi que les dommages par catastrophes naturelles.

S'agissant de la garantie de la responsabilité civile professionnelle, le Conseil de la concurrence a fait application de la jurisprudence de la Cour de cassation en date du 5 octobre 1999 et du 14 novembre 2001 selon laquelle : « *Il résulte des dispositions combinées des articles 17 et 27 de la loi du 31 décembre 1971 et 205 du décret du 27 novembre 1991, qu'un Conseil de l'Ordre peut, sans excéder ses pouvoirs, décider que l'obligation d'assurance de la responsabilité civile professionnelle devra être satisfaite par une assurance collective à laquelle chaque avocat membre du barreau sera tenu d'adhérer* ».

Ainsi, le Conseil de la concurrence a considéré que la mission de contrôle confiée aux conseils de l'Ordre ne pourrait, en pratique, être efficacement remplie et pourrait même, dans certains cas, s'avérer irréalisable s'il était loisible aux avocats, qui peuvent dans certains barreaux être en nombre très important, de refuser d'adhérer au contrat collectif d'assurance souscrit par l'Ordre, pour s'assurer individuellement auprès du prestataire de leur choix.

En outre, le Conseil de la concurrence a estimé, suite à une analyse économique du risque, que ce système d'adhésion obligatoire était optimal, car si des individus candidats à l'assurance ont le choix entre garantir leurs risques individuellement ou les garantir collectivement, ils se dirigeront vers la souscription individuelle ou vers la souscription collective en fonction de la nature et de l'importance de leurs risques. Or, les individus qui présentent le plus faible niveau de risques choisiront la souscription individuelle, dans la mesure où ils ont des chances sérieuses de négocier une prime plus faible que celle qui leur serait demandée dans le cadre d'un contrat collectif puisque la prime du contrat collectif correspond au niveau moyen des risques des adhérents à ce contrat, alors que la prime du contrat individuel est

librement débattue avec l'assureur et peut être moins élevée, compte tenu de la faible sinistralité présentée par un individu. Par conséquent, les bons candidats à l'assurance n'ont pas intérêt à adhérer au contrat collectif lequel, en revanche, recueillera les mauvais risques avec pour résultat de faire monter le niveau moyen du risque et, par voie de conséquence, d'entraîner une augmentation de prime, ce qui incitera à nouveau les adhérents à quitter le contrat collectif. Ainsi, la liberté d'adhésion au contrat collectif d'assurance implique que les meilleurs risques du groupe vont choisir de ne pas y adhérer, avec pour conséquence de déséquilibrer l'économie de ce contrat et d'en bloquer le fonctionnement.

Il en résulte que le Conseil de la concurrence a estimé que l'article 27 de la loi du 31 décembre 1971 doit être interprété comme excluant la faculté pour les avocats, lorsqu'une assurance collective de responsabilité civile professionnelle a été contractée par le barreau, de ne pas y adhérer et de s'assurer individuellement. Dans ces conditions, la pratique incriminée, qui résulte directement et nécessairement de l'application de la loi précitée, a bénéficié de l'exemption prévue au paragraphe 1 de l'article L. 420-4 du Code de commerce.

S'agissant des autres clauses du contrat, le Conseil a considéré que, si la clause garantissant les espèces, titres et valeurs et la clause garantissant les archives et supports d'information appartenant à l'assuré et/ou à lui confiés pour l'exercice de sa profession, pouvaient bénéficier de l'exemption prévue par l'article L. 420-4 I 1°, tel n'était pas le cas des clauses relatives à la responsabilité civile de l'exploitation, aux objets et vêtements déposés dans les vestiaires de l'Ordre et aux dommages par catastrophes naturelles qui ne correspondent pas à des risques propres à l'exercice de la profession d'avocat et relevant de leur responsabilité civile professionnelle. Il en conclut que la pratique consistant à imposer aux avocats du barreau de Marseille une assurance collective de ces risques, sans leur laisser le choix ni de l'assureur ni des conditions de cette assurance, ne résulte pas de l'application directe et nécessaire d'un texte et qu'elle constitue une pratique, susceptible à tout le moins d'avoir un effet anticoncurrentiel, prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce (03-D-03 et 03-D-04).

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 des « *fraises* », le Conseil de la concurrence a toutefois rejeté les arguments de l'AIFLG (association interprofessionnelle des fraises du Lot-et-Garonne), dans la mesure où elle n'avait pas démontré que les restrictions de concurrence entraînées par les pratiques qu'elle avait mises en œuvre, notamment la coordination et l'harmonisation des prix de vente entre opérateurs ainsi que les entraves aux ventes promotionnelles de la grande distribution, aient été indispensables pour atteindre un objectif de progrès économique et de satisfaction du consommateur. Le Conseil de la concurrence a donc déclaré anticoncurrentielles les pratiques mises en œuvre par l'AIFLG et ses membres sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce (03-D-36 – voir décisions contentieuses notables).

■ 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 n'a pas eu à connaître au cours de l'année 2003 de pratique de prix abusivement bas.

■ La politique du Conseil en matière de sanction

En donnant au Conseil de la concurrence la possibilité d'infliger des sanctions, l'ordonnance du 1er décembre 1986 l'a doté d'un réel pouvoir afin 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 no 2001-420, du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, qui ont 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 ont, 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).

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 2003 (et en 2002), ont toutes été commises antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi NRE 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.

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. Si les dispositions relatives à la procédure de transaction ont été mises en œuvre par deux fois en 2003 (03-D-10 et 03-D-45), aucune décision ne fait, en revanche, état de la mise en œuvre de la procédure de clémence.

L'aspect correctif : les injonctions et les engagements

Injonction de s'abstenir de certaines pratiques

Dans ses décisions relatives à des pratiques mises en œuvre par les barreaux de Marseille et d'Albertville, le Conseil de la concurrence, pour mettre fin aux pratiques relevées et à leurs effets, a enjoint aux barreaux de Marseille et d'Albertville de cesser d'imposer aux avocats membres de ces barreaux d'adhérer au contrat d'assurance collectif qu'ils ont souscrit au titre de la garantie de la responsabilité civile exploitation, la garantie des objets et vêtements déposés dans les vestiaires de l'Ordre, ainsi que des dommages par catastrophes naturelles et de faire retirer du contrat collectif les clauses relatives à la garantie de ces risques (03-D-03 et 03-D-04).

Injonction de prendre certaines mesures

Dans sa décision 03-D-09, le Conseil de la concurrence a enjoint aux NMPP de supprimer dans un délai d'un mois, à compter de la notification de la décision, les éléments discriminatoires de son barème général de rémunération des diffuseurs concessionnaires (03-D-09).

Examen du respect des injonctions

La décision 03-D-43, relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son

arrêt du 29 juin 1999, fait suite à la décision 02-D-41 du 26 juin 2002 dans laquelle le Conseil avait considéré que la société 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 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 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.

En revanche, s'agissant de l'exigence d'orientation vers les coûts des tarifs de l'activité de gestionnaire de fichier de France Télécom, également formulée dans l'injonction de la cour d'appel, le Conseil avait renvoyé le dossier à l'instruction. Le Conseil avait toutefois rappelé, dans cette décision, que les coûts visés étaient les seuls coûts spécifiques à la constitution et à la gestion de l'annuaire universel (coûts incrémentaux). En effet, France Télécom ne pouvant fonctionner, pour les besoins de son activité propre, sans établir un fichier commercial de ses abonnés, les coûts communs à l'activité de gestionnaire de l'annuaire et aux activités commerciales de France Télécom n'ont pas à être supportés par ses concurrents sur le marché des annuaires et des renseignements. Un expert a donc été désigné.

Au vu des conclusions du rapport d'expertise et à l'issue d'une procédure contradictoire, le Conseil de la concurrence a considéré, dans sa décision 03-D-43, que France Télécom n'avait pas respecté l'injonction relative à l'orientation vers les coûts des tarifs de l'activité de gestionnaire de fichier.

D'une part, la comparaison entre le chiffre d'affaires dégagé par l'activité de gestionnaire de fichier de France Télécom et le coût incrémental de constitution de la base annuaire estimé par l'expert fait, en effet, apparaître une disproportion manifeste :

	Année 1999	Année 2000	Année 2001
Charges (estimation expert)	12,96 M€ (85,02 MF)	12,33 M€ (80,88 MF)	11,09 M€ (72,75 MF)
Chiffre d'affaires	16,3 M€ (106,9 MF)	15,71 M€ (103,05 MF)	16,69 M€ (109,49 MF)

D'autre part, les comparaisons internationales, et notamment l'exemple de la Grande-Bretagne, montrent que les tarifs pratiqués par les opérateurs historiques, le cas échéant, après intervention des autorités de régulation sectorielle, sont nettement inférieurs à ceux pratiqués par France Télécom.

Sur la base de ces éléments, le Conseil de la concurrence a donc prononcé des sanctions pécuniaires de 40 millions d'euros à l'encontre de France Télécom, au titre du non-respect de l'injonction relative à l'orientation vers les coûts de l'activité de gestionnaire de fichier, ainsi qu'au titre des deux autres pratiques déjà établies dans la décision 02-D-41 et sus-mentionnées. Le Conseil a également fait peser sur France Télécom les frais d'expertise en application de l'article L. 463-8 du Code de commerce (voir décisions les plus notables).

Procédure de transaction

Deux décisions du Conseil de la concurrence font état, en 2003, de la mise en œuvre de la procédure de transaction introduite par la loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques qui ajoute, notamment, un titre II à l'article L. 464-2 du Code de commerce, aux termes duquel : « *Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au Conseil de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié* ».

La première décision publiée par le Conseil de la concurrence faisant application de cette procédure de transaction est la décision en date du 20 février 2003, relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille, dans laquelle il apparaît que deux des trois sociétés mises en cause, les sociétés Guigues et SNEF, n'ont pas contesté les griefs qui leur ont été notifiés et ont demandé le bénéfice de la procédure de transaction, après avoir proposé des engagements consistant, notamment, à cesser toute concertation anticoncurrentielle dans le cadre d'appel d'offres et, en cas de réponse à un appel d'offres, à fournir la liste des entreprises avec lesquelles elles prendront contact dans le cadre d'un projet de groupement. Au vu de ces engagements, le rapporteur général avait proposé au Conseil de la concurrence d'accorder à ces sociétés le bénéfice des dispositions de l'article L. 464-2 II du Code de commerce et de réduire la sanction pécuniaire, le cas échéant encourue, de 30 % à 50 %.

Le Conseil de la concurrence a pu, dès lors, préciser les modalités de calcul de la sanction encourue dans le cadre de la procédure de transaction, ainsi que sa marge d'appréciation s'agissant de la réfaction du montant de la sanction.

Le Conseil a ainsi estimé que l'article L. 464-2 II du Code de commerce, qui prévoit que lorsqu'il est mis en œuvre, « *le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié* », a pour objet de garantir aux entreprises intéressées que, si le Conseil accepte les engagements qu'elles ont pris, le plafond légal applicable aux sanctions qu'il édicte, est divisé par deux par rapport au régime de droit commun. Toutefois, ces dispositions ne font pas obstacle à ce que, dans la limite de ce nouveau plafond, le Conseil apprécie le montant de la sanction qui aurait été encourue par chaque entreprise et y applique le taux de réfaction qu'il retient, compte tenu des propositions faites par le rapporteur général. En l'espèce, le Conseil de la concurrence, après avoir réduit de moitié le plafond des sanctions encourues, a considéré qu'il convenait d'appliquer un taux de réfaction de 50 % sur le montant des sanctions qui auraient dû être infligées aux entreprises Guigues et SNEF (03-D-10 – voir principales décisions du Conseil en 2003).

Cette interprétation de l'article L. 464-2 II du Code de commerce consistant, d'une part, à réduire de moitié le plafond de la sanction une fois les engagements souscrits et acceptés, et d'autre part, à conserver toute latitude pour

apprécier l'étendue de la réfaction du montant de la sanction encourue dans la limite de ce nouveau plafond, par rapport aux propositions du rapporteur général, a été réaffirmée par le Conseil de la concurrence dans la seconde décision de l'année mettant en œuvre cette procédure de transaction, en date du 25 septembre 2003, relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices scolaires. En effet, dans cette affaire, le Conseil s'est éloigné des propositions du rapporteur général consistant à réduire de moitié la sanction encourue, puisque, le taux de réfaction retenu par le Conseil n'a été que de 20 % et non de 50 %, compte tenu de la gravité des pratiques, leur étendue et leur durée (03-D-45 – voir *supra*, décisions contentieuses notables).

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 1er 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, de sorte que le Conseil a encore appliqué au cours de l'année 2003 les anciennes dispositions (03-D-01, 03-D-07, 03-D-09, 03-D-10, 03-D-12, 03-D-15, 03-D-17, 03-D-29, 03-D-35, 03-D-36, 03-D-40, 03-D-43, 03-D-45, 03-D-46, 03-D-47, 03-D-54, 03-D-55, 03-D-61, 03-D-68).

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 1er décembre 1986), le Conseil de la concurrence « *peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des*

injonctions. Les sanctions pécuniaires sont proportionnées à la gravité des faits reprochés, à l'importance du dommage causé à l'économie et à la situation de l'entreprise ou de l'organisme sanctionné. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 5 % du montant du chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France au cours du dernier exercice clos ».

Il convient de noter que le Conseil de la concurrence, dans sa décision 03-D-54, relative à des pratiques relevées sur le marché des énergies renouvelables, a rejeté l'argument selon lequel le texte précité violait le principe de légalité des peines prévu par l'article 7 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, en ce que l'assiette de la sanction ne retient pas le chiffre d'affaires de l'entreprise au jour des faits, mais celui du dernier exercice clos, alors même que ce dernier peut être bien supérieur à celui de l'entreprise au jour des faits. Le Conseil a néanmoins précisé que, si le plafond de la sanction légalement applicable est fixé par rapport au chiffre d'affaires hors taxes de l'entreprise en France, lors du dernier exercice clos, le Conseil doit cependant tenir compte, pour déterminer le montant de la sanction qu'il va prononcer, de la gravité des pratiques, du dommage à l'économie et de la situation individuelle des entreprises et, notamment, l'évolution de son chiffre d'affaires et de ses résultats (03-D-54).

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 (03-D-01, 03-D-07, 03-D-10, 03-D-29, 03-D-35, 03-D-46, 03-D47, 03-D-54, 03-D-55).

À cet égard, dans sa décision relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales, le Conseil a rappelé que, selon une jurisprudence aujourd'hui bien établie (Cour de cassation, 24 mars 1998, société SADE-Compagnie générale de travaux hydrauliques), les pratiques anticoncurrentielles recensées sont graves par nature et sont répréhensibles du seul fait de leur existence, peu importe que leur auteur ait, en définitive, obtenu le marché ou non ou que le prix d'attribution du marché ait été inférieur à l'estimation de la collectivité, car elles aboutissent à fausser le jeu de la concurrence que les règles des marchés publics ont pour objet même d'assurer (03-D-07).

Par ailleurs, le Conseil a précisé qu'en matière d'entente horizontale dans le cadre d'un marché public, la pratique est d'autant plus grave qu'elle porte sur des travaux qui concernent un service public indispensable au fonctionnement des infrastructures concernées (03-D-10), qu'elle émane d'entreprises de dimension nationale ou internationale (03-D-10, 03-D-54), qu'elle ait été mise en œuvre par une entreprise ayant eu une volonté délibérée de contourner les règles de concurrence (03-D-46 et 03-D-47) ou encore qu'elle

ait été mise en œuvre dans le cadre de l'ouverture à la concurrence du marché (03-D-54) ou d'un appel d'offres à vocation sociale (03-D-46).

Enfin, en 2003, le Conseil a pris soin de dénoncer la particulière gravité des pratiques d'entente anticoncurrentielle mises en œuvre par des entreprises concurrentes pour se répartir les marchés ou augmenter les prix dans les secteurs relatifs à la santé.

Ainsi, dans sa décision relative au comportement de sociétés du groupe L'Air Liquide dans le secteur des gaz médicaux, le Conseil de la concurrence, pour apprécier la gravité des pratiques mises en œuvre par les principales filiales du groupe L'Air Liquide, a tenu compte du fait « *que les pratiques relevées ont concerné les achats d'établissements hospitaliers ; que les gaz médicaux sont des produits à la fois indispensables à la vie des malades et sans substituts, de sorte que l'élasticité de leur demande à leur prix ne peut être que des plus faibles ; que la demande se caractérise par une rigidité au changement de fournisseur de sorte qu'une fois le choix d'un fournisseur effectué, l'hôpital se trouve, dans une certaine mesure, en situation de 'client captif', situation de nature à rigidifier les situations acquises ; qu'il s'agit de médicaments dont le coût est intégralement pris en charge par les organismes de sécurité sociale, ce qui garantit au fournisseur une totale solvabilité de la demande* ». Le Conseil en a déduit qu'un respect scrupuleux des règles de la concurrence était donc particulièrement nécessaire lors du choix des fournisseurs par les demandeurs, c'est-à-dire lors de la passation des marchés publics, car la concurrence, lors de la passation de ces marchés, constituait le seul frein susceptible d'empêcher une hausse excessive des prix, s'agissant de produits, d'une part, indispensables, et, d'autre part, non soumis aux contraintes usuelles que constituent la solvabilité de la demande et sa réaction à la baisse en cas de hausse des prix (03-D-01).

De même, le Conseil, pour apprécier la gravité des pratiques mises en œuvre par les principales filiales de la société Dedico Spa dans le secteur du matériel médical de la circulation extracorporelle (CEC) (03-D-29) a tenu compte du fait que le matériel de CEC est indispensable à des interventions médicales mettant en jeu la vie des malades et que son coût est pris en charge par les organismes de sécurité sociale garantissant ainsi au fournisseur la solvabilité de la demande. Le Conseil en a donc déduit qu'un respect scrupuleux des règles de la concurrence était particulièrement nécessaire dans le cadre de ces appels d'offres publics et privés, car l'effectivité de la demande constituait le seul frein susceptible d'empêcher une concentration des offres au profit des mêmes sociétés et d'éviter à terme des hausses de prix injustifiées (03-D-29).

De plus, dans ces deux affaires, le Conseil a retenu comme facteur aggravant le fait que ces pratiques avaient été mises en œuvre par les deux opérateurs en situation dominante contribuant à ce que, très souvent, les deux filiales en cause se trouvaient être les seuls compétiteurs sur le marché, de sorte que cette circonstance a renforcé l'efficacité de la tromperie qu'elles exerçaient à l'encontre des responsables hospitaliers (03-D-01 et 03-D-29).

Les ententes verticales ou horizontales

Les ententes et actions concertées, qui ont pour objet et pour effet d'empêcher le jeu de la concurrence en faisant obstacle à la fixation des prix par le

libre jeu du marché et en favorisant artificiellement leur hausse, font partie des pratiques gravement préjudiciables au bon fonctionnement du marché, et donc aux avantages que peuvent en attendre les consommateurs (03-D-17, 03-D-40, 03-D-45). Elles sont d'autant plus graves qu'elles sont mises en œuvre sur un marché oligopolistique ou par des entreprises en position dominante (03-D-17, 03-D-40, 03-D-45).

D'une manière générale, les ententes sur les prix et sur la répartition des marchés sont des « *ententes injustifiables* » au sens de la recommandation du Conseil de l'OCDE du 25 mars 1998, selon laquelle : « *Les ententes injustifiables constituent la violation la plus flagrante du droit de la concurrence* » (03-D-12).

Le boycott

Le Conseil de la concurrence a considéré, dans sa décision relative aux pratiques mises en œuvre par le CNPA (Centre national des professions de l'automobile), que la pratique consistant, pour une organisation professionnelle, telle que le CNPA à inciter ses membres à ne plus recourir aux services bancaires du « *Crédit de l'Est* » ni aux services publicitaires du journal *Le Républicain Lorrain*, au motif que ces deux entreprises avaient noué des relations commerciales avec des mandataires automobiles, revêt un caractère d'une particulière gravité en vertu d'une jurisprudence constante du Conseil de la concurrence et de la cour d'appel de Paris (arrêts du 14/02/1995 et du 25/03/1997) (03-D-68).

Les remises liées

Dans sa décision relative aux pratiques mises en œuvre sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux, le Conseil de la concurrence, afin d'apprécier la gravité des pratiques, a tenu compte du fait qu'elles ont été mises en œuvre par une entreprise en situation de monopole sur un marché particulièrement important, celui de la ciclosporine, car la ciclosporine constituait un médicament incontournable et particulièrement innovant, puisqu'il a permis l'essor de la pratique des greffes pendant de nombreuses années.

Le Conseil en a déduit que « *le monopole de la ciclosporine (...) conférait donc aux laboratoires Sandoz une position de force vis-à-vis des acheteurs pharmaceutiques hospitaliers. Il est grave, dans ces conditions, que les laboratoires Sandoz aient abusé de cette position, en s'aidant du marché où ils étaient en monopole pour agir sur les marchés connexes de sept spécialités pour lesquelles les produits Sandoz étaient, à l'inverse, fortement concurrencés. La pratique des remises liées a conduit à étendre indûment à des marchés concurrentiels les avantages de la position de monopole conquise grâce à l'innovation majeure que constituait la ciclosporine. Il est d'une particulière gravité que cette politique ait été 'proposée et approuvée par notre direction générale France', comme l'a déclaré le directeur commercial, et qu'une entreprise de l'importance et de la notoriété des laboratoires Sandoz ait ainsi commis ces abus pendant trois ans, pour ne mettre fin à ces pratiques que lorsque l'enquête administrative a débuté* » (03-D-35).

• **Les caractéristiques des pratiques relevées**

Ont été retenus à ce titre comme facteur de gravité.

La réitération de pratiques déjà sanctionnées

– Le fait que le CSNCRA (devenu CNPA) ait déjà été condamné par le Conseil, dans une décision 90-D-35 du 9 novembre 1990, devenue définitive en l'absence d'appel, pour avoir fait pression sur le journal *42 Affaires*, afin qu'il cesse de passer des annonces publicitaires des mandataires, ajoute encore au caractère de gravité des pratiques de *boycott* retenues dans la décision 03-D-68.

– Le fait que les NMPP aient déjà fait l'objet d'une injonction de la part du Conseil de la concurrence (décision 87-D-07 relative à des pratiques mises en œuvre par les NMPP et sa filiale la Société d'agences et de diffusion), non assortie de sanction, a été pris en considération pour apprécier la gravité des pratiques en cause dans la décision 03-D-09.

– Le fait que les entreprises mises en cause avaient été averties par une lettre d'injonction du 27 février 2001, émanant des services de la DGCCRF, à la suite d'une enquête portant sur les saisons 1998/1999 et 1999/2000, que les ententes sur les prix, faussant le jeu de la concurrence, étaient contraires aux dispositions du livre IV du Code de commerce de sorte qu'elles ne pouvaient donc ignorer le caractère illégal de leurs agissements en 2000/2001 (03-D-47).

L'effet de fermeture du marché

– Le fait pour deux opérateurs, filiales à 100 % de leur société mère et en situation dominante, de fermer, par des clauses d'exclusivité, le marché connexe de l'installation et de l'entretien des réseaux de fluides médicaux, a pour objet d'élever les barrières à l'entrée sur le marché des gaz médicaux contribuant à ce que, très souvent, les deux filiales en cause se trouvent être les seuls compétiteurs sur le marché, et renforce l'efficacité de la tromperie qu'elles exerçaient à l'encontre des responsables hospitaliers (03-D-01).

– Le fait pour un fabricant de chariots de manutention électrique et ses fournisseurs de batterie, de conclure des accords visant à cloisonner artificiellement les marchés afin de limiter la concurrence par les prix entre les différents segments ainsi isolés et à se concerter sur les prix consentis aux consommateurs (03-D-40).

– Voir aussi 03-D-43

• **Le pouvoir d'influence des auteurs**

L'autorité de l'auteur des pratiques

– Le fait que les pratiques ont été mises en œuvre à l'initiative d'une organisation professionnelle qui a conforté ses membres de son autorité et de sa capacité de rassemblement, outrepassant ainsi la mission de défense des intérêts de ses adhérents dont elle est investie (03-D-46, 03-D-54 et 03-D-68).

– Le fait que les pratiques d'entente sur les prix ont été mises en œuvre par des enseignes de la grande distribution, alors qu'elles disposent d'un

véritable pouvoir de négociation et se présentent comme des enseignes ayant une politique de prix agressive, pratiquant notamment la vente à prix coûtant des produits en cause en période de rentrée des classes (03-D-45).

L'importance de l'auteur des pratiques

– Le fait que ces pratiques ont été mises en œuvre par les principaux acteurs du secteur (03-D-12, 03-D-40, 03-D-45, 03-D-54).

– Le fait que ces pratiques ont été mises en œuvre par des entreprises qui font partie d'un groupe de dimension nationale ou internationale (03-D-10, 03-D-54).

– Le fait que des remises liées ont été mises en œuvre par une entreprise en situation de monopole sur le marché de la ciclosporine, qui représente le poste le plus important des achats de médicaments des hôpitaux et qui ont permis ainsi à l'entreprise en monopole de réaliser un chiffre d'affaires de 108,2 millions d'euros (03-D-35).

La vulnérabilité particulière des demandeurs

Les comportements anticoncurrentiels des sociétés de pompes funèbres sont graves « *en ce que les familles des défunts se trouvent, au moment où elles accordent leur confiance, dans un état de dépendance lié, d'une part, à la nécessité d'organiser les funérailles et, d'autre part, au désarroi que le deuil est de nature à causer* » (03-D-15).

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 causé à l'économie est présumé par la loi « *dès lors que l'existence d'une entente est établie* » et « *qu'il est sanctionnable par son seul objet* » (19 septembre 1990, sociétés Herlicq et Serrumeca). Le Conseil a fait application de ces principes dans ses décisions 03-D-10 et 03-D-29.

De façon générale, plusieurs critères d'appréciation peuvent être mis en œuvre pour apprécier le dommage à l'économie :

- **La durée des pratiques**

– Entente de répartition et sur les prix dans le secteur des escaliers préfabriqués en béton entre 1993 et 1995 (03-D-12).

– Entente sur les prix des carburants sur autoroutes depuis de « *nombreuses années* » (03-D-17).

– Entente de répartition de marché de façon réitérée pendant quatre ans (03-D-29).

– Entente de répartition de marché de façon réitérée entre 1996 et 1999 (03-D-07).

– Remises liées pratiquées par la société Sandoz pendant trois ans, alors qu'elle était en situation de monopole sur le marché de la ciclosporine et en

situation de concurrence sur les autres marchés affectés par la pratique (03-D-35).

- **Les effets conjoncturels**

Les effets conjoncturels importants

– La pratique en cause a engendré une augmentation significative du montant de plusieurs marchés (03-D-47).

– La pratique en cause a entraîné l'annulation d'un marché exécuté pendant onze mois (03-D-46).

– La pratique en cause a entraîné l'éviction des médicaments génériques, dont les prix sont sensiblement inférieurs aux produits *princeps* (03-D-35).

– La pratique a provoqué une hausse artificielle des prix (03-D-45).

Les effets conjoncturels simplement constatés ou potentiels

– 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 (03-D-47).

– Le fait, pour un constructeur automobile, de dépenser une somme pour financer le surcoût constaté sur un marché public constitue une allocation sous-optimale des ressources, dès lors que ce surcoût est indu. Il constitue un dommage à l'économie car, si cette contribution n'avait pas été apportée au district à cette occasion, elle serait restée disponible pour d'autres actions de soutien du club ou de la collectivité. Ainsi, le surcoût du marché constitue une perte non compensée pour le propriétaire et les utilisateurs du stade (03-D-55).

– S'il n'est pas démontré que les pratiques anticoncurrentielles relevées ont engendré des augmentations de prix des produits, il n'en demeure pas moins qu'elles ont pu causer un dommage à l'économie en ce qu'elles ont pu faire obstacle à ce que ces prix diminuent (03-D-29).

Les effets conjoncturels tendant à limiter le dommage à l'économie

– Le fait que la concertation, organisée par une organisation professionnelle comme le CNPA (Centre national des professions de l'automobile) dans le but de boycotter le *Crédit de l'Est* et le journal *Le Républicain Lorrain* afin d'empêcher les mandataires automobiles de recourir au crédit et à la publicité, n'a pas eu d'effet sur le marché, est une circonstance de nature à constituer un facteur de modération mais non d'exonération de toute sanction, eu égard à la gravité des pratiques (03-D-68).

– D'une façon générale, le fait que la pratique anticoncurrentielle n'a pas produit les effets escomptés, les opérateurs ayant pu continuer à se développer sur le marché (03-D-15).

– Le fait que la pratique ait été supprimée suite à la visite de l'enquêteur de la DGCCRF (03-D-15).

– Le fait que la pratique ait été mise en œuvre par les NMPP alors qu'elles sont les seules à assurer la distribution des quotidiens en France et connaissent de surcroît une situation déficitaire tandis que la presse quotidienne nationale fait face à une crise importante (03-D-09).

– Le fait que l'entente sur les prix n'a été établie qu'avec un seul fournisseur détenant une part de marché de 12,5 % (03-D-40).

– Le fait que la pratique n'a pas eu d'effet sensible et que, malgré le caractère prohibé des moyens utilisés, l'objectif poursuivi par le barreau, au travers de l'obligation imposée aux avocats d'adhérer à l'assurance collective pour divers risques, résidait dans la recherche d'une protection toujours plus complète de l'intérêt du justiciable ou de l'avocat lui-même, a permis une exonération de sanction (03-D-03 et 03-D-04).

- **Les effets structurels**

La mise en place de barrières à l'entrée sur le marché des calculatrices à usage scolaire, entravant l'arrivée d'un nouvel entrant et le développement des entreprises déjà présentes et permettant l'augmentation du prix des calculatrices à usage scolaire alors même que les prix des autres calculatrices, comme d'ailleurs celui de beaucoup de produits électroniques, sont en constante diminution (03-D-45).

- **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 (03-D-01, 03-D-10, 03-D-17, 03-D-29, 03-D-35, 03-D-46, 03-D-47, 03-D-55). Toutefois, ont aussi été retenus à ce titre les éléments suivants :

– le fait que 12 des 17 marchés examinés ont été remportés par les entreprises à l'origine de l'entente anticoncurrentielle (03-D-07) ;
– le fait que les entreprises auteurs des pratiques représentent 70 % à 90 % du chiffre d'affaires réalisé sur le marché en cause (03-D-01, 03-D-07, 03-D-12) ;
– le fait que les pratiques ont été mises en œuvre sur un marché sur lequel le client est captif (03-D-01, 03-D-17, 03-D-45) ;
– le fait que la concurrence soit déjà réduite en raison d'un nombre restreint d'entreprises sur le marché (03-D-17) ;
– le fait que l'entrée sur le marché est très difficile et l'élasticité – prix de la demande faible (03-D-17) ;
– le fait que les pratiques ont porté sur sept marchés connexes (03-D-35) ;
– le fait que les pratiques ont été mises en œuvre dans un contexte d'ouverture de marché (03-D-15, 03-D-54).

Les caractéristiques du marché ayant contribué à limiter l'étendue du dommage

Le Conseil de la concurrence a considéré que le dommage à l'économie était limité lorsque d'autres opérateurs que les auteurs des pratiques anticoncurrentielles ont pu néanmoins se développer sur le marché (03-D-15, 03-D-68).

La situation individuelle des entreprises

• Les caractéristiques dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer

Dans la décision relative à des pratiques relevées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille, la société Eurovia, qui a succédé à la SNC Cochery Bourdin Chausse, a demandé au Conseil de la concurrence d'écarter les décisions prises antérieurement par la Commission de la concurrence, le Conseil de la concurrence, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, sanctionnant la société Cochery, d'une part, et Bourdin Chausse, d'autre part, pour des pratiques d'ententes anticoncurrentielles, à titre de facteur aggravant la sanction de la société Eurovia dans la présente affaire, puisque la société SNC Bourdin Chausse, à laquelle Eurovia a succédé, avait été immatriculée après les décisions de la Commission de la concurrence et du Conseil de la concurrence, et que les faits examinés, par ailleurs, s'étaient produits avant cette immatriculation, de sorte que les pratiques déjà sanctionnées ont été mises en œuvre par une autre société que celle mise en cause dans la présente affaire. Pour rejeter cette demande, le Conseil a rappelé que lorsque que 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, à celle qui assure en fait sa continuité économique et fonctionnelle, à savoir, en l'espèce la société Eurovia (03-D-10, voir également décision 03-D-07).

De plus, dans cette même décision, la société Eurovia a demandé au Conseil de tenir compte de la durée, selon elle excessive, de la procédure pour diminuer le montant de la sanction susceptible de lui être infligée, conformément à l'arrêt de la Cour de justice des Communautés européennes du 17 décembre 1998 (Baustahlgewebe GmbH c/Commission, aff. C-185-95, pourvoi contre l'arrêt du tribunal de première instance du 6 avril 1995 par lequel celui-ci a annulé partiellement l'article 1er de la décision 89/515/CEE de la Commission du 2 août 1989 relative à une procédure d'application de l'article 85 du traité CEE). Elle a demandé également au Conseil de tenir compte du fait que la pratique reprochée a été limitée, qu'elle a résulté d'une initiative locale et qu'elle n'a pas bénéficié à la SNC Cochery Bourdin Chausse. Sur ce point, le Conseil a constaté que la saisine du ministre délégué aux finances et au commerce extérieur a été enregistrée le 1er mars 1996. Or, même à supposer que la procédure engagée devant le Conseil de la concurrence ait dépassé les exigences liées au respect du délai raisonnable, le Conseil a relevé que la société Eurovia n'avait apporté aucun élément tendant à démontrer qu'elle n'aurait pu, de ce fait, exercer pleinement sa défense et qu'elle en aurait subi un préjudice (03-D-10).

Par ailleurs, dans sa décision relative au secteur des escaliers en béton préfabriqués, le Conseil a rejeté l'argument du commissaire à l'exécution du plan de cession de la société Comptoir du bâtiment, selon lequel aucune sanction ne pourrait être infligée à cette société étant donné que les griefs concernent des agissements qui se sont déroulés antérieurement à l'ouverture du plan de redressement judiciaire et que le délai alloué aux créanciers pour procéder à une déclaration de créance au passif de la procédure collective est

expiré. Pour ce faire, le Conseil a rappelé 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 sont des sanctions pécuniaires, que la créance du Trésor public n'existe qu'à compter de la décision du Conseil de la concurrence, de sorte que cette créance, qui n'a pas son origine antérieurement au jugement d'ouverture de la procédure collective, n'est pas soumise aux dispositions des articles 47 et 50 de la loi du 25 janvier 1985 ; qu'en conséquence, la société Comptoir du bâtiment peut être poursuivie et condamnée à une sanction pécuniaire (03-D-12)

Enfin, dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des fraises, l'AIFLG (Association interprofessionnelle des fraises du Lot-et-Garonne) invoquait l'esprit de la loi relative aux nouvelles régulations économiques pour justifier le bien fondé de son action : elle soutenait que le marché de la fraise, connaissant des difficultés spécifiques, la réglementation applicable aux crises agricoles au moment des faits était inadaptée alors que des décisions devaient être prises dans l'urgence, ainsi que l'a reconnu le Parlement en modifiant la loi sur ce point. À cet égard, le Conseil de la concurrence a fait une application classique de la loi dans le temps en considérant que les dispositions de ladite loi étaient intervenues postérieurement à la mise en œuvre des pratiques reprochées à l'AIFLG et à ses membres, de sorte qu'il était vain de les invoquer pour justifier ces pratiques (03-D-36).

- **Les caractéristiques de nature à aggraver la sanction**

Les caractéristiques de nature à aggraver la sanction sont les suivantes :

– le rôle d'animateur dans la conception et la réalisation de la pratique anticoncurrentielle (03-D-46, 03-D-54) ;
– le fait pour un syndicat d'avoir mis en œuvre des pratiques anticoncurrentielles afin d'apaiser les conflits entre ses membres fondateurs au lieu d'assurer la défense matérielle et morale de toutes les entreprises du secteur (03-D-54) ;
– le fait pour une entreprise de s'associer de façon active à la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle (03-D-54) ;
– le fait que l'entreprise a menacé ses concurrents de mesures de rétorsion en cas de non-respect de l'entente (03-D-47) ;
– le fait que les entreprises auteurs des pratiques ne pouvaient ignorer le caractère anticoncurrentiel de leurs comportements ou qu'elles aient commis ces pratiques de propos délibéré (03-D-43, 03-D-46, 03-D-47, 03-D-68) ;
– le fait que l'entreprise ayant mis en œuvre les pratiques anticoncurrentielles soit en monopole sur le marché pertinent (03-D-35) ;
– le fait que les entreprises participant à l'entente sur les prix soient des entreprises de grande distribution se présentant comme des enseignes ayant des politiques de prix agressives (03-D-45) ;
– le fait que l'AIFLG (Association interprofessionnelle des fraises du Lot-et-Garonne) regroupait 85 % des professionnels du secteur en Lot-et-Garonne et avait répété ces pratiques au cours des années 1998 et 1999, alors même que la production des fraises en cause était déterminante pour la définition de la campagne en France et que la fraise était un produit de grande consommation (03-D-36).

• **Les caractéristiques de nature à justifier une sanction allégée ou nulle**

Les caractéristiques de nature à justifier une sanction allégée ou nulle sont les suivantes :

– le fait que les NMPP déclarent une perte de 200 millions de francs annuelle dans la distribution des quotidiens, alors qu'aucune autre entreprise n'assure la distribution des quotidiens, et un surcoût de la masse salariale de 400 millions de francs dû au monopole du syndicat du livre (03-D-09) ;
– le fait que la clause d'exclusivité litigieuse a disparu et qu'il n'est pas établi de dommage à l'économie (03-D-21) ;
– le fait que l'entreprise soit soumise à des menaces de rétorsion par les autres membres de l'entente (03-D-47) ;
– le fait qu'il n'est pas démontré que la pratique ait eu un effet sensible sur le marché (03-D-03, 03-D-04, 03-D-12) ;
– le fait que, malgré le caractère prohibé des moyens utilisés, l'objectif poursuivi par le barreau, au travers de l'obligation imposée aux avocats d'adhérer à l'assurance collective des trois risques susvisés, résidait dans la recherche d'une protection toujours plus complète de l'intérêt du justiciable ou de l'avocat lui-même (03-D-03 et 03-D-04) ;
– le fait que la pratique a cessé, suite à la visite de l'enquêteur de la DGCCRF et que les dirigeants de l'entreprise se sont engagés à porter à la connaissance des personnes ayant qualité pour pourvoir aux obsèques la liste des opérateurs concurrents de sorte que la pratique a eu un effet limité dans le temps (03-D-15).

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 (03-D-07, 03-D-15, 03-D-36).

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 (03-D-46, 03-D-54, 03-D-68).

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.

- **La pluralité d'activités**

Le Conseil de la concurrence n'a pas eu à statuer sur cette question en 2003.

- **L'absence d'identité entre la personne juridique et l'entité économique**

Le Conseil de la concurrence a appliqué cette année les principes relatifs à l'imputabilité des pratiques, tels qu'ils ont été exposés dans le rapport annuel du Conseil de la concurrence en 2002, selon lesquels, en cas de modification de la situation de l'entreprise ou en cas de disparition, les pratiques doivent être imputées à la personne morale auteur des pratiques si elle existe toujours ou à la personne morale lui ayant succédé si elle a disparu (03-D-01, 03-D-07, 03-D-10, 03-D-12,03-D-35).

La décision la plus intéressante sur ce point, en 2003, est la décision 03-D-10 relative à des pratiques relevées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille. En effet, la société Eurovia, qui a succédé à la SNC Cochery Bourdin Chausse, avait demandé au Conseil de la concurrence d'écarter les décisions prises antérieurement par la Commission de la concurrence, le Conseil de la concurrence, la cour d'appel de Paris et la Cour de cassation, sanctionnant la société Cochery, d'une part, et Bourdin Chausse, d'autre part, pour des pratiques d'ententes anticoncurrentielles, à titre de facteur aggravant la sanction de la société Eurovia dans la présente affaire. Eurovia estimait que la société SNC Bourdin Chausse, à laquelle elle avait succédé, avait été immatriculée après les décisions de la Commission de la concurrence et du Conseil de la concurrence, et que les faits examinés par ailleurs, s'étaient produits avant cette immatriculation de sorte que les pratiques déjà sanctionnées avaient été mises en œuvre par une autre société que celle mise en cause dans la présente affaire.

Néanmoins, le Conseil a rejeté cette demande en estimant 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, à celle qui assure en fait sa continuité économique et fonctionnelle, à savoir en l'espèce, la société Eurovia (03-D-10).

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 sanction 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.

Exemple de publications

Dans l'affaire relative aux comportements de sociétés du groupe L'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux, le Conseil a ordonné aux sociétés Carboxyque française, Air liquide santé international et Air liquide santé France, de publier les parties II, titres B à G (points 115 à 174 inclus) et III (points 181 à 193 inclus) de la décision, ainsi que le dispositif de celle-ci, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires, dans un quotidien d'information économique générale, *Les Échos*, et dans une publication particulièrement destinée aux pharmaciens hospitaliers, *Le Moniteur hospitalier* (03-D-01).

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales, le Conseil a ordonné la publication de la partie II de la décision dans la *Gazette des communes* (03-D-07).

Dans l'affaire relative à des pratiques constatées sur le marché de la distribution de la presse, le Conseil a enjoint aux NMPP de faire publier les parties B et C de la décision dans le quotidien *La Tribune* (03-D-09).

Dans l'affaire relative à des pratiques relevées lors d'un appel d'offres lancé par le port autonome de Marseille, le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés Guigues, SNEF et Eurovia, de faire publier la partie II de la décision et le dispositif, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires prononcées à leur encontre, dans une édition de la revue *Le Moniteur des travaux publics* (03-D-10).

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des escaliers préfabriqués en béton, le Conseil a ordonné la publication de la partie II de la décision et le dispositif, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires infligées aux entreprises, dans une édition de l'hebdomadaire *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment* et dans *La Revue technique du bâtiment* (03-D-12).

Dans l'affaire relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices scolaires, le Conseil a ordonné aux sociétés Texas Instruments France et Noblet, de publier la partie II de la décision dans la revue *Que Choisir* et dans le quotidien *Le Monde* (03-D-45).

Dans l'affaire relative aux pratiques mises en œuvre par le CNPA (Centre national des professions automobiles), le Conseil a enjoint la publication de la partie II de la décision et du dispositif dans la revue *Auto Journal* et dans le quotidien *Le Républicain Lorrain* (03-D-68).

Voir aussi 03-D-35 ou 03-D-47.

Motifs de l'injonction de publier

- **Informer les professionnels du secteur**

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des escaliers préfabriqués en béton, le Conseil a considéré qu'il fallait rappeler aux professionnels du bâtiment le caractère illicite des pratiques d'entente, ainsi que les sanctions prononcées à l'encontre des entreprises qui s'y prêtent. Il a donc ordonné aux entreprises concernées de publier la décision

dans l'hebdomadaire *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment* et dans *La Revue technique du bâtiment* (03-D-12).

Dans sa décision relative aux pratiques mises en œuvre par les laboratoires Sandoz, devenus Novartis dans le secteur hospitalier, le Conseil a considéré que pour que soient respectées les règles concurrentielles applicables aux collectivités publiques, il était nécessaire de renforcer la vigilance des responsables de la gestion du système hospitalier, en général, et particulièrement des pharmaciens d'hôpitaux, en les informant complètement sur ces pratiques. En conséquence, le Conseil a ordonné la publication de la décision dans la revue *Le Moniteur hospitalier* (03-D-35 – voir également décision 03-D-01).

- **Informer les collectivités locales**

Dans sa décision relative aux pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales, le Conseil a estimé qu'il était nécessaire, compte tenu de la nature des pratiques mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres lancés par les collectivités locales, de leur extension géographique et de leur généralité, d'informer les principaux intéressés en ordonnant la publication de la décision dans la *Gazette des communes*.

- **Informer les consommateurs**

Dans l'affaire relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices scolaires, le Conseil a considéré qu'il était important de porter à la connaissance des consommateurs et des enseignants, les pratiques des sociétés Texas Instruments France et Noblet et des distributeurs en cause ainsi que les engagements pris par les sociétés Texas Instruments France et Distributeurs Associés. Aussi, a-t-il ordonné la publication de la partie II de la décision dans le magazine *Que Choisir* et dans le quotidien *Le Monde* dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision (03-D-45).

Transmission au ministre de l'Économie

Aucune application en 2003.

Transmission du dossier au procureur de la République

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des escaliers préfabriqués en béton, le Conseil a rappelé qu'aux termes de l'article L. 420-6 du Code de commerce applicable à l'époque des faits : « *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 en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2.* »

En l'espèce, le Conseil a estimé que plusieurs éléments font état de la participation active et personnelle de certains responsables des sociétés concernées. Il a donc décidé d'adresser l'ensemble du dossier au procureur de la

République près le tribunal de grande instance de Versailles, l'hôtel Ibis de Mantes-la-Jolie ayant abrité au moins l'une des réunions du « club escaliers » de la région parisienne.

Transmission du dossier à la commission d'examen des pratiques commerciales

Dans l'affaire relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra, le Conseil de la concurrence a prononcé un non-lieu dans la mesure où les pratiques relevées (renégociation des accords de référencement, alignement de la compensation financière sur les conditions les plus favorables, déréférencement) n'étaient pas susceptibles de porter atteinte au jeu de la concurrence. En revanche, le Conseil a considéré que ces pratiques, constatées à l'occasion de la création d'une centrale de référencement commune par deux groupes de distribution, pouvaient relever de la compétence de la commission, tant en ce qui concerne leur conformité à d'autres branches du droit, qu'en tant qu'illustration de l'évolution des pratiques commerciales que cette commission a pour mission d'observer. En conséquence, il est apparu au Conseil que sa présidente pourrait envisager l'opportunité de saisir la commission d'examen des pratiques commerciales du dossier (03-D-11).

Jurisprudence de la cour d'appel et de la Cour de cassation

Jurisprudence de la cour d'appel

Au cours de l'année 2003, la cour d'appel de Paris, statuant sur des recours exercés contre les décisions du Conseil, a rendu trente-cinq arrêts (dans trois affaires, la cour d'appel était saisie après cassation), dont vingt statuant au fond :

– dans huit affaires, la cour a confirmé purement et simplement les décisions du Conseil en rejetant les recours ;
– dans cinq affaires, elle a partiellement réformé les décisions du Conseil tout en confirmant son analyse au fond : dans trois affaires, elle a réduit les sanctions (ou certaines sanctions) prononcées (une fois, après annulation de la décision pour un motif de procédure et évocation) ; dans un autre cas, elle a modifié la formulation de la mesure conservatoire ; dans le dernier cas, elle a réformé la décision en ce qu'elle avait prononcé une sanction à l'encontre d'une entreprise mise en liquidation judiciaire postérieurement à la décision du Conseil ;
– la cour a annulé cinq décisions (une affaire, concernant une demande de mesures conservatoires, est renvoyée devant le Conseil) et en a réformé totalement trois (dans un cas, après annulation) ; trois décisions ont fait l'objet d'une réformation partielle touchant au fond de l'affaire (dans un cas, après annulation) ;
– la cour a en outre, prononcé trois arrêts d'irrecevabilité, un arrêt avant dire droit instituant une mesure de médiation, un arrêt entérinant l'accord intervenu au terme de cette médiation, quatre arrêts ordonnant la réouverture des débats, trois arrêts rectificatifs et deux arrêts constatant le dessaisissement de la cour suite au désistement des requérants.

Sur la procédure

Sur l'enquête administrative

Sur la mention préimprimée de l'objet de l'enquête

Dans l'arrêt rendu le 14 janvier 2003 (SA Bouygues), la cour confirme la jurisprudence bien établie sur la valeur probatoire de la mention préimprimée

de l'objet de l'enquête sur les procès-verbaux (*cf.* Cour de cassation, 20/11/2001, Bec Frères).

Sur la mise en œuvre de l'enquête « lourde »

Dans l'arrêt rendu le 14 janvier 2003 (SA Bouygues), la cour rappelle que la contestation relative à l'accès à la requête aux fins de visite et de saisie et aux pièces produites à son appui, relève du contentieux réservé au président du tribunal de grande instance par l'article L. 450-4 du Code de commerce, en ce qu'elle touche à la régularité de l'autorisation délivrée par lui. La cour est, en revanche, compétente pour apprécier la régularité des opérations de visite et de saisie effectuées par l'administration au regard du champ de l'autorisation judiciaire donnée. À cet égard, la cour considère comme valablement saisies, des pièces qui, prétendument, n'entraient pas dans le cadre des autorisations judiciaires, en retenant que les ordonnances du président du TGI comportaient une formule assez large et que les pièces litigieuses n'étaient pas étrangères aux autorisations accordées, puisqu'elles étaient susceptibles de limiter la concurrence, par un jeu de compensations réciproques, entre les mêmes sociétés et à la même époque, sur des marchés individualisés.

Dans l'arrêt du 25 novembre 2003 (SAS Prefall), la cour précise que « *si l'article L. 450-4 du* Code de commerce *impose à l'administration de joindre à sa demande (...) tous les éléments d'information en sa possession de nature à justifier la visite, il ne lui fait pas obligation de produire tous les éléments en sa possession au jour de la demande* ». Il appartient dès lors à l'administration d'apprécier quels sont les documents de nature à amener le juge à accorder l'autorisation sollicitée – au risque de voir rejeter sa demande si ces documents ne sont pas jugés suffisamment probants – sans que la sélection qu'elle opère puisse être qualifiée de déloyale.

Sur le déroulement de l'enquête administrative

Aucune disposition légale ou réglementaire n'exige la transcription des questions dans les procès-verbaux d'audition et la preuve d'une atteinte au principe de loyauté ne peut résulter de cette seule absence de transcription (arrêt 25/11/2003, SAS Prefall).

Sur la compétence du Conseil

Dans l'arrêt du 2 juillet 2003, Régie départementale des transports de l'Ain (RDTA), la cour précise que si les juridictions de droit commun – judiciaires et administratives – sont seules compétentes pour apprécier la validité des actes de droit privé ou des actes administratifs et éventuellement les annuler, cette compétence de l'annulation n'enlève rien à celle des autorités de concurrence pour apprécier et sanctionner, en application de l'article L. 462-6 du Code de commerce, les pratiques contraires aux articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce.

Dans l'arrêt SARL Holopanoragramme du 25 novembre 2003, la cour a confirmé l'incompétence du Conseil pour apprécier la régularité d'un refus

opposé par l'établissement Aéroports de Paris à la société Holopanoragramme pour l'implantation d'un mode de diffusion publicitaire sur le domaine public : « *Un tel refus ne constitue pas un acte de pur droit privé détachable des attributions de service public appartenant à l'établissement ; (...) il constitue au contraire une décision par laquelle une personne publique assure la mission de gestion du domaine public qui lui est confiée, au moyen de prérogatives de puissance publique* ».

Sur la procédure suivie devant le Conseil

Sur la jonction de saisines

Dans l'arrêt rendu le 14 janvier 2003 (SA Bouygues), la cour rappelle que la jonction de plusieurs saisines constitue une mesure non susceptible de recours, observant qu'en l'espèce, aucune atteinte aux droits de la défense n'a pu en résulter pour les parties qui ont eu la faculté de s'expliquer sur les faits reprochés.

Sur la saisine d'office

Dans l'arrêt Compagnie générale des eaux du 18 février 2003, la cour estime que la circonstance que le Conseil se soit saisi d'office n'implique pas « *en soi* » une atteinte au droit à un tribunal impartial. En l'espèce, une telle atteinte n'est pas caractérisée, l'avis rendu par le Conseil et se trouvant à l'origine de la saisine d'office, ne s'apparentant pas à un préjugement.

Dans son arrêt du 27 mai 2003 (Chambre syndicale des entreprises de déménagements), la cour retient que la faculté pour le Conseil de se saisir d'office résulte de la loi « *et se justifie par sa qualité d'autorité indépendante chargée de veiller au bon fonctionnement des mécanismes du marché* ». Elle rappelle (*cf.* 27/11/2001 CNCA) que le Conseil n'est pas tenu de rendre compte des circonstances qui le conduisent à se saisir d'office.

Sur la signature et la datation des notifications de griefs et des rapports

La loi du 12 avril 2000 relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec l'administration, qui exige que les actes administratifs soient datés et signés, n'est pas applicable à la notification de griefs et au rapport. L'identité de l'auteur de ces actes et leur date résultent amplement des mentions qui y sont portées ainsi que des lettres par lesquelles ils ont été transmis aux parties (arrêt SNR Roulements du 17/06/2003).

Sur la notification de griefs complémentaires

Dans son arrêt SNR Roulements du 17 juin 2003, la cour rejette l'argumentation des requérantes, selon laquelle la notification de griefs complémentaires était irrégulière. Les requérantes faisaient en effet valoir que, dès lors que le rapporteur y reprenait un grief expressément écarté dans la notification initiale, celle-ci devait par conséquent être considérée comme une proposition de non-lieu de ce chef sur laquelle le Conseil devait préalablement se prononcer. Il était prétendu, en outre, que la reprise du grief dans la notification

complémentaire, alors qu'aucun élément nouveau n'était intervenu, avait porté atteinte aux droits de la défense et constituait une violation de l'article 6 de la CEDH (« *Tout accusé a droit à être informé... d'une manière détaillée, de la nature et de la cause de l'accusation portée contre lui...* ») et de l'article 14 du Pacte international relatif aux droits civils et politiques (qui pose le principe de non auto-incrimination). La cour considère que le principe du contradictoire a été pleinement respecté, dès lors que le grief complémentaire a été « *notifié en des termes précis* » avec l'indication des « *éléments de preuve sur lesquels il était fondé* » et que les entreprises ont pu s'expliquer à la suite de la notification complémentaire et du rapport. Elle relève, en outre, que les sociétés ne justifiaient pas de ce que les observations et pièces produites par elles à la suite de la notification de griefs initiale avaient été utilisées à leur encontre.

Sur le respect du principe de la contradiction

Dans l'arrêt rendu le 14 janvier 2003 (SA Bouygues), la cour rappelle que la procédure contradictoire n'est ouverte qu'à partir de la notification de griefs, cet acte marquant le début de la phase procédurale au cours de laquelle les parties peuvent consulter le dossier, demander l'audition de témoins – le rapporteur et le Conseil demeurant cependant maîtres de la conduite de ces investigations – présenter des observations (à la suite de la notification de griefs et du rapport), consulter le dossier avant la séance et enfin, présenter des observations orales en séance. Elle précise en outre, que le fait qu'une entreprise n'ait pas été l'objet d'investigations pendant l'enquête et l'instruction, et alors qu'il n'y a pas d'obligation légale à cet égard, n'affecte pas la régularité de la procédure, dès lors qu'à compter de la notification de griefs et lors des différentes phases de la procédure, cette entreprise a été mise en mesure de faire valoir ses observations en temps utile. Le même arrêt précise qu'aucun texte ne prévoit, à peine de nullité, la mention, dans le rapport, des éléments susceptibles d'être retenus pour déterminer le montant de la sanction.

Dans l'arrêt SNR Roulements du 17 juin 2003, la cour observe que le rapport contient les éléments servant à la détermination des sanctions, que les entreprises ont été à même de discuter, tant dans leurs observations écrites que dans leurs explications en séance (*cf.* notamment Cour de cassation 13/03/2001 Entreprise Jean Lefebvre, cour d'appel 27/11/2001 CNCA) ; et que le Conseil n'est lié, en ce qui concerne la détermination des sanctions, ni par les propositions du commissaire du Gouvernement, ni par celles du rapporteur.

Dans l'arrêt RDTA du 2 juillet 2003, pour repousser l'argumentation des requérantes, selon laquelle les droits de la défense avaient été méconnus dans la mesure où les observations écrites du commissaire du Gouvernement leur avaient été communiquées tardivement et ne comportaient aucune référence au chiffre d'affaires, si bien qu'aucune discussion n'avait pu avoir lieu en séance sur les sanctions, la cour retient que les sociétés ont été régulièrement informées de la possibilité, prévue par l'article L. 463-2 du Code de commerce, de consulter les mémoires en réponse au rapport dans les quinze jours précédant la séance et qu'elles ont donc eu tout le temps de

prendre connaissance des observations du commissaire du Gouvernement avant la séance.

Le fait que le rapporteur dispose, pour répondre aux observations des parties, d'un délai supérieur à celui de deux mois dont bénéficient celles-ci pour déposer leurs observations, est justifié par la charge qui lui incombe de traiter la totalité de la procédure et de répondre aux observations de l'ensemble des parties (14 janvier 2003, SA Bouygues).

Dans l'arrêt du 25 novembre 2003 (SAS Prefall), la cour estime que les requérantes ne démontrent ni que les pratiques présentaient une complexité justifiant l'octroi d'un délai supplémentaire, ni que le refus de la présidente du Conseil de leur octroyer un tel délai les avait empêchées d'organiser utilement leur défense.

Dans le même arrêt, la cour rappelle que « *l'audition de témoins est une faculté laissée à l'appréciation du Conseil de la concurrence eu égard au contenu du dossier* ». Elle relève qu'en l'espèce, la confrontation demandée par les sociétés ne s'imposait pas et qu'en toute hypothèse, les déclarations contestées avaient été soumises au contradictoire, tant devant le Conseil que dans le cadre du recours.

Sur l'instruction par un rapporteur ayant participé à l'enquête administrative

Dans l'arrêt du 24 juin 2003 (Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts), la cour a estimé qu'il était indifférent que l'enquête ait été effectuée par l'agent chargé du rapport devant la formation de jugement, puisque ce rapporteur n'avait pas participé au délibéré et que l'impartialité du Conseil avait donc été préservée.

Sur l'instruction par un même rapporteur d'une procédure d'avis et d'une procédure au fond concernant des faits identiques

Dans l'arrêt du 27 mai 2003 (Chambre syndicale des entreprises du déménagement), la cour considère de même que l'intervention du même rapporteur pour l'instruction de l'avis et du dossier au fond n'implique aucune atteinte aux droits fondamentaux garantis par la CEDH, d'autant, au surplus, que les principes de la séparation des fonctions d'instruction et de jugement, du contradictoire et des droits de la défense ont été pleinement respectés.

Sur la conduite de l'instruction par le rapporteur

Le fait que la notification de griefs, puis le rapport, n'aient pas cité tous les faits et documents non retenus comme indices des pratiques anticoncurrentielles, ne peut faire grief aux entreprises, celles-ci ayant eu accès à l'ensemble de la procédure (14 janvier 2003, SA Bouygues).

Le fait que le rapporteur ait procédé par renvoi en désignant, dans son rapport, les indices retenus à charge par des numéros renvoyant à des pièces mentionnées dans la notification de griefs, afin d'alléger son exposé, ne porte pas atteinte à l'exigence d'individualisation et de motivation des griefs et au principe de la contradiction, dès lors que ces indices « *avaient fait l'objet d'une analyse complète et circonstanciée dans la notification de*

griefs » et que les parties avaient eu la possibilité de présenter toutes observations écrites sur la notification de griefs et le rapport, ainsi que toutes observations orales en séance (14 janvier 2003, SA Bouygues).

Sur le cumul par le Conseil des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement

Dans l'arrêt SA Bouygues rendu le 14 janvier 2003, la cour rappelle que le cumul par le Conseil des fonctions de poursuite, d'instruction et de jugement n'est contraire aux dispositions de la Convention que lorsque « *dans les modalités concrètes de sa mise en œuvre* », il porte atteinte au droit à un procès équitable. La saisine du Conseil (par le ministre) ne constitue pas un acte d'accusation au sens de la CEDH – et n'a donc pas à être communiquée aux entreprises mises en cause dès sa réception – pas plus que la décision du Conseil de ne pas déclarer la saisine irrecevable et d'en confier l'instruction à un rapporteur. Par ailleurs, le cumul des fonctions d'investigation et de commissaire du Gouvernement au sein de la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ne porte pas atteinte au droit à un procès équitable, cette administration, extérieure au Conseil, n'étant pas associée à l'élaboration de la décision.

Il convient de rappeler que dans cette espèce, l'arrêt de la cour d'appel confirmant la décision du Conseil avait été annulé par la Cour de cassation, à cause de la présence du rapporteur au délibéré du Conseil et que, sur renvoi de la Cour de cassation, la cour d'appel devait statuer à nouveau sur le fond de l'affaire à partir de l'instruction réalisée par le rapporteur. La cour estime que les entreprises requérantes ne peuvent se prévaloir ni de l'absence d'impartialité de l'instruction ni du défaut d'indépendance du rapporteur, du fait que celui-ci est nommé par le président et qu'il instruit « *en étant habité par la considération de sa présence future au délibéré de la décision du Conseil* ». Elle considère que l'équilibre de la procédure est assuré par les dispositions donnant aux entreprises la faculté de présenter des observations, de consulter le dossier et de demander des auditions à décharge, que « *l'autonomie du rapporteur est assurée par le fait qu'il dispose du pouvoir propre d'orienter l'enquête administrative... ainsi que de celui d'instruire le dossier, avec les mêmes pouvoirs que les enquêteurs* » et, enfin, que les entreprises, qui peuvent répliquer aux écrits du rapporteur, ne démontrent pas en quoi la circonstance que ce dernier instruirait dans le souci de la décision future du Conseil porterait atteinte aux droits de la défense.

La cour précise encore « *qu'il ne saurait être tiré argument des modifications de la procédure introduites par la loi* [NRE qui a mis fin notamment à la désignation du rapporteur par le président du Conseil], *pour soutenir que les textes anciens étaient contraires à la Convention alors que les entreprises requérantes* [n'avaient] *apporté aucun élément concret de nature à établir que la mise en œuvre desdites dispositions avaient nui à leurs intérêts* ». Les compétences administratives du président, purement formelles, telles que définies par l'ordonnance du 1er décembre 1986, ne sont pas constitutives d'une immixtion de l'autorité de jugement dans le cours de l'instruction, dès lors qu'elles ne permettent pas au président d'orienter les poursuites.

Dans l'arrêt rendu le 4 février 2003 (Sogec Gestion), la cour écarte le moyen par lequel il était soutenu que la désignation du rapporteur par la présidente, selon les modalités de l'ancien article 50 de l'ordonnance de 1986, aurait dû être régularisée, après l'entrée en vigueur de la loi NRE, par la désignation d'un nouveau rapporteur par le rapporteur général.

Dans l'arrêt rendu le 14 janvier 2003 (SA Eurovia), la cour d'appel qui était invitée par la Cour de cassation (16 mai 2000, société Toffolutti) à rechercher si la note jointe à la demande d'enquête adressée par la présidente du Conseil à la DGCCRF n'émanait pas du rapporteur, alors même qu'elle ne comportait aucune mention permettant d'identifier formellement son auteur, a estimé que cette note, à laquelle la lettre de la présidente se référait et qui détaillait les informations demandées, avait été établie par le rapporteur préalablement désigné pour instruire le dossier et auquel les services d'enquête étaient invités à communiquer les renseignements attendus.

Sur la participation de mêmes membres du Conseil aux délibérés de la décision de mesures conservatoires et de la décision au fond concernant une même affaire

Dans l'arrêt du 4 février 2003 (SA Sogec Gestion), la cour d'appel a jugé que le fait que deux membres du Conseil aient délibéré sur l'affaire au fond, alors qu'ils avaient précédemment siégé dans la formation qui avait statué sur une demande de mesures conservatoires, n'était pas de nature à porter, en soi, atteinte au principe d'impartialité. La cour, après avoir énoncé que l'exigence d'impartialité doit s'apprécier objectivement, a estimé qu'à l'examen des termes de la décision sur les mesures conservatoires, celle-ci ne s'apparentait pas « *à un pré-jugement* » puisque, à aucun moment, le Conseil ne s'y prononçait au fond. Elle a conclu qu'en l'espèce, l'analyse « *de la recevabilité et des conditions requises pour l'application de mesures conservatoires, effectuée* "dans l'attente de la décision du Conseil sur le fond" *(...) ne permet pas de mettre en doute l'impartialité des deux membres (...) ayant également délibéré sur le fond de l'affaire* ». En cela, la cour d'appel s'est démarquée de la position adoptée par la Cour de cassation dans l'arrêt Unibéton du 9 octobre 2001, selon laquelle le Conseil s'étant « *prononcé sur le caractère prohibé d'une partie des faits qui lui étaient dénoncés dans la procédure de mesures conservatoires* », 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.

Sur la participation de mêmes membres du Conseil aux délibérés d'un avis et d'une décision au fond concernant des faits identiques

De la même façon, dans l'arrêt Compagnie générale des eaux du 18 février 2003, la cour d'appel a écarté le moyen de nullité tiré de la présence dans la formation statuant sur l'affaire au fond, de quatre membres du Conseil qui avaient précédemment délibéré sur un avis concernant des faits identiques. Rappelant que l'exigence d'impartialité doit s'apprécier « *objectivement* », la cour observe qu'« *aucun des termes de l'avis rendu le 31 mai 2000 (...) ne s'apparente à un pré-jugement* » puisque, notamment, le Conseil s'abstient de déterminer la dimension du marché pertinent qu'il conviendrait de retenir

dans le cadre d'une saisine contentieuse, que la création d'entreprises communes par deux opérateurs économiques et la durée des conventions de délégation sont analysées « *de manière générale* », « *sans qu'aucune des sociétés mises en cause dans la décision attaquée soit citée* » et, enfin, que les conclusions de cet avis, qui reprennent celles d'un précédent avis rendu par la Commission de la concurrence, se bornent à émettre des recommandations aux entreprises sans en citer aucune. Dans ces conditions, l'impartialité des membres du Conseil ayant préalablement délibéré sur l'avis, ne peut être mise en cause.

Dans l'arrêt du 24 juin 2003 (Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts), la cour a affirmé que « *si l'exigence d'impartialité, qui doit s'apprécier objectivement, fait obstacle à ce que certaines personnes exercent successivement, à propos des mêmes décisions, des fonctions consultatives et juridictionnelles, elle n'interdit pas en revanche qu'un même organisme soit doté de telles prérogatives, dès lors qu'elles sont dévolues à des personnes différentes* ». En l'espèce, elle a estimé que le fait que le Conseil ait antérieurement rendu un avis sur l'étendue du monopole des géomètres-experts n'affectait pas son impartialité dès lors que, au cours de la procédure d'avis, il n'avait porté aucune appréciation sur les pratiques dont il avait ensuite été saisi au contentieux et en toute hypothèse, qu'il avait statué dans les deux affaires dans des compositions différentes.

Sur la publication de communiqués de presse

Dans l'arrêt SNR Roulements du 17 juin 2003, la cour estime que la publication par le Conseil d'un communiqué de presse – qui ne relève d'ailleurs pas de la compétence de la cour, puisqu'il ne constitue pas une mesure de publication au sens de l'article 13 du Code de commerce – « *n'a pu porter atteinte aux droits fondamentaux de l'entreprise devant le Conseil* », dès lors qu'elle est intervenue postérieurement au prononcé de la décision.

Sur le secret du délibéré

Dans l'affaire des carburants sur autoroutes (03-D-17), la cour, dans son arrêt du 9 décembre 2003 (SA Esso), a annulé la décision du Conseil en raison de la violation du secret du délibéré résultant de l'annonce dans la presse, pendant le cours du délibéré, des condamnations et du montant des sanctions qui allaient être infligées aux sociétés : « *(...) toute violation du secret du délibéré constitue un vice entachant la régularité de la décision, tel que sa nullité doit être constatée ; que le secret du délibéré apparaît en effet comme une nécessité d'autant plus impérieuse qu'elle est, au sein d'une collégialité, la garantie de l'impartialité, qui est le cadre de la liberté de discussion et le soutien de l'exigence de sérénité dans l'élaboration de la décision ; que du fait de sa divulgation à la presse avant qu'elle n'ait été notifiée aux sociétés intéressées, la décision en cause du Conseil de la concurrence doit être annulée (...)* ».

Sur le destinataire de la notification de la décision du Conseil

Dans l'arrêt du 17 juin 2003, Transports déménagements Roussel, la cour a rejeté le moyen des requérantes selon lequel la décision qui avait été notifiée

seulement à leur avocat ne leur aurait pas été opposable. La cour relève que dans un courrier adressé au Conseil, l'avocat avait précisé que ses clientes faisaient élection de domicile en son cabinet « *pour les besoins de la présente procédure* » et que les sociétés ne pouvaient, en tout état de cause, justifier d'aucun grief, l'exercice du recours démontrant qu'elles avaient eu connaissance de la décision.

Sur la prescription

Dans son arrêt du 4 juillet 2003 (groupe Camif), la cour a déclaré prescrits les faits sanctionnés par le Conseil dans sa décision 02-D-42 du 28 juin 2002 concernant le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public, et partant, annulé partiellement la décision du Conseil. Le Conseil, après avoir constaté la prescription de six des saisines composant ce dossier, avait considéré non prescrites trois autres saisines en reprenant une analyse adoptée dans une précédente décision (02-D-02, relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'irrigation agricole dans le département du Rhône), tirée de la jurisprudence de la chambre criminelle de la Cour de cassation, selon laquelle des pourvois en cassation introduits par les sociétés mises en cause contre des ordonnances judiciaires autorisant des visites et saisies ont un effet interruptif de prescription.

C'est sur cette analyse que la décision est censurée. La cour estime que les pourvois en cassation introduits contre des ordonnances judiciaires autorisant des visites et saisies « *n'ont pas visé à rechercher, constater ou sanctionner l'existence de pratiques anticoncurrentielles, mais ont eu, au contraire, pour objet de s'opposer à des actes de recherche et de constatations accomplis illégalement ; que de tels pourvois n'ont donc produit aucun effet interruptif* ». Elle considère, par ailleurs, que n'ont pas davantage interrompu la prescription les arrêts subséquents de la Cour de cassation ayant cassé et annulé les ordonnances, « *puisque ces arrêts, loin de tendre à la recherche, la constatation ou la sanction de pratiques anticoncurrentielles, ont fait obstacle à l'utilisation d'investigations irrégulièrement mises en œuvre* » et « *qu'en toute hypothèse* », ces pourvois et ces arrêts ne constituaient pas « *des actes émanant d'autorités de poursuite susceptibles d'emporter un effet interruptif de prescription* ».

La cour repousse également un certain nombre d'arguments développés par les sociétés saisissantes en faveur de l'interruption de la prescription. Elle précise ainsi que les lettres du directeur de la DGCCRF, demandant au président du Conseil de procéder au retrait du dossier des pièces annulées et des rapports établis sur la base des saisies irrégulières, n'avaient pas tendu à la recherche, la constatation ou la sanction de pratiques anticoncurrentielles, « *mais au contraire à la disparition d'actes ayant eu cette finalité* », et qu'aucun effet interruptif de prescription ne pouvait par conséquent être attaché à ces rapports ou à leur transmission. Elle approuve encore le Conseil d'avoir décidé que la séance sur la recevabilité des saisines à l'issue de laquelle aucune décision n'avait été prise, la convocation à cette séance, le jugement de sursis à statuer rendu par le tribunal de commerce dans l'attente de la décision du Conseil ou la transmission d'une notification de

griefs par le Conseil à la cour à la demande de cette dernière dans le cadre d'une procédure civile, n'avaient pas davantage interrompu la prescription.

La cour énonce que « *le fait que la preuve de telles pratiques soit facilitée par les investigations auxquelles sont susceptibles de procéder les autorités de concurrence, ne peut suffire à justifier que soient écartés le droit à l'oubli, la protection contre le dépérissement des preuves, comme au surplus la nécessité de recouvrer la paix sociale lorsqu'un laps de temps important s'est écoulé sans qu'aucune poursuite ait été exercée, qui sont attachés au jeu de la prescription, laquelle est également liée à l'amoindrissement de l'effet préventif des sanctions lié à l'écoulement du temps* ».

Dans l'arrêt du 25 novembre 2003 (SAS Prefall), la cour juge que le recueil de déclarations et de documents, formalisé par un procès-verbal, constitue un acte tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits, interruptif de prescription, puisque les enquêteurs manifestent leur intention de donner suite à ces déclarations en procédant à une enquête sur les faits dénoncés. Il importe peu, dès lors, que cette enquête ne soit pas intervenue immédiatement, que les déclarations soient spontanées et que le procès-verbal n'ait pas été produit à l'appui de la demande d'autorisation judiciaire faite sur le fondement de l'article L. 450-4 du Code de commerce. Les motivations du déclarant sont également indifférentes.

Sur l'imputabilité des pratiques

Dans l'arrêt du 25 novembre 2003 (SAS Prefall), la cour rappelle la jurisprudence bien établie, résultant notamment de l'arrêt Enichem du tribunal de première Instance des communautés européennes (17/12/1991) et de l'arrêt Bec Frères de la Cour de cassation (20/11/2001), selon laquelle la responsabilité des pratiques incombe à la personne morale responsable de l'exploitation de l'entreprise ayant mis en œuvre ces pratiques, tant qu'elle conserve une personnalité juridique, même si les éléments matériels et humains ayant concouru à la commission des pratiques ont été cédés.

Sur la procédure suivie devant la cour d'appel

Sur le respect du double degré de juridiction

Il ne peut être soutenu que la cour d'appel ne constitue pas un double degré de juridiction au motif que le Conseil est une autorité administrative indépendante, et non une juridiction : en effet, la cour investie d'un pouvoir de réformation, examine à nouveau les faits – qu'elle a le pouvoir de requalifier et d'apprécier différemment, tant en ce qui concerne la responsabilité que la proportionnalité de la sanction – et contrôle la motivation de la décision du Conseil (14 janvier 2003, SA Bouygues).

Sur la recevabilité du recours

Dans un arrêt du 11 mars 2003, la cour a déclaré irrecevable le recours formé par *La Poste* et les sociétés Chronopost et TAT contre la décision rendue le

20 février 2002, par laquelle le Conseil avait déclaré la saisine visant ces dernières irrecevable (en raison de l'acquisition de la prescription) pour une partie des faits et renvoyé, pour le surplus, la saisine à l'instruction, estimant qu'il ne disposait pas d'éléments suffisants pour apprécier une éventuelle prescription des autres pratiques dénoncées. *La Poste*, Chronopost et TAT demandaient notamment à la cour de constater la prescription de l'ensemble des faits et de les mettre définitivement hors de cause. La cour a déclaré leur recours irrecevable pour un double motif. Elle a rappelé, d'une part, qu'une décision de renvoi de l'affaire à l'instruction constitue « *une simple mesure interne prise par le Conseil (...) pour poursuivre l'examen d'une affaire dont il entend rester saisi* » et n'entre pas dans la liste des décisions susceptibles de faire l'objet d'un recours, telles qu'elles sont énumérées à l'article L. 464-8 du Code de commerce. Elle a estimé d'autre part, que le recours prévu par ces dispositions, n'est ouvert qu'aux parties « *en cause* » devant le Conseil, soit celles dont la réclamation a été déclarée irrecevable ou rejetée, soit celles qui, à la suite d'une notification de griefs, ont fait l'objet d'une injonction ou d'une sanction pécuniaire. « *Même si les entreprises requérantes ont dû répondre à des demandes d'informations des rapporteurs (...), cette circonstance ne suffit pas à leur conférer la qualité requise pour agir devant la cour d'appel contre une décision qui ne prononce aucune mesure à leur égard* ».

Sur la recevabilité du recours incident du ministre

La jurisprudence de la cour d'appel a connu un revirement au cours de l'année. À la suite de l'arrêt Seco Desquenne rendu par la Cour de cassation le 19 juin 2001, subordonnant la recevabilité du pourvoi du ministre à l'exercice préalable par ce dernier d'un recours devant la cour d'appel, l'usage s'était institué de recours incidents « *purement conservatoires* » par lesquels le ministre, afin de préserver son droit à agir ultérieurement devant la Cour de cassation, demandait la confirmation de la décision du Conseil. Après s'être prononcée en faveur de la recevabilité de tels recours incidents (*cf.* Sogec Gestion 4/02/2003), la cour d'appel a jugé, pour la première fois dans les arrêts SNR Roulements et Transports Déménagements Roussel (rendus le 17 juin 2003), qu'ils étaient irrecevables, en application combinée des dispositions de l'article L. 464-8 du Code de commerce et des articles 2 et 6 du décret du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence, dès lors qu'ils ne tendaient pas à l'annulation ou à la réformation de la décision du Conseil, mais à sa confirmation et au rejet du recours (voir aussi 24/06/2003 Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts, 2/07/2003 RDTA et 4/07/2003 groupe Camif).

Sur le pouvoir d'évocation de la cour d'appel

Dans l'arrêt rendu le 14 janvier 2003 (SA Bouygues), la cour d'appel, statuant après cassation, après avoir annulé la décision du Conseil en raison de la présence du rapporteur et du rapporteur général lors du délibéré, a usé de sa faculté d'évocation, rappelant que « *dans le contentieux de pleine juridiction, institué par l'article L. 464-8 du* Code de commerce*, la cour d'appel, après avoir annulé la décision, a le pouvoir de se prononcer, conformément à*

l'article L. 464-2 dudit code, sur les pratiques dont le Conseil est saisi ; (...) que cette prérogative, qu'elle tient de la combinaison de l'article L. 464-8 précité et de l'article 561 du nouveau Code de procédure *civile, de statuer, en fait et en droit, sur les griefs notifiés, ne saurait être confondue avec le pouvoir de réformation mentionné par L. 464-8 précité, la cour se prononçant à partir des éléments du dossier et sans considération de la décision du Conseil qu'elle a précédemment annulée* ».

Dans un autre arrêt rendu le même jour (SA Eurovia), la cour, après avoir annulé la décision du Conseil ayant prononcé des mesures conservatoires en raison de la présence du rapporteur et du rapporteur général lors du délibéré, a choisi de pas user de sa faculté d'évocation et a renvoyé au Conseil l'examen de la demande de mesures conservatoires présentée par la société Toffolutti.

Dans l'arrêt Aéroports de Paris du 23 septembre 2003, la cour a évoqué l'affaire après avoir annulé la décision en raison de la présence du rapporteur et du rapporteur général lors du délibéré. Elle a statué sur la seule pratique susceptible d'être examinée à la suite de l'arrêt du tribunal des conflits du 18 octobre 1999, qui avait jugé que deux autres pratiques, se rattachant à la gestion du domaine public et à l'usage de prérogatives de puissance publique, échappaient à la compétence du Conseil.

La cour a encore usé de son pouvoir d'évocation après avoir annulé la décision 03-D-17 pour violation du secret du délibéré, dans l'affaire « *des carburants sur autoroutes* » (arrêt SA Esso du 9/12/2003).

Sur les observations écrites du Conseil devant la cour

Dans plusieurs arrêts, la cour d'appel a réaffirmé la possibilité pour le Conseil de présenter des observations écrites à l'occasion des recours formés contre ses décisions (14/01/2003 SA Bouygues, 27/05/2003 Chambre syndicale des entreprises de déménagements et garde-meubles de France, 17/06/2003 SNR Roulements, 17/06/2003 Transports Déménagements Roussel, 25/11/2003 SAS Prefall). Dans certains de ces arrêts, l'exercice de cette faculté que le Conseil tient de l'article 9, alinéa 1er du décret du 19 décembre 1987, est justifié par l'absence d'atteinte portée au droit des entreprises à un procès équitable du fait de la possibilité qu'elles ont de répliquer, par écrit et oralement, aux observations du Conseil. Dans les autres, toutefois, la cour retient la circonstance que le Conseil n'a pas fait valoir d'élément nouveau par rapport à la décision contestée (27 mai 2003 Chambre syndicale des entreprises de déménagements et garde-meubles de France, 25 novembre 2003 SAS Prefall).

Sur le prononcé de mesures avant dire droit et la médiation judiciaire

Saisie d'un recours contre la décision 03-MC-01 du 23 janvier 2003 par laquelle le Conseil avait enjoint, à titre conservatoire et, jusqu'à la décision sur le fond, à la Ligue de football professionnel (LFP), aux sociétés Canal Plus et Kiosque de suspendre les effets de la décision d'attribution des droits de diffusion des matchs de la Ligue 1 de football, prise par le conseil d'administration de la LFP, la cour d'appel a, par un arrêt avant dire droit du 25 février

2003, ordonné une médiation sur le fondement des articles 131-1 et suivants du nouveau Code de procédure civile.

Dans un arrêt du 29 avril 2003, la cour a homologué l'accord auquel sont parvenues les parties. L'accord, annexé à l'arrêt, prévoyait la reconduction pour une durée d'un an (pour la saison 2004/2005) de la situation résultant des accords signés en 1999 et 2000, selon lesquels les droits de diffusion des matchs de Ligue 1 de football étaient répartis entre d'une part les sociétés Canal Plus et Kiosque et d'autre part, les sociétés TPS et Multivision, cette reconduction s'accompagnant d'une revalorisation des droits de 3 % par rapport aux montants antérieurement fixés. L'accord prévoyait, par ailleurs l'organisation par la Ligue de football d'un nouvel appel d'offres pour les saisons 2005/2008 (avec mise en place d'un processus de conciliation en vue de régler d'éventuelles difficultés), ainsi que le désistement des sociétés TPS et Multivision de leur saisine du Conseil.

Sur les recours abusifs

Dans un arrêt du 29 avril 2003, la cour d'appel a estimé manifestement abusif, comme s'inscrivant « *à l'évidence dans une stratégie de harcèlement judiciaire* », le recours, irrecevable par ailleurs, formé par la société Verimedia contre une décision de non-lieu. Celle-ci avait saisi le Conseil de pratiques dont le caractère non anticoncurrentiel avait été affirmé dans une précédente décision dont elle connaissait l'existence. La cour a condamné la requérante au paiement de dommages-intérêts.

Sur le fond

Sur la définition du marché pertinent

Dans l'arrêt du 14 janvier 2003 (SA Bouygues), la cour rappelle que « *chaque marché public passé selon la procédure de l'appel d'offres constitue un marché de référence, résultant de la confrontation concrète, à l'occasion de l'appel d'offres, d'une demande du maître d'ouvrage et des propositions faites par les candidats qui répondent à l'appel* », et précise que « *si cette circonstance permet de délimiter et d'identifier le marché de référence, peuvent néanmoins être sanctionnées en application de l'article L. 420-1 du Code de commerce, non seulement les pratiques anticoncurrentielles affectant exclusivement ce marché, mais aussi l'entente organisée à un échelon plus vaste que chacun des marchés considérés et produisant des effets sur lesdits marchés, en ce qu'elle conduit les entreprises qui y sont présentes à s'en répartir illicitement les parts* ».

Dans l'arrêt Sogec Gestion rendu le 4 février 2003, la cour approuve la définition retenue par le Conseil d'un seul marché du traitement des coupons de réduction composé de deux segments : d'une part, le traitement des coupons résultant d'opérations nationales ou multi-enseignes (pour lequel l'annonceur est un fabricant) et d'autre part, celui des coupons résultant d'opérations mono-enseignes (pour lequel l'annonceur est un distributeur). Elle retient, en outre, que si les concurrents de la société Sogec sont des

entreprises émergentes et ne sont donc pas à même de proposer des « *prestations d'envergure équivalente* », elles ne tentent pas moins d'intervenir sur le même marché et se trouvent donc en concurrence avec elle.

Dans l'arrêt Compagnie générale des eaux du 18 février 2003, la cour approuve encore la délimitation retenue par le Conseil d'un marché national de la gestion déléguée de la distribution de l'eau et d'un marché national de la gestion déléguée de l'assainissement. Elle repousse l'argumentation de la CGE, qui faisait valoir que les opérateurs publics et les régies n'étaient pas pris en compte, que l'impact des opérateurs locaux avait été minimisé et que le Conseil n'avait pas démontré l'existence d'une position dominante collective de la CGE et de la société Lyonnaise des eaux sur le marché national qu'il avait défini, mais seulement sur les zones d'activité de leurs filiales communes, ce qui représentait seulement 10 % du marché national. La cour relève que les trois quarts de l'eau consommée en France sont distribués par la gestion déléguée et que les trois plus grandes entreprises privées présentes (CGE, SLDE, SAUR) interviennent sur l'ensemble du territoire national. Elle considère « *qu'il importe peu que les faits retenus par le Conseil concernent les pratiques d'abstention reprochées aux sociétés CGE et SLDE dans les seules zones d'implantation de leurs filiales communes soit une partie seulement du marché pertinent retenu par le Conseil, dès lors qu'elles-mêmes sont en mesure de répondre directement ou par l'intermédiaire de leurs agences sur l'ensemble du territoire national* ».

Dans l'arrêt du 17 juin 2003 Transports Déménagements Roussel, la cour approuve la délimitation régionale du marché retenue par le Conseil. À la demande de prestations de déménagement de personnels de la marine nationale basés en Bretagne, répond l'offre d'entreprises de dimension locale ou régionale, spécialisées dans ce type de déménagements, de sorte que l'offre et la demande ne pouvaient « *se rencontrer que dans une aire géographiquement limitée par la proximité de l'entreprise avec laquelle le client entre directement en relation pour l'évaluation du cubage du mobilier à transporter et l'établissement du devis préalable à l'exécution du déménagement* ».

La délimitation d'un marché national de la distribution de carburants sur autoroutes a été confirmée dans l'arrêt du 9 décembre 2003 (SA Esso), ainsi que les caractéristiques de ce marché qui avaient été relevées par le Conseil : structure oligopolistique, forte concentration (marché partagé seulement entre les quatre compagnies mises en cause), captivité de la clientèle, niveau de prix élevé, existence d'une « *veille concurrentielle* » entre les pompistes.

Sur les pratiques d'entente

Dans l'arrêt rendu le 4 février 2003 (SNC Suburbaine de canalisation et de grands travaux), la cour réaffirme la jurisprudence selon laquelle « *en matière de marchés publics, la coordination des offres ou l'échange d'informations antérieurement au dépôt des offres caractérise une entente anticoncurrentielle contrevenant aux dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce* » et « *la preuve d'une telle entente peut être rapportée par un faisceau d'indices qui, par leur recoupement, constitue un ensemble de*

présomptions suffisamment graves, précises et concordantes » (*cf.* cour d'appel de Paris 15/06/1999 Solatrag, 20/11/2001 Novelec).

Dans l'arrêt du 18 février 2003 (SA Lyonnaise des eaux), la cour a réformé la décision du Conseil qui, pour caractériser une entente de répartition de marchés publics, avait retenu quatre indices : la reconduction des entreprises attributaires d'année en année ; la répétition par ces entreprises d'un même comportement consistant pour chacune à concentrer ses meilleures offres sur un nombre réduit de lots de façon à ne pas se trouver en concurrence avec d'autres entreprises sur les mêmes lots, sauf exception et hors les cas où elles soumissionnaient en groupement ; la constitution de groupements non justifiés ; l'existence d'une note manuscrite manifestement établie avant les résultats de la consultation par un responsable de la Lyonnaise des eaux faisant apparaître la liste des entreprises admises à concourir et des indications relatives à la constitution de groupements. La cour a écarté les trois premiers indices. En ce qui concerne la reconduction des entreprises, la cour a retenu notamment que les lots changeaient toutes les années (dans leur délimitation géographique, dans l'importance des travaux à effectuer et dans leurs montants), de même que le nombre d'entreprises attributaires. La cour a considéré par ailleurs que la limitation par les entreprises de leurs objectifs, n'était pas établie dès lors, notamment, que les entreprises attributaires étaient les plus compétitives, que les écarts « *souvent minimes* » entre les offres déposées révélaient « *une compétition entre* [les entreprises] *pour la majorité des lots* », que certaines entreprises qui avaient adopté le même comportement sélectif dans la présentation de leurs offres, n'avaient jamais été sélectionnées « *ce qui démontre que le parallélisme de comportement peut être la résultante de décisions identiques mais indépendantes, prises par des entreprises s'adaptant naturellement à un même contexte sur un même marché* ». La cour a estimé qu'il ne pouvait y avoir répartition entre les entreprises dès lors que « *les lots étant de montants différents, les offres formées par une même entreprise pour des lots distincts ne peuvent être comparées et il ne peut y avoir qu'une meilleure offre pour chacun des lots, celle formée par l'entreprise la moins disante* ». Relevant que plusieurs lots avaient donné lieu à plusieurs offres – individuelles ou groupées – inférieures à l'estimation, la cour a retenu finalement qu'il n'était pas établi que les entreprises connaissaient le niveau des estimations administratives, ce qui devait empêcher le Conseil, semble-t-il, de considérer que les entreprises avaient pu sciemment déposer une offre compétitive sur tel marché et des offres non compétitives (de couverture) sur d'autres marchés. En ce qui concerne la constitution des groupements que le Conseil avait estimés non justifiés par la recherche d'une complémentarité technique, la cour a déduit des déclarations recueillies que les groupements étaient motivés par le souci des entreprises de réussir à s'introduire sur le marché ou de chercher une plus grande efficacité, et ce, même si, ultérieurement des entreprises d'un groupement attributaire avaient pu réaliser les travaux individuellement. Cette pratique n'avait donc pas d'objet anticoncurrentiel. Elle a encore relevé que la constitution des groupements n'avait pas entraîné une limitation de l'intensité de la concurrence puisque, si les entreprises attributaires avaient été reconduites, d'autres entreprises – grâce à leur appartenance aux groupements – avaient pu entrer sur le marché et devenir bénéficiaires (pas d'effets). La note manuscrite, enfin, a été écartée comme ne constituant plus dès lors « *qu'un*

indice isolé qui ne serait pas de nature, à lui seul, à apporter la preuve de l'entente ».

Dans son arrêt du 18 mars 2003 (L'Amy), la cour a confirmé sur le fond la décision 02-D-36 par laquelle le Conseil avait retenu la participation d'une quarantaine d'opticiens de l'agglomération lyonnaise et d'un fabricant d'optique à une action concertée dirigée contre un opticien *discounter* qui avait lancé une campagne de publicité faisant état d'importantes réductions de prix sur des marques « *haut de gamme* ». La cour reconnaît le caractère anticoncurrentiel des différentes pratiques sanctionnées par le Conseil :

– la réunion, initiée par quatre des opticiens, au cours de laquelle il avait été décidé d'exercer des pressions à l'encontre de plusieurs fournisseurs du *discounter*, afin de les dissuader de l'approvisionner ;
– les courriers envoyés aux fournisseurs qui reprenaient les formulations arrêtées lors de la réunion ;
– les mesures de rétorsion exercées par les opticiens à l'encontre des fournisseurs qui n'obtempéraient pas.

La cour relève que ces pratiques ont eu un effet au moins potentiellement anticoncurrentiel puisque, si elles n'ont pas empêché l'implantation du *discounter*, elles ont pu avoir pour effet de limiter son expansion et précise que « *l'objet anticoncurrentiel de pratiques accomplies dans le cadre d'une entente tendant à l'élimination d'une entreprise du marché* [est] *caractérisé indépendamment des conséquences immédiates de ces pratiques* ».

Dans son arrêt Chambre syndicale des entreprises de déménagements du 27 mai 2003, la cour a réformé la décision par laquelle le Conseil avait sanctionné la Chambre syndicale des entreprises de déménagement (CSD) et l'Association française de déménageurs internationaux (AFDI) en estimant qu'elles avaient attenté au libre jeu de la concurrence en faisant figurer dans leurs statuts des dispositions qui permettaient un examen arbitraire des demandes d'adhésion, alors que, selon le Conseil, l'adhésion à ces deux organisations était une condition de l'accès au marché. La cour, ayant observé que l'accès à la profession de déménageur faisait l'objet d'un contrôle des pouvoirs publics et qu'un tiers des entreprises du secteur n'adhéraient pas à la Chambre syndicale, a estimé qu'il n'était pas établi que l'adhésion à cette organisation professionnelle ait été une condition de l'accès au marché.

Dans l'arrêt SNR Roulements rendu le 17 juin 2003, la cour a réformé partiellement la décision 02-D-57 en écartant certains griefs. Le Conseil avait sanctionné pour entente six fabricants de roulements à billes, en retenant qu'ils s'étaient concertés pour harmoniser les montants et les dates de hausse de leurs prix bruts, ainsi que leurs taux de remise applicables aux distributeurs ou pour fixer les hausses de prix applicables à plusieurs clients industriels (entente horizontale) ou qu'ils avaient dissuadé leurs revendeurs d'accepter des commandes provenant de clients situés en dehors de leurs zones d'exclusivité territoriale (entente verticale). L'analyse du Conseil est validée partiellement s'agissant de l'entente sur les prix appliqués aux distributeurs. Une entente a été caractérisée, consistant dans des hausses de tarifs similaires entre les sociétés SNR Roulement, INA et SKK, rendues possibles par des échanges d'informations. La cour considère cependant qu'il n'est pas établi

que les échanges d'informations sur les prix aient produit d'effet pour les années 1995, 1996 et 1997 en ce qui concerne les fabricants SNR et SKF et avant 1998 pour la société INA. La décision du Conseil est infirmée en ce qui concerne l'entente verticale (restrictions territoriales au sein du réseau). Deux fabricants avaient été sanctionnés pour avoir refusé leur assistance technique à leurs distributeurs, lorsque ceux-ci procédaient à des ventes passives en dehors de leur zone d'exclusivité, et pour les avoir ainsi dissuadés d'accepter des commandes dans ces zones. La cour considère « *qu'une telle pratique anticoncurrentielle suppose, pour être caractérisée, un accord de volontés exprès entre fabricants et distributeurs ou à tout le moins un acquiescement tacite de la part de ces derniers* », circonstances inexistantes en l'espèce, le Conseil ayant relevé que les distributeurs avaient été contraints. En outre, la cour estime qu'il n'est pas établi que les distributeurs avaient été réellement empêchés de répondre aux sollicitations de clients situés en dehors de leur zones d'exclusivité (les déclarations des distributeurs à cet égard ne sont pas jugées suffisamment probantes et le refus d'assistance technique n'apparaît à la cour vraiment dissuasif que pour des produits très spécifiques).

Dans l'arrêt du 17 juin 2003 (Transports Déménagements Roussel), la cour approuve l'analyse du Conseil qui avait caractérisé des pratiques d'entente consistant en l'établissement de devis de couverture en vue de la fourniture de prestations de déménagement à des militaires de la marine nationale basés en Bretagne.

Dans l'arrêt du 24 juin 2003 (Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts), la cour a confirmé la décision du Conseil en ce qu'elle avait retenu, à l'encontre du Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts et de plusieurs conseils régionaux de cet ordre, une entente visant, au moyen d'une note diffusée au sein de la profession, 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 ils ne bénéficient pas d'un monopole légal et se trouvent en concurrence avec les géomètres-topographes. La cour a estimé, à son tour, que la note ne se bornait pas à un simple rappel de la législation, mais qu'elle constituait un argumentaire destiné à être utilisé auprès de décideurs publics afin de les inciter ou de les contraindre à réserver aux géomètres-experts le monopole de l'ensemble des travaux topographiques. La cour retient que le Conseil supérieur et les conseils régionaux de Lyon et de Montpellier en ont fait usage en intervenant auprès de donneurs d'ordre. Elle relève que cette pratique « *destinée à convaincre faussement les maîtres d'ouvrage de la nécessité de faire appel à des géomètres-experts* » pour l'ensemble des travaux de topographie, a eu pour but ou pour effet de limiter l'accès d'une autre profession à un marché, d'empêcher ou de restreindre le jeu de la concurrence sur celui-ci.

Dans l'arrêt RDTA du 2 juillet 2003, la cour a rejeté le recours contre la décision 02-D-59 par laquelle le Conseil avait sanctionné neuf entreprises de transport de voyageurs ainsi qu'un syndicat professionnel de transporteurs et la Régie départementale des transports de l'Ain pour s'être partagé les marchés et entendus sur les prix, lors de plusieurs réunions, à l'occasion de procédures d'appel d'offres lancées par le Conseil général de l'Ain.

Dans l'arrêt Gan Eurocourtage du 2 juillet 2003, la cour a rejeté le recours introduit par la société Gan Eurocourtage (anciennement CGU courtage) contre la décision de non-lieu du Conseil. Elle avait saisi le Conseil, concernant les conditions dans lesquelles avait été passé un marché public d'assurance par l'Opac de Villeurbanne et les pratiques de la société Groupalpha, courtier traditionnel de l'Opac, qui avait organisé, avant le lancement de l'appel d'offres, une préconsultation des assureurs. Le Conseil avait rappelé la jurisprudence selon laquelle une entente anticoncurrentielle suppose une participation libre et volontaire des entreprises, en toute connaissance de l'objet anticoncurrentiel ou de l'effet potentiellement anticoncurrentiel de la concertation (*cf.* CA 9/092001, SEEE). La cour avalise cette analyse en retenant que « *le comportement unilatéral d'un opérateur économique n'entre pas dans les prévisions* [de l'article L. 420-1] *lequel implique que soit constatée l'expression de la volonté commune des entreprises en cause de se comporter d'une manière déterminée sur le marché considéré* ».

Dans l'arrêt SAS Prefall du 25 novembre 2003, la cour confirme le caractère probant des déclarations et documents retenus par le Conseil pour caractériser une concertation mise en œuvre par des fabricants d'escaliers préfabriqués en béton, lors de réunions d'un « *club escaliers* » organisées sur plusieurs années, afin de fixer les prix et se répartir des marchés, pratique qui a eu un objet anticoncurrentiel et un effet potentiel, voire réel, dès lors que les produits en cause ont enregistré une forte hausse pendant les années concernées.

La cour, dans l'arrêt du 9 décembre 2003 (SA Esso), a écarté toute entente anticoncurrentielle entre les compagnies pétrolières. Le Conseil, saisi par le ministre, avait sanctionné les sociétés Total Fina Elf France, Pétroles Shell, Esso Saf et BP France en estimant que, par l'institution d'échanges d'informations téléphoniques sur les prix entre exploitants de stations-service concurrentes implantées sur autoroutes, les compagnies pétrolières s'étaient entendues pour accroître artificiellement la transparence des prix sur un marché oligopolistique déjà peu concurrentiel, ce qui avait nécessairement favorisé une convergence des prix à la hausse (03-D-17). La cour admet que cette « *veille concurrentielle* » téléphonique a consisté en un « *échange d'informations sur les prix entre les pompistes* » et relève que cet échange d'informations est imputable aux compagnies puisqu'il est établi qu'elles en connaissaient l'existence et qu'elles l'avaient même, pour certaines, encouragé. Toutefois, pour écarter le grief d'entente, elle retient l'absence de démonstration de tout effet sur le marché. Elle estime d'abord que l'échange d'informations n'a pas eu d'effet sur l'alignement de ces prix : l'alignement des prix n'était ni systématique ni parfait et l'« *alignement renforcé* » localement observé « *répond seulement à une logique économique* » entre stations-service rapprochées et est « *la conséquence naturelle des caractères propres du marché concerné* », marqué par une forte concentration, l'inélasticité de la demande, la transparence des prix, la captivité des consommateurs. Elle estime ensuite que l'échange d'informations n'a pas eu d'effet sur l'autonomie des compagnies dans la détermination de leurs prix : si la cour reconnaît que la transmission des informations obtenues par les pompistes auprès de leurs concurrents à leur compagnie respective a bien « *favorisé une mise en œuvre plus rapide des stratégies commerciales* »

adoptées par ces compagnies, elle estime que celles-ci ont néanmoins déterminé leurs stratégies commerciales « *individuellement* », et que l'alignement des prix qui peut résulter des pratiques « *résulte non d'un accord entre sociétés concurrentes mais d'une décision spécifique à chaque compagnie* ». À cet égard, la cour rappelle que « *la constatation d'un parallélisme de comportement, lorsqu'il n'est pas établi que ce parallélisme ne peut s'expliquer autrement que par une entente tacite est insuffisante pour établir l'existence d'une pratique prohibée* ». Cet arrêt a fait l'objet d'un pourvoi en cassation à l'initiative du parquet général.

Sur l'entente entre filiales

La cour a confirmé, dans un arrêt du 18 novembre 2003 (Signaux Laporte), la décision 03-D-07, par laquelle avaient été sanctionnées plusieurs sociétés fabriquant ou commercialisant des panneaux de signalisation routière, qui avaient échangé des informations avant le dépôt de leurs offres, pour se répartir des marchés passés par des collectivités locales, au moyen d'offres de couverture. La cour a approuvé le Conseil d'avoir rappelé la jurisprudence constante, selon laquelle le droit des ententes n'est pas applicable, en principe, aux accords conclus entre des entreprises ayant entre elles des liens juridiques et financiers et dépourvues d'autonomie commerciale et financière, et d'avoir retenu que « *en revanche, si de telles entreprises* [celles ayant entre elles des liens juridiques et financiers] *déposent plusieurs offres, la pluralité de ces offres manifeste l'autonomie commerciale des entreprises qui les présentent et l'indépendance de ces offres, mais si ces offres multiples ont été établies en concertation ou après que les entreprises ont communiqué entre elles, lesdites offres ne sont plus indépendantes. Dès lors le présenter comme telles, trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence. Cette pratique a, en conséquence, un objet ou potentiellement, un effet anticoncurrentiel ; il est par ailleurs sans incidence sur la qualification des pratiques que le maître d'ouvrage ait connu les liens juridiques unissant les sociétés concernées dès lors que l'existence de tels liens n'implique pas nécessairement la concertation ou l'échange d'informations* ». En l'espèce, les requérantes, filiales d'une même société mère, ont manifesté leur autonomie commerciale en déposant des offres séparées, comme des entreprises concurrentes. « *Dès lors, quels que soient les liens pouvant exister entre elles, les sociétés (...) étaient tenues de respecter les règles de la concurrence auxquelles elles s'étaient soumises, ce qui excluait qu'elles puissent présenter des offres dont l'indépendance n'était qu'apparente* ». En présentant volontairement des offres séparées, elles ont « *fait naître chez les opérateurs extérieurs (...), une légitime croyance dans leur indépendance et dans la réalité et l'étendue de la concurrence lors de la soumission aux appels d'offres qu'ils organisaient* ».

Sur les pratiques d'abus de position dominante

Sur la position dominante collective

Dans l'arrêt Compagnie générale des eaux du 18 février 2003, la cour avalise l'analyse du Conseil qui avait retenu dans sa décision 02-D-44 du 11 juillet

2002, la détention par la CGE et la Lyonnaise des eaux (SLDE) d'une position dominante collective sur les marchés nationaux de la gestion déléguée de la distribution d'eau et de la gestion déléguée de l'assainissement, dont elles avaient abusé en renonçant à répondre à un certain nombre d'appels d'offres, lorsqu'elles étaient en concurrence avec les entreprises communes qu'elles avaient créées. La cour constate que la part de marché cumulée des deux entreprises, supérieure à 80 %, caractérise à elle seule une position de domination. Elle considère que le caractère conjoint de la domination exercée est démontré par la réunion des différents critères de corrélation et d'unité d'action retenus par le Conseil : liens structurels entre les deux sociétés résultant de « *la création d'entreprises communes disposant de zones d'influence reconnues par l'une et par l'autre de leurs sociétés-mères dont les comportements sont parallèles et prévisibles dans ces zones* », faible pression concurrentielle, caractère homogène du produit eau et inélasticité de la demande, ces éléments venant s'ajouter aux comportements parallèles relevés (les deux sociétés ne créent pas d'agences dans les zones où opèrent leurs entreprises communes et ne soumissionnent que très rarement contre celles-ci).

Sur les abus

Dans l'arrêt Sogec Gestion rendu le 4 février 2003, la cour confirme la décision du Conseil en ce qui concerne les pratiques jugées constitutives d'abus de position dominante mises en œuvre par cette banque de coupons. Elle estime en particulier, que la clause d'exclusivité imposée par la société Sogec à ses clients annonceurs n'est justifiée ni économiquement, ni techniquement, et que si sa durée est théoriquement limitée à un an, l'existence d'une clause tacite de reconduction et les diverses pressions exercées par la société sur ses clients tendent à inciter ces derniers à renoncer à contracter avec d'autres banques de coupons et à laisser jouer la clause de tacite reconduction. En refusant à ses clients annonceurs d'avoir recours parallèlement à d'autres prestataires, la société Sogec ne leur laissait d'autre choix qu'une rupture totale de leurs relations contractuelles avec elle, une telle rupture les exposant au risque de ne pas trouver, auprès d'une concurrence insuffisamment développée, des opérateurs susceptibles d'assurer les prestations attendues.

Dans l'arrêt SA Spinevision du 4 février 2003, la cour, reprenant les critères dégagés par la jurisprudence européenne (affaire ITT Promedia/Belgacom, Commission 21/06/1996 et TPI 17/07/1998), juge que pour que l'exercice d'une action en justice, par une entreprise en position dominante sur un marché, dégénère en abus au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce, « *il faut, d'une part, que l'action, manifestement dépourvue de tout fondement, ne puisse pas être raisonnablement considérée comme visant à faire valoir les droits de l'entreprise concernée, et d'autre part, qu'elle s'inscrive dans un plan visant à empêcher, restreindre ou fausser le jeu de la concurrence sur le marché considéré* ».

Dans l'arrêt Compagnie générale des eaux du 18 février 2003, la cour considère que l'abus par la CGE et la Lyonnaise des eaux de la position dominante qu'elles détenaient conjointement, qui a consisté pour les deux sociétés à ne pas concurrencer leurs filiales communes, est établi. La cour relève en particulier que la CGE n'était pas fondée à invoquer la rationalité économique de

son abstention dans les secteurs d'activité des entreprises communes, compte tenu de l'ampleur des moyens dont elle disposait sur l'ensemble du territoire national. L'objet et l'effet anticoncurrentiel résultent notamment de la limitation du nombre d'offreurs dans les zones d'influence des entreprises communes.

Dans l'arrêt Aéroports de Paris du 23 septembre 2003, la cour d'appel s'est prononcée pour la troisième fois dans l'affaire « *ADP* », après notamment un arrêt du tribunal des conflits (18/10/1999) et un arrêt de la Cour de cassation (12/03/2002) qui l'avait censurée pour avoir jugé que l'arrêt du tribunal des conflits emportait annulation de la décision du Conseil 98-D-34 en toutes ses dispositions ainsi que de l'ensemble de la procédure d'enquête. Elle a retenu l'existence d'un abus de position dominante imputable à ADP sur les marchés des infrastructures et installations de l'aéroport d'Orly. Cet abus avait consisté pour l'établissement public à contraindre de façon discriminatoire la compagnie TAT à utiliser le personnel ADP pour le service d'assistance en escale plutôt que son propre personnel, ce qui ne pouvait être justifié, ni par des contraintes liées à la gestion du service, ni par la durée limitée de la pratique.

Sur l'application de l'article L. 430-9 du Code de commerce

Dans l'arrêt Compagnie générale des eaux du 18 février 2003, la cour valide l'application faite – pour la première fois – par le Conseil de l'article L. 430-9 du Code de commerce en vertu duquel il avait demandé au ministre d'enjoindre aux sociétés en cause de modifier, compléter ou résilier les accords et actes ayant conduit à la constitution de leurs filiales communes. La CGE contestait l'application faite d'office de ces dispositions, lesquelles seraient applicables, selon elle, aux seules concentrations et ne pourraient s'appliquer rétroactivement à des opérations (création de filiales communes) antérieures à l'entrée en vigueur de la loi NRE. Sans répondre au moyen, la cour d'appel relève que l'article L. 430-9 trouve à s'appliquer lorsque le Conseil constate, comme en l'espèce, un abus de position dominante (ces dispositions « *se réfèrent directement* » à celles de l'article L. 420-2 qui concernent des pratiques dont le Conseil était saisi) et estime que la suite qui sera donnée à la demande d'injonction adressée par le Conseil au ministre « *relève de l'appréciation exclusive* » de ce dernier, « *tant dans son principe que dans ses modalités* ». Dans ces conditions, la décision du Conseil ne faisant pas grief à la CGE, son recours en annulation, en ce qu'il est dirigé contre cette partie de la décision du Conseil, est irrecevable.

Sur les mesures conservatoires

Dans l'arrêt du 29 avril 2003 rendu sur le recours formé contre la décision 03-MC-02 relative au secteur des services téléphoniques spéciaux de libre appel et d'appel à coûts partagés, la cour a modifié les mesures conservatoires prononcées par le Conseil à l'encontre de France Télécom. Ces services, qui jusqu'en janvier 1998, étaient proposés exclusivement par France Télécom au moyen de ses « *numéros verts* » (libre appel) et « *numéros indigos* » et « *numéros azur* » (à coûts partagés), sont désormais ouverts à la

concurrence. La saisine de Cégétel intervenait dans un contexte de mise en place de la « *portabilité* » des numéros (*i.e.* la possibilité offerte aux abonnés de changer d'opérateur tout en conservant le même numéro d'appel). Cégétel se plaignait de ce que France Télécom, titulaire des marques « *numéros verts* », « *numéros indigos* » et « *numéros azur* », interdisait contractuellement à ses abonnés l'usage de ces dénominations, dans le cas où ils changeraient d'opérateur, ce qui revenait à les dissuader de quitter l'opérateur historique, compte tenu de la très forte identification de ces marques aux services téléphoniques concernés.

Estimant que ces pratiques étaient de nature à faire obstacle à la pénétration du marché par de nouveaux opérateurs, le Conseil avait enjoint à France Télécom de suspendre l'application de la clause prévoyant la perte du droit d'utilisation des marques de France Télécom, pour les contrats « *numéros accueil* » signés au jour de la décision et qui feraient l'objet d'une résiliation avec portage du numéro de l'abonné chez un opérateur concurrent.

Dans un arrêt du 29 avril 2003, la cour d'appel a entériné l'analyse du Conseil, mais a réduit la portée de la mesure conservatoire, qui revenait selon ses termes « *à contraindre sans restriction pendant la durée de la procédure devant le Conseil (...) le titulaire d'une marque à consentir contre sa volonté à un tiers une licence d'utilisation de cette marque, alors que les pièces de la procédure montrent que l'obstacle essentiel dans l'immédiat à l'application du mécanisme de* "portabilité" *est l'obligation faite aux entreprises de renouveler sans délai l'ensemble de leurs supports de communication, en cessant d'utiliser ceux revêtus des marques appartenant à la société France Télécom* ». La cour a donc confirmé la suspension de la clause mais « *seulement en ce que ladite clause fait obstacle à l'utilisation des supports de communication revêtus d'une marque de la société France Télécom existants à la date du présent arrêt* ».

Sur les sanctions

Sur la gravité des pratiques

Dans l'arrêt du 14 janvier 2003 (SA Bouygues), la cour a estimé que la gravité des faits résultait du nombre et de la qualité des entreprises ou groupes d'entreprises en cause dont la concertation accréditait nécessairement l'idée d'un comportement général et était de nature à inciter les tiers, soit à adopter des comportements similaires, soit à renoncer à des marchés relevant pourtant de leurs aptitudes. Elle a également retenu la place prépondérante de certaines de ces entreprises et l'influence qu'elles avaient exercé sur les autres.

Dans l'arrêt SNR Roulements rendu le 17 juin 2003, la cour retient la réitération des pratiques d'entente sur les prix bruts et les remises et le fait que les opérateurs en cause, « *principaux fabricants de roulements vendant leurs produits sur le territoire français, (...) en raison de leur taille et de leur dimension internationale, ont une responsabilité particulière envers le marché* ».

Dans l'arrêt RDTA du 2 juillet 2003, la cour maintient les sanctions prononcées par le Conseil en évoquant « *l'organisation d'un système* » et en retenant

particulièrement le nombre et la notoriété locale des entreprises participantes, la présence parmi les organisateurs des réunions de représentants d'un syndicat de professionnels qui a « *pesé de tout son poids sur les participants, en donnant aux réunions une trompeuse coloration de légitimité* », ainsi que la pression morale exercée sur plusieurs participants.

Sur le dommage à l'économie

Dans l'arrêt SA Bouygues du 14 janvier 2003, la cour prend notamment en compte dans l'évaluation du dommage à l'économie, « *la conclusion d'accords généraux de répartition des travaux ayant permis l'organisation de compensations à l'occasion de marchés particuliers* », de surcoûts de plus de 40 % ainsi que des restrictions d'accès aux marchés pour des entreprises étrangères.

Dans l'arrêt SNR Roulements rendu le 17 juin 2003, la cour approuve le Conseil d'avoir considéré que les roulements constituaient « *un matériel indispensable, utilisé dans de nombreuses branches de l'activité économique* » et que les ententes étaient intervenues durant plusieurs années, dans un contexte de récession du marché, entre des entreprises dont les ventes de roulements représentaient près des trois-quarts du total des ventes en France.

Sur la détermination des sanctions (individualisation)

Dans un arrêt rendu le 4 février 2003 (SNC Suburbaine de canalisation et de grands travaux), la cour estime que si les sanctions doivent tenir compte des rôles respectifs joués par chaque entreprise, elles « *doivent être fixées de manière individuelle et non relativement à celles prononcées à l'encontre d'autres entreprises* ». La même position est réaffirmée dans l'arrêt L'Amy rendu du 18 mars 2003. Dans cette dernière affaire, toutefois, la cour considère que le Conseil n'a pas tiré « *les conséquences exactes* » des éléments du dossier propres à chacune des sociétés requérantes, tant en ce qui concerne leur participation dans les pratiques anticoncurrentielles que leur situation financière, et réduit substantiellement les sanctions prononcées.

Dans l'arrêt ADP du 23 septembre 2003, la cour estime que « *le fait qu'une sanction unique ait été prononcée par le Conseil pour l'ensemble des pratiques en cause n'empêche pas la cour d'appel de déterminer celle qui doit être infligée à l'établissement pour le seul fait susceptible d'être retenu, à condition de se conformer, pour ce fait, aux exigences de l'article L. 464-2 du* Code de commerce ».

Sur l'existence d'une procédure collective ouverte antérieurement à la décision du Conseil

Dans l'arrêt du 17 juin 2003 (Transports Déménagements Roussel), la cour rappelle que les condamnations prononcées par le Conseil ayant la nature de

sanctions pécuniaires, la créance du Trésor public n'existe que depuis la décision du Conseil, de sorte que cette créance n'ayant pas son origine antérieurement au jugement d'ouverture, elle n'est pas soumise aux dispositions du Code de commerce relatives à la déclaration des créances au représentant des créanciers (voir Cour de cassation, com. 4/03/1997, société Desbarbieux).

Sur la mesure de publication

Dans l'arrêt rendu le 14 janvier 2003 (SA Bouygues), la cour a repoussé le moyen des parties qui voyaient une atteinte à la présomption d'innocence dans la publication, ordonnée par le Conseil, d'un extrait de la décision dans la presse avant que celle-ci ne soit définitive. La cour relève que la publication était prévue par les textes et que l'atteinte prétendue n'était pas réalisée, dès lors que les voies de recours étaient ouvertes et que les entreprises n'avaient pas jugé bon de demander un sursis à l'exécution de la mesure.

Sur la transmission du dossier au procureur de la République

Dans une ordonnance rendue le 20 mai 2003, le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Paris a rejeté la demande de sursis à l'exécution de la décision 03-D-12 concernant le secteur des escaliers préfabriqués en béton, en ce qu'elle portait sur la transmission du dossier au parquet. La cour relève que la transmission du dossier au procureur de la République n'est pas une décision susceptible de faire l'objet d'une demande de sursis, selon les articles L. 464-7 et L. 464-8 du Code de commerce.

■ Jurisprudence de la Cour de cassation

En 2003, la Cour de cassation a rendu dix arrêts sur des pourvois formés contre des arrêts de la cour d'appel de Paris, statuant sur des recours contre des décisions du Conseil.

Jurisprudence relative à la procédure

La régularité des procès-verbaux d'enquête

Arrêts de rejet du 14 janvier 2003 (pourvois du ministre contre les arrêts de la cour d'appel des 6 juin et 12 décembre 2000, respectivement relatifs aux décisions 99-D-62 et 97-D-11)

Après avoir affirmé que les dispositions du nouveau Code de procédure civile ne s'appliquaient pas à la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence (voir aussi cour d'appel 6 juin 2000, sur recours contre la décision 99-D-62), ce dont il résulte que la nullité de procès-verbaux en raison du

défaut d'information de la personne entendue sur l'objet de l'enquête peut être prononcée sans que la partie intéressée ait à démontrer, conformément à l'article 114 du nouveau Code de procédure civile, l'existence d'un préjudice particulier, la Cour de cassation a précisé les conditions dans lesquelles l'objet de l'enquête doit avoir été porté à la connaissance de la personne entendue.

La Cour rappelle que faute de mention expresse de l'objet de l'enquête dans le procès-verbal, la mention expresse que cet objet a bien été porté à la connaissance de la personne entendue est suffisante (voir aussi arrêt du 20/11/2001, société Bec Frères dans lequel la Cour de cassation reconnaît la valeur probatoire, jusqu'à la preuve contraire, de la mention pré-imprimée de l'objet de l'enquête). Par ailleurs, en l'absence de mention expresse en ce sens, la charge de la preuve que l'objet de l'enquête a bien été porté à la connaissance de la personne entendue, incombe à l'administration (c'est à l'administration de prouver qu'elle a satisfait à l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves). Cette preuve peut résulter :

– du contenu même du procès-verbal (des énonciations qu'il contient). Toutefois, la seule mention que « *les enquêteurs sont habilités à procéder aux enquêtes nécessaires à l'application de l'ordonnance du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence et qu'ils agissent dans les conditions prévues par l'article 47 de l'ordonnance du 1er décembre 1986* » ne permet pas d'établir que les personnes sont prévenues que leurs déclarations s'inscrivent dans la recherche d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles ;
– d'éléments extérieurs au procès-verbal, à condition que ces éléments extrinsèques soient antérieurs à l'audition, car l'indication de l'objet de l'enquête à la personne entendue doit être préalable à ses déclarations.

La Cour écarte le moyen soulevé par le ministre tiré de ce que le rapporteur aurait écarté des procès-verbaux, qu'il estimait irréguliers, au stade du rapport, en violation du contradictoire. Elle constate en effet que les parties (y compris le ministre) ont répondu par écrit sur ce point au rapport et ont pu en débattre oralement au cours de la séance devant le Conseil. Cette disposition de l'arrêt Socae met bien en évidence la nécessité, pour le rapporteur soucieux d'écarter des procès-verbaux irréguliers, de mentionner et de motiver sa décision de ne pas les retenir, soit dans sa notification de griefs, soit dans son rapport, afin qu'il en soit contradictoirement débattu devant le Conseil.

L'identification de l'auteur de la demande d'enquête

Arrêt de rejet du 26 novembre 2003 (société TF1)

La Cour de cassation estime qu'aucun élément ne permettait de mettre en doute le fait que le rapporteur était bien l'auteur de la note définissant les orientations de l'enquête, qui était jointe à la demande d'enquête du président du Conseil adressée à la DGCCRF, même si cette note ne comportait aucune mention permettant d'identifier formellement son auteur, dès lors que la lettre du président indiquait le nom du rapporteur désigné pour instruire l'affaire et invitait l'administration à tenir ce dernier informé du

déroulement de l'enquête (dans le même sens, voir les arrêts cour d'appel 27/11/2001, CNCA et 14/01/2003, SA Eurovia).

L'authentification de la notification de griefs et du rapport

Arrêt de rejet du 28 janvier 2003 (société Domoservices maintenance)

La Cour de cassation approuve la cour d'appel d'avoir écarté le moyen tiré du défaut de signature de la notification de griefs et du rapport en ayant relevé qu'il n'existait aucune ambiguïté sur l'auteur de ces actes, dont le nom était expressément indiqué en page de couverture et en s'étant ainsi assurée de son identité.

Arrêt de rejet du 26 novembre 2003 (société TF1)

La même jurisprudence constante est reprise dans cet arrêt : « *(...) La notification des griefs et le rapport sont suffisamment authentifiés par la mention, portée en première page de chacun d'eux, qu'ils ont été établis par M. [B.], rapporteur auprès du Conseil de la concurrence (...)* » (voir aussi l'arrêt cour d'appel 17/06/2003, SNR Roulements).

La définition du marché pertinent au regard du principe du contradictoire

Arrêt de rejet du 26 novembre 2003 (société TF1)

TF1 soutenait que le Conseil avait fondé sa décision sur un grief qui n'avait pas fait l'objet d'une notification puisque le marché de référence retenu dans la décision (marché de la publicité télévisée des vidéogrammes) était différent de celui défini par le rapporteur dans la notification de griefs (marché de la publicité télévisée). La Cour rappelle qu'il revient au Conseil de délimiter le marché pertinent et retient qu'en l'espèce, l'analyse des marchés adoptée par le Conseil est fondée sur des éléments qui ont tous été soumis au débat contradictoire aux différentes phases de la procédure.

Les observations faites en séance par le rapporteur et le rapporteur général

Arrêt de rejet du 26 novembre 2003 (société TF1)

La Cour rejette le grief tiré de la violation du principe du contradictoire qui aurait résulté de la présentation, par le rapporteur et le rapporteur général au cours de leurs observations orales en séance, de moyens nouveaux que les parties n'auraient pas été à même de discuter. La Cour, rappelant « *qu'aucune disposition (...) n'impose que le rapport oral du rapporteur et celui du rapporteur général aient préalablement revêtu une forme écrite et aient été communiqués aux parties* », constate qu'aucun élément nouveau

n'a été allégué à l'encontre de la société en cause, celle-ci – au demeurant – ne prétendant pas n'avoir pu répliquer aux observations orales contestées.

L'audition de témoins

Arrêt de rejet du 26 novembre 2003 (société TF1)

La Cour rappelle que « *l'audition de témoins est une faculté laissée à l'appréciation du rapporteur ou du Conseil de la concurrence, eu égard au contenu du dossier* » (voir aussi l'arrêt Cour de cassation 15/06/1999 Lilly France et les arrêts cour d'appel 19/01/1999 Laurent Bouillet Entreprise et 25/11/2003 SAS Prefall).

Le caractère non public des séances du Conseil et du prononcé de ses décisions

Arrêts de rejet du 28 janvier 2003 (société Domoservices maintenance) et du 26 novembre 2003 (société TF1)

La Cour de cassation confirme la jurisprudence selon laquelle l'absence de publicité des débats et du prononcé des décisions « *ne saurait faire grief aux parties intéressées dès lors que les décisions prises par le Conseil subissent* a posteriori *le contrôle effectif d'un organe judiciaire offrant toutes les garanties d'un tribunal au sens de la Convention européenne des droits de l'homme et de sauvegarde des libertés fondamentales* » (voir aussi l'arrêt Cour de cassation 5/10/1999 société Bouygues).

La durée de la procédure

Arrêt de rejet du 28 janvier 2003 (société Domoservices maintenance)

La Cour rappelle « *qu'à supposer les délais de la procédure excessifs au regard de la complexité de l'affaire, 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 de la procédure ou sa réformation, mais par la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi* ». La Cour ajoute : « *Les difficultés alléguées dues à des causes internes aux deux sociétés tenant aux changements intervenus dans leurs directions respectives par suite de leur fusion, sont sans lien avec le déroulement de l'instruction et de la procédure suivie devant le Conseil* ».

La recevabilité du pourvoi en cassation du ministre

Arrêt d'irrecevabilité du 25 mars 2003 (pourvoi du ministre contre l'arrêt de la cour d'appel du 9 janvier 2001 relatif à la décision 00-D-34)

La Cour de cassation a confirmé sa jurisprudence sur les conditions de recevabilité du pourvoi en cassation formé par le ministre. Au visa de l'article 609 du nouveau Code de procédure civile (« *Toute partie qui y a intérêt est*

recevable à se pourvoir en cassation même si la disposition qui lui est défavorable ne profite pas à son adversaire »), la Cour rappelle que le pourvoi n'est ouvert qu'aux parties à l'instance devant le juge du second degré. Le fait que l'article L. 464-8 du Code de commerce autorise le ministre à exercer un recours devant la cour d'appel, même s'il n'a pas été partie à la procédure suivie devant le Conseil, ne permet pas de déroger à ce principe. Est, par conséquent, déclaré irrecevable le pourvoi formé par le ministre contre l'arrêt rendu par la cour d'appel le 9 janvier 2001 (SEEE) dans l'affaire des marchés d'électrification rurale du département d'Eure-et-Loir, qui avait réformé la décision du Conseil en mettant hors de cause un certain nombre d'entreprises sanctionnées, dès lors que le ministre n'avait pas exercé de recours contre la décision du Conseil et n'était donc pas partie à l'instance devant la cour d'appel (voir aussi l'arrêt Cour de cassation 19/06/2001, Seco Desquenne).

Jurisprudence relative au fond

L'entente anticoncurrentielle

Arrêt de rejet du 26 novembre 2003 (société TF1)

La Cour de cassation rappelant que « *l'exercice d'un droit exclusif par son titulaire peut donner lieu à un comportement abusif* », a confirmé le caractère anticoncurrentiel de la clause d'exclusivité que la société TF1 faisait figurer dans ses contrats de coproduction audiovisuelle, et à l'acceptation de laquelle elle subordonnait son engagement financier, réservant à l'une de ses filiales la reproduction des œuvres sous forme de vidéogrammes, pour une durée allant jusqu'à dix ans, voire quinze à dix-huit ans, et sans qu'elle-même ne prenne d'engagement quant à l'exploitation effective de l'œuvre par ce procédé. La Haute juridiction estime à son tour que cette pratique constitue une barrière à l'entrée sur le marché de l'édition vidéographique qui n'est justifiée ni matériellement, ni économiquement. À cet égard, il est relevé que la cessation de la pratique laisse subsister pour TF1 ses droits de coproducteur et de diffuseur, puisqu'elle perçoit sa quote-part de recettes, même si l'œuvre est exploitée sous forme de vidéogramme par la concurrence et que ses droits d'auteur sont, en toute hypothèse, préservés. Dès lors, « *(...) la pratique contractuelle en cause ne constitue pas l'exercice normal des droits exclusifs de reproduction du coproducteur, mais un abus de ce droit en vue de fausser la concurrence* ».

L'abus de position dominante

Arrêt de rejet du 26 novembre 2003 (société TF1)

La Cour de cassation fait sienne la délimitation du marché pertinent – de la publicité télévisée pour vidéogrammes – retenue par le Conseil et la cour d'appel. Elle confirme également l'analyse de ces derniers sur l'abus qui avait consisté pour TF1, en position dominante sur ce marché, à consentir à

l'une de ses filiales des conditions tarifaires discriminatoires, sans contrepartie réelle, au détriment des éditeurs de vidéogrammes concurrents.

Arrêt de rejet du 10 décembre 2003 (Française des jeux)

Le Conseil et la cour d'appel avaient estimé que le versement par la Française des jeux à sa filiale, de subventions financées par ses ressources tirées du monopole des jeux, était abusif, dès lors que ces subventions étaient utilisées pour fausser la concurrence par les prix sur le marché connexe de la maintenance informatique sur lequel intervenait la filiale, même si, en l'absence manifeste de stratégie d'éviction, la perturbation n'avait pas consisté en une pratique de prix prédateurs. La Française des jeux soutenait à l'inverse qu'en l'absence de pratique de prédation traduisant une stratégie d'éviction, il ne pouvait y avoir abus. La Cour de cassation a avalisé l'analyse du Conseil et de la cour en affirmant que « *... sans constituer une pratique de prix prédateurs... une pratique de prix mise en œuvre, indirectement* [par l'intermédiaire de la filiale subventionnée], *par un opérateur en position dominante faussant le jeu de la concurrence, peut constituer un abus au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce* » et en jugeant qu'en l'espèce, l'abus était caractérisé, la pratique de prix bas mise en œuvre par la filiale grâce aux subventions de la Française des jeux lui ayant permis d'acquérir artificiellement une position imméritée sur le marché.

L'abus de position dominante collective

Arrêt de rejet du 8 juillet 2003 (société Omvesa)

La cour d'appel avait entièrement avalisé la décision du Conseil qui, saisi par le tour-opérateur espagnol OMVESA de pratiques discriminatoires dont auraient fait l'objet, lors de la coupe du monde de football de 1998, les tours-opérateurs sélectionnés pour la vente des billets à l'étranger qui n'avaient pu obtenir tous les billets qu'ils avaient commandés, avait relevé l'existence d'une position dominante collective du Comité français d'organisation de la coupe du monde de football de 1998 (CFO) et de la FIFA sur le marché de la vente des billets pour la coupe du monde de football destinés à la confection de forfaits touristiques. Le Conseil et la cour d'appel avaient estimé, en revanche, qu'il n'était pas établi que les pratiques aient été constitutives d'abus et qu'en tout état de cause, elles n'avaient pu affecter le marché français ou le marché communautaire. La Cour de cassation a confirmé à son tour cette analyse en rejetant le pourvoi de la société OMVESA.

L'effet des pratiques

Arrêt de cassation partielle du 23 avril 2003 (UFC – Que choisir)

La Cour statuait sur un pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel (15/05/2001) qui avait réformé la décision du Conseil (00-D-54) par laquelle l'Institut national de la consommation (INC) avait été sanctionné pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de la presse consumériste en

faisant de la publicité pour ses publications dans les émissions télévisées diffusées par les chaînes publiques et consacrées à l'information des consommateurs. La cour d'appel avait estimé que ces pratiques ne pouvaient être sanctionnées, faute de tout effet anticoncurrentiel. La Cour avait observé en effet que les parts de marché d'opérateurs concurrents n'avaient pas cessé de croître au cours de la période de référence. Toutefois, elle avait admis l'existence d'un lien entre la publicité faite à la télévision par l'INC et le succès de la vente de ses magazines en kiosque. C'est sur ce point que l'arrêt est censuré, la Haute Juridiction estimant que la cour d'appel n'a pas tiré les conséquences légales de ses propres constatations.

Arrêt de rejet du 10 décembre 2003 (Française des jeux)

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la société Française des jeux contre l'arrêt qui avait confirmé la décision 00-D-50, par laquelle le Conseil avait sanctionné cette société pour avoir abusé de sa domination sur le marché des jeux de hasard pur :

– d'une part, en subordonnant l'agrément de ses détaillants à l'acquisition d'un mobilier dont elle était le fournisseur exclusif ;
– d'autre part, en versant à sa filiale, intervenant dans un marché concurrentiel connexe, la Française de maintenance, une subvention qui avait permis à celle-ci d'emporter plusieurs contrats de maintenance en pratiquant des prix inférieurs à ses coûts variables.

La Française des jeux reprochait à la cour d'appel d'avoir confirmé la condamnation, sans avoir vérifié le caractère sensible de l'effet des pratiques sur les marchés concernés (celui du mobilier de comptoir et celui de la maintenance informatique) et en ayant au contraire relevé leur faible impact sur ces marchés. La Cour de cassation estime que la juridiction de recours a suffisamment caractérisé l'affectation sensible du fonctionnement de la concurrence en relevant particulièrement, s'agissant de la première pratique, que les détaillants avaient été empêchés d'acquérir le mobilier auprès de la concurrence et que les prix du mobilier concerné avaient été surévalués « *ce dont il ressortait nécessairement l'affectation sensible du fonctionnement de la concurrence* » et, s'agissant de la seconde, que les comportements en cause avaient perturbé de manière significative le marché de la maintenance informatique. La Cour de cassation a estimé, en outre, que la cour d'appel avait pu sans se contredire retenir, par ailleurs, le « *faible impact* » des pratiques, eu égard à leur durée limitée, et en tenir compte dans l'appréciation du montant de la sanction.

L'imputabilité des pratiques

Arrêt de rejet du 28 janvier 2003 (société Domoservices maintenance)

La Cour de cassation valide l'analyse de la cour d'appel et du Conseil, qui avaient pris en considération, pour la détermination de la sanction, le chiffre d'affaires de la société qui, à la suite d'une fusion, avait assuré la continuité juridique et fonctionnelle de la société auteur des pratiques incriminées.

Arrêt de rejet du 13 novembre 2003 (sociétés Colas Rhône Alpes, Sacer Sud-Est et Screg Sud-Est)

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt de la cour d'appel (29/01/2002) qui avait largement confirmé (en réformant uniquement la décision sur la sanction infligée à l'une des requérantes) la décision du Conseil 01-D-14, par laquelle différentes sociétés de travaux publics avaient été sanctionnées pour s'être livrées à une entente générale sur les prix et à une entente de répartition à l'occasion de marchés de fabrication et de mise en œuvre d'enrobés bitumineux passés par le conseil général de l'Isère.

La Cour de cassation a repoussé le moyen, selon lequel le chiffre d'affaires à prendre en compte pour le calcul des sanctions était non pas celui des sociétés mises en cause, mais celui de leurs centres locaux, qui avaient mis en œuvre les pratiques puisque ces centres constituaient des entreprises dotées de responsables titulaires de délégations de pouvoirs étendues. La Cour estime que ces délégations de pouvoirs ne suffisent pas à établir l'autonomie des centres, dès lors qu'il n'est pas démontré que ces structures locales étaient en mesure de définir leur propre stratégie commerciale, financière et technique et de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège de la société dont elles dépendaient.

La détermination des sanctions

Arrêt de cassation du 23 avril 2003 (société française de transmissions florales Interflora France)

Dans cet arrêt, la Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir rappelé que le chiffre d'affaires à prendre en considération était le chiffre d'affaires global hors taxe réalisé en France lors du dernier exercice clos et mentionné sur le compte de résultat. En revanche, elle l'a censurée pour avoir confirmé sans motivation suffisante la sanction prononcée par le Conseil en ayant seulement relevé le caractère renouvelé et la gravité des pratiques, mais sans avoir apprécié la proportionnalité de la sanction à la situation de la société Interflora et au dommage causé à l'économie, conformément aux prescriptions de l'article L. 464-2 du Code de commerce.

Arrêt de rejet du 13 novembre 2003 (sociétés Colas Rhône Alpes, Sacer Sud-Est et Screg Sud-Est)

Alors que les demanderesses au pourvoi soutenaient qu'elles avaient été proportionnellement plus sévèrement sanctionnées qu'une autre société qui avait eu un rôle prééminent dans les pratiques et dont la sanction avait été calculée sur la base d'un chiffre d'affaires diminué à la suite de sa filialisation intervenue après les faits, la Cour de cassation constate que l'assiette de la sanction infligée à cette société a été assise sur le chiffre d'affaires du dernier exercice clos réalisé, conformément à l'article L. 464-2 du Code de commerce, et relève que cette société ayant été plus lourdement sanctionnée que les autres, les conditions dans lesquelles avait été déterminée la sanction pécuniaire la concernant, n'avaient pas eu pour effet de mettre à la charge des autres des sanctions inéquitables.

Par ailleurs, la Cour approuve la juridiction d'appel d'avoir confirmé les sanctions prononcées, eu égard à la particulière gravité des pratiques en cause – qui visaient à se répartir des lots et à assurer aux entreprises des prix supérieurs à ceux qui auraient résulté du libre jeu de la concurrence – à l'importance du dommage causé à l'économie par des contrats conclus pour cinq ans, représentant au total un montant annuel compris entre 70 et 90 millions de francs et à l'existence de sanctions antérieurement prononcées.

Rapport du ministre de l'Économie

Rapport du ministre de l'Économie

Les décisions comportant des injonctions de publication . 340

Les décisions comportant des injonctions de faire et/ou de ne pas faire 346

Le contrôle de l'exécution des sanctions pécuniaires 354

Rapport du ministre de l'Économie
sur l'exécution des décisions rendues par le Conseil de la concurrence

Les dispositions de l'article L. 464-8 alinéa 2 du Code de commerce confient au ministre chargé de l'Économie la fonction de veiller à l'exécution des décisions rendues, au fond ou en mesures conservatoires, par le Conseil de la concurrence.

Au cas de recours formé contre l'une de ces décisions aboutissant à une réformation ou à une annulation de la décision entreprise, le ministre est également chargé, en application de l'article 18 alinéa 3 du décret n° 87-849 du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence, de veiller à l'exécution de l'arrêt rendu par l'autorité judiciaire.

Ces mêmes dispositions s'appliquent aux ordonnances que peut prendre le premier président de la cour d'appel, ou le magistrat par lui délégué, en matière de sursis à exécution d'une décision prononçant des sanctions, édictant des injonctions ou ordonnant des mesures conservatoires notamment.

Il est rappelé qu'aux termes des articles L. 464-7 et L. 464-8 du Code de commerce, la procédure de recours ouverte aux parties en cause et au ministre auxquels sont notifiées les décisions du Conseil de la concurrence, n'est pas suspensive.

Les décisions du Conseil de la concurrence peuvent être distinguées selon qu'elles prononcent une ou plusieurs injonctions, de faire ou de ne pas faire, afin de mettre un terme à la commission de pratiques anticoncurrentielles, infligent à la charge des auteurs de ces pratiques des sanctions pécuniaires, ordonnent leur publication dans des supports désignés, leur affichage dans des lieux *ad hoc* ou leur insertion dans les rapports statutaires des organes

sanctionnés, ou enregistrent les engagements souscrits dans le cadre de la procédure prévue à l'article L. 464-2 II du Code de commerce.

Le présent rapport expose les actions entreprises et les constats effectués par le ministre pour s'assurer de l'exécution de ces décisions.

Les décisions comportant des injonctions de publication

Au titre des années 2001 et 2002, quatre décisions comportaient des injonctions de publication dont la vérification du respect n'avait pas été garantie lors de la présentation du précédent rapport

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 aux sociétés Géodis Overseas France, Déménagement Antilles Guyane, SARL Ho You Fat, Amazonie Déménagement et Sogudem, dans un délai de trois mois à compter de sa notification, la publication de la partie II de la décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires infligées, à la fois dans le magazine *Armées d'aujourd'hui* édité par le ministère de la Défense, et dans le quotidien *France Antilles*.

La décision n° 01-D-63 a été annulée par arrêt de la cour d'appel de Paris du 9 avril 2002, non définitif à ce jour puisque frappé d'un pourvoi pendant devant la Cour de cassation. Le motif de l'annulation totale de la décision est l'annulation de la procédure de recours subséquente. Dans ces conditions, se pose la question de savoir si l'entreprise Sogudem, qui n'avait pas formé de recours, demeure seule soumise à l'exécution de l'injonction, l'intégralité des frais lui incombant dans ce cas, alors qu'elle était l'entreprise la moins sanctionnée par le Conseil de la concurrence.

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 avait enjoint à la société Sogec Gestion la publication de l'intégralité de la décision dans les deux mois de sa notification dans le magazine *LSA*, après la mention : « *Décision du Conseil de la concurrence du 10 juin 2002 relative à des pratiques constatées dans le secteur du traitement des coupons de réduction* ».

Cette publication est intervenue dans le n° 1776 de la revue concernée, au mois de 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 avait enjoint aux sociétés Bourdeau, Naggabo, Guigues Optique, Europtic, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur étaient infligées, la publication de la partie II de la décision en caractères lisibles par un lecteur ordinaire, dans l'édition du Rhône du quotidien *Le Progrès* ainsi que dans la revue *Inform'optique*. Cette injonction devait intervenir dans les deux mois suivant la notification aux entreprises de la décision n° 02-D-36.

Il n'a été justifié d'aucune publication dans les délais prescrits. Cependant, sur recours de certaines des sociétés concernées, la cour d'appel, par un arrêt du 18 mars 2003, a partiellement réformé la décision sur le montant des sanctions, et ordonné que la mesure de publicité enjointe par le Conseil fasse mention de l'arrêt réformateur et substitue le montant des sanctions pécuniaires prononcées par elle à celles précédemment retenues par le Conseil de la concurrence.

Il est apparu que cet arrêt souffrait cependant d'une omission de statuer en ce qui concernait le montant reconsidéré de la sanction de l'une des entreprises. Celle-ci n'était certes pas visée par l'injonction mais la publication englobait notamment l'ensemble des sanctions prononcées et cet élément, par suite de l'arrêt réformateur de la cour d'appel, revêtait une importance particulière. Un arrêt rectificatif est intervenu en date du 16 septembre 2003.

Depuis cette date non plus, aucune forme prescrite de publicité de la partie II de la décision à laquelle serait annexé l'arrêt rectifié n'a été accomplie par les entreprises débitrices de l'injonction.

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 avait enjoint la publication de la décision dans la revue *Armées d'aujourd'hui* aux sociétés Le Floch, Déméco-Roussel, Acropole Déménagements, Démex-Joncqueur, AGS Armorique et Boulouard Déménagements, à leurs frais et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur avaient été infligées, ceci dans un délai de deux mois à compter de la notification de la décision n° 02-D-62.

Les investigations en respect d'injonction ont révélé des difficultés pour permettre la publication dans le support choisi, édité par le ministère de la Défense.

Sur recours contre la décision, la cour d'appel de Paris a partiellement réformé celle-ci, en annulant la sanction prononcée à l'encontre de la société Démex-Joncqueur (arrêt du 17 juin 2003, rectifié le 9 septembre 2003), mais ne s'est pas prononcée en ce qui concerne l'injonction de publication.

Si la publication n'est pas intervenue dans le délai imparti de deux mois, il devient désormais délicat de l'imposer à l'endroit de la société Démex-Joncqueur, dès lors que la charge de la publication devait être proportionnée au montant des sanctions prononcées. Se pose également désormais la

question de la sujétion à l'injonction pour les autres sociétés concernées. En toutes hypothèses, les investigations sont en cours.

Au titre de l'année 2003, dix décisions du Conseil de la concurrence comportaient une ou plusieurs injonctions de publication

03-D-01 du 14 janvier 2003 *relative au comportement de sociétés du groupe l'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux*

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés Carboxyque française, Air liquide santé international et Air liquide santé France la publication des parties II, titres B à G (points 115 à 174 inclus) et III (points 181 à 193 inclus) de la décision ainsi que de son dispositif, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires qui leur ont été infligées, dans une édition du quotidien *Les Échos* et de la revue *Le Moniteur hospitalier*. Cette publication partielle devait être précédée de la mention : « *Décision n° 03-D-01 du 10 janvier 2003 du Conseil de la concurrence relative au comportement de sociétés du groupe l'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux* ».

La publication a été effectuée dans *Les Échos* datés du 11 avril 2003 et dans le numéro 155 d'avril 2003 de la revue *Le Moniteur hospitalier.*

03-D-07 du 4 février 2003 *relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales*

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés Girod, AlpSignalisation, La Signalisation centrale, Picardie Signalisation, Lacroix Signalisation, Desmoules Pose, Signaux Laporte et Crapie de faire publier cette décision dans son intégralité, ainsi que son dispositif, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires prononcées, dans une édition de *La Gazette des communes*.

Cette publication, qui devait être précédée de la mention : « *Décision n° 03-D-07 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques constatées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière par des collectivités locales* », devait intervenir dans un délai de trois mois suivant la date de la notification de la décision n° 03-D-07.

Le recours formé contre cette décision par les sociétés Signaux Laporte et Ets Crapie a été rejeté par arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 18 novembre 2003.

L'enquête a conclu, le 30 octobre 2003, au non-respect de l'injonction par les entreprises condamnées. Le Conseil de la concurrence a donc été saisi pour ce motif, en date du 24 décembre 2003.

03-D-09 du 14 février 2003 *relative à une saisine de la société Tuxedo relative à des pratiques constatées sur le marché de la diffusion de la presse sur le domaine public aéroportuaire*

Le Conseil de la concurrence a prononcé deux types d'injonctions dans cette décision. L'une d'elles ordonne la publication des parties B et C du II, aux frais de la société Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne, dans le quotidien *La Tribune.* Cette publication, à effectuer dans un délai maximum de

trois mois à compter de la notification, devait être précédée de la mention : « *Décision n° 03-D-09 du Conseil de la concurrence en date du 14 février 2003 relative à la situation de la diffusion de la presse sur le domaine public aéroportuaire* ».

La publication a été effectuée dans l'édition des 9 et 10 mai 2003 du quotidien *La Tribune.*

03-D-10 du 20 février 2003 *relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le Port autonome de Marseille*

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés Guigues, SNEF et Eurovia la publication de sa décision, dans un délai de trois mois à compter de sa notification, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires prononcées à leur encontre. Cette publication devait intervenir dans une édition de la revue *Le Moniteur des travaux publics*, après la mention : « *Décision n° 03-D-10 du 20 février 2003 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le Port autonome de Marseille* ».

La publication est intervenue dans le numéro de la revue *Le Moniteur des travaux publics* daté du 9 mai 2003.

03-D-12 du 3 mars 2003 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des escaliers préfabriqués en béton*

Le Conseil de la concurrence avait prononcé une injonction de publication de la partie II de la décision et de son dispositif dans une édition de l'hebdomadaire *Le Moniteur des travaux publics et du bâtiment* et dans la *Revue technique du bâtiment*, après la mention : « *Décision n° 03-D-12 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques relevées dans le secteur des escaliers préfabriqués en béton* ».

Cette injonction devait être exécutée dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, et concernait les sociétés Normandie béton, L'industrielle du béton, Préfall, Le Béton mécanique, Morin système et architectonique (MSA), Préfa 26, Socarel, Comptoir du bâtiment, Préfabrication OP Lafarge (OPL) et Lafarge béton préfa, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires infligées contre elles.

Il a été demandé aux entreprises condamnées de justifier du respect de cette injonction, mais cette démarche est demeurée sans résultat. Seule la société Comptoir du bâtiment a soulevé la contradiction qu'il y avait à, d'une part, exiger d'elle une publication dont les frais lui serait imputés en proportion de sa sanction alors que, d'autre part, aucune sanction ne lui avait été infligée.

Sur recours de certaines entreprises condamnées, la cour d'appel de Paris a partiellement réformé cette décision par un arrêt du 25 novembre 2003, sans cependant en modifier ni la substance ni les modalités de l'injonction de publication.

Le Conseil de la concurrence a été saisi le 24 décembre 2003 du fait du non-respect de cette injonction. Se posera la question de l'applicabilité globale de l'injonction, dès lors que la publication était prévue à frais communs

proportionnés au montant des sanctions, alors que l'une des entreprises visées n'était pas sanctionnée.

03-D-35 du 24 juillet 2003 *relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires Sandoz, devenus en 1997 Novartis Pharma SA sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux*

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la société Novartis Pharma SA de faire publier la décision dans une édition de la revue *Le Moniteur hospitalier*, décision précédée de la mention : « *Décision nº 03-D-35 du 24 juillet 2003 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux mises en œuvre par la Société Sandoz devenue Novartis Pharma SA* ».

La publication, qui devait intervenir dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, a été effectuée dans le numéro 159 de la revue visée, en octobre 2003.

03-D-43 du 12 septembre 2003 *relative au respect des injonctions prononcées 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 était saisi d'une procédure en non-respect des injonctions qui avaient été prononcées par la cour d'appel après recours contre une précédente décision.

En l'espèce, après constat du non-respect de ces injonctions, il prononce outre une sanction une nouvelle injonction, non plus de faire ou de ne pas faire comme précédemment, mais seulement de publication. Est ordonnée l'insertion de la décision à la charge de la société France Télécom, dans le quotidien *Les Échos* et après la mention : « *Décision nº 03-D-43 du 12 septembre 2003 du Conseil de la concurrence, relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999* ». Cette injonction devait être exécutée dans le délai maximum de trois mois suivant notification de la décision.

Un recours a été formé à l'encontre de cette décision. La publication est cependant intervenue dans l'édition du quotidien *Les Échos* datée du 10 novembre 2003.

03-D-45 du 25 septembre 2003 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire*

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés Texas Instruments France, Noblet, Carrefour France, Majuscule et Distributeurs associés de faire publier la partie II de cette décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires prononcées à leur encontre, dans une édition de la revue *Que Choisir ?*, d'une part, dans le quotidien *Le Monde*, d'autre part. La publication, précédée de la mention : « *Décision nº 03-D-45 du 25 septembre 2003 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire* », devait intervenir au plus tard trois mois après la notification de la décision.

Si la publication dans *Le Monde* a été effectuée dans l'édition du quotidien en date du 26 décembre 2003, il n'a été fait aucune insertion dans la revue *Que Choisir ?*. Pour autant, alerté par les sociétés concernées des difficultés qu'elles rencontraient dans l'exécution de cette branche de l'injonction, il a été vérifié auprès de la direction de la revue consumériste que cette dernière n'offrait aucune possibilité de publication judiciaire dans ses pages.

Dans ces conditions, l'impossibilité partielle d'exécuter l'injonction a été constatée, et il en a été donné acte aux sociétés concernées et rendu compte au rapporteur général du Conseil de la concurrence.

03-D-47 du 22 octobre 2003 *relative à des pratiques mises en œuvre par les ambulanciers de montagne du département des Vosges*

Le Conseil de la concurrence a enjoint la publication de la partie II et du dispositif de cette décision, dans un délai de trois mois à compter de sa notification, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires aux sociétés Ambulances des 2 vallées, Balland-Germain et Transmosel. Cette publication, à faire précéder de la mention : « *Décision n° 03-D-47 du 22 octobre 2003 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par les ambulanciers des Vosges* » était ordonnée dans une édition du journal *L'Est républicain.*

La vérification du respect de cette injonction est en cours d'exécution.

03-D-68 du 23 décembre 2003 *relative à des pratiques mises en œuvre par le Centre national des professions de l'automobile (CNPA) dans le secteur de la distribution automobile*

Le Conseil de la concurrence a ordonné la publication par le CNPA de la partie II de la décision dans une édition de la revue *Auto Journal* et dans le quotidien *Le Républicain Lorrain*, dans un délai de deux mois à compter de la notification de cette décision et derrière la mention : « *Décision n° 03-D-68 du 23 décembre 2003 du Conseil de la concurrence relative à des pratiques mises en œuvre par le Centre national des Professions de l'Automobile dans le secteur de la distribution automobile* ».

Cette décision est frappée d'un recours pendant devant la cour d'appel de Paris. Pour autant, les publications ont été effectuées dans les éditions de la revue *Auto Journal* du 5 février 2004 et du quotidien *Le Républicain Lorrain* daté du 10 février 2004.

Les décisions comportant des injonctions de faire et/ou de ne pas faire

Les vérifications de sept décisions de ce type prononcées en 2001 et 2002 étaient encore en cours lors de la présentation du précédent rapport

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 remboursements* ».

Les premières investigations effectuées montraient que la FNMF avait 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 avait diffusé l'information sur son site internet et avait 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'était pas en cause, l'enquête avait cependant souligné que la fédération ne disposait d'aucune donnée de la part des dirigeants des unions et mutuelles sur l'information effectivement délivrée à leurs affiliés (seuls 10 sur 321 semblaient avoir procédé à la diffusion).

C'est pourquoi il avait 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.

Les dernières investigations ont montré que la FNMF avait répondu à cette demande et que la totalité des injonctions prononcées par le Conseil avait été respectée.

01-MC-07 du 21 décembre 2001 *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires de la société Kosmos*

Le Conseil de la concurrence avait enjoint à la société France Télécom d'orienter vers les coûts qu'elle supportait 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 menée courant 2002 a révélé que l'injonction d'orientation vers les coûts ne semblait pas respectée.

Par lettre du 16 janvier 2003, la société Kosmos a déclaré son désistement de la saisine au fond, dont il lui a été donné acte par la décision n° 03-C-11 du Conseil de la concurrence en date du 16 septembre 2003.

02-MC-04 du 11 avril 2002 *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires de la société Antalis*

La Conseil de la concurrence avait enjoint à la société Télédiffusion de France (TDF) de communiquer à toute entreprise qui lui en faisait la demande, une offre de prestation 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.

Cependant, l'arrêt rendu le 21 mai 2002 sur recours de TDF par la cour d'appel de Paris a réformé la décision entreprise et, statuant de nouveau, a enjoint TDF, dans le délai d'un mois à compter de la 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 vingt-neuf 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 sur le fondement de l'injonction telle que formulée par l'arrêt du 21 mai 2002 qu'ont été menées les investigations en vérification de son respect par TDF.

Elles ont motivé la saisine du Conseil pour non-respect, par lettre datée du 26 janvier 2004.

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

Par cette décision, le Conseil de la concurrence avait enjoint au GIE Sport Libre de suspendre, en ce qui concernait l'acquisition des droits radiophoniques pour les matches de la coupe du monde de football de 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 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 d'une part, et les articles 7 alinéa 4, et 8 alinéas 1, 4 deuxième phrase et 5 du contrat constitutif.

La cour d'appel de Paris a confirmé la validité de cette injonction de suspension en rejetant dans un arrêt en date du 4 juin 2002 le recours formé par le GIE Sport Libre.

Par lettre en date du 23 juin 2003, la société saisissante a cependant déclaré se désister de son action. La décision n° 03-C-07 du 22 juillet 2003 a pris acte de ce désistement. Il ressort de l'enquête conclue dans la même période que le GIE Sport Libre avait effectivement suspendu, pour la diffusion radiophonique de la coupe du monde 2002 de football, les clauses considérées par le Conseil comme susceptibles de relever de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

L'injonction a donc été respectée.

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 cinq 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 a confirmé dans toutes ses dispositions la décision du Conseil de la concurrence dans un arrêt du 4 février 2003.

Les investigations conduites dans ce dossier ont révélé que la société Sogec Gestion ne s'était apparemment pas conformée aux injonctions prononcées. Le Conseil de la concurrence a donc été saisi pour non-respect d'injonctions, le 22 août 2003.

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 l'injonction de publication prononcée (*cf. supra*), le Conseil de la concurrence a enjoint à certaines des sociétés en cause les mesures suivantes :

– 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 ;

– 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 ;

– 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.

L'arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 18 mars 2003 ne réforme la décision du Conseil qu'en ce qui concerne le montant des sanctions. S'agissant des injonctions, celles-ci ont donc été confirmées.

L'enquête menée sur ce point a révélé que les injonctions avaient été suivies d'effets, à l'inverse de l'injonction de publication (*cf. supra*).

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 avait enjoint :

– à la CSD :
de préciser, dans un délai de six mois à compter de la 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 ;

– 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.

Il était en outre enjoint tant à la CSD qu'à l'AFDI d'adresser cette décision à chacun de leurs adhérents, dans un délai de deux mois à compter de sa notification.

Avant l'issue des investigations visant à vérifier que les sociétés précitées s'étaient conformées aux injonctions rappelées, la cour d'appel a réformé la décision n° 02-D-60, en jugeant l'infraction à l'article L. 420-1 du Code de

commerce non établie en ce qui concerne la CSD, libérée pour ce motif de toute sanction.

Les investigations en ce qui concerne l'AFDI sont en cours.

Au titre de l'année 2003, six décisions comportaient des injonctions de faire ou de ne pas faire

03-D-03 du 16 janvier 2003 *relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau des avocats de Marseille en matière d'assurances*

Le Conseil de la concurrence a enjoint au barreau de Marseille de cesser d'imposer aux avocats d'adhérer au contrat collectif d'assurance qu'il a souscrit au titre de la garantie de la responsabilité civile exploitation, la garantie des objets et vêtements déposés dans les vestiaires de l'ordre et les dommages par catastrophes naturelles et de faire retirer les clauses relatives à ces garanties du contrat d'assurance collective souscrit par lui.

Les investigations menées au printemps 2003 en vérification du respect de cette injonction ont révélé une profonde refonte du système d'assurance de la profession, y compris pour la responsabilité civile. Davantage qu'une simple suspension ou modification du contrat en cours, celui-ci a été résilié au profit d'une reprise globale du système d'assurance par une société de courtage, modification couvrant l'ensemble des barreaux de l'hexagone.

Cependant, en dépit des difficultés de comparaison entre les deux contrats, il semble que la clause litigieuse figure dans la nouvelle convention de manière équivalente dans ses effets à la version sanctionnée et censurée par le Conseil de la concurrence mais que la prestation en cause soit effectuée à titre gratuit.

En application de la règle d'interprétation stricte des injonctions, il semble que celle-ci puisse être considérée comme respectée. Des investigations complémentaires de mes services permettront d'analyser les nouvelles conditions d'assurance mises en place.

03-D-04 du 16 janvier 2003 *relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau des avocats d'Albertville en matière d'assurance*

Comme dans le cas précédent, le Conseil de la concurrence a enjoint au barreau d'Albertville de cesser d'imposer aux avocats d'adhérer au contrat collectif d'assurance qu'il a souscrit au titre de la garantie de la responsabilité civile exploitation et la garantie des dommages par catastrophes naturelles, et de faire retirer les clauses relatives à ces garanties du contrat d'assurance collective souscrit par lui.

Les investigations relatives à la vérification de cette injonction sont en cours d'achèvement.

03-MC-01 du 23 janvier 2003 *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires de la société TPS*

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la Ligue de Football Professionnel (LFP), aux sociétés Canal Plus et Kiosque de suspendre les effets de la décision d'attribution des droits de diffusion des matches de la ligue 1 prise par le

conseil d'administration de la LFP du 14 décembre 2002, jusqu'à l'intervention de la décision qu'il rendrait sur le fond.

En conséquence de cela, il leur a également été enjoint de s'abstenir de toute communication tendant à présenter cette décision d'attribution de la LFP comme exécutoire, notamment à des fins d'utilisation publicitaire ou commerciale, toujours de façon conservatoire soit jusqu'à intervention d'une décision au fond.

Sur recours contre cette décision des sociétés Canal Plus et Kiosque et de la LFP, la cour d'appel de Paris a constaté l'extinction de l'instance, dont elle s'est dessaisie, au profit d'un protocole d'accord homologué par elle dans l'arrêt du 29 avril 2003.

Pour cette raison, les sociétés TPS Star et Multivision se sont désistées de leur saisine, renonciation dont il a été donné acte par le Conseil de la concurrence dans une décision n° 03-C-05 du 2 juin 2003.

Les injonctions ont par conséquent été considérées comme caduques et toute vérification de leur respect aurait été sans objet.

03-D-09 du 14 février 2003 *relative à une saisine de la société Tuxedo relative à des pratiques constatées sur le marché de la diffusion de la presse sur le domaine public aéroportuaire*

Outre l'injonction de publication précédemment évoquée, le Conseil de la concurrence a enjoint à la société les Nouvelles Messageries de la Presse Parisienne la suppression, dans un délai d'un mois à compter de la notification de la décision, des éléments discriminatoires de son barème général de rémunération des diffuseurs concessionnaires.

D'un courrier adressé au ministre par les NMPP, ainsi que d'un autre en date du 10 mars 2003 à destination du Conseil de la concurrence, il est apparu que le barème litigieux avait été retiré à la suite de la décision. À ce jour, ce barème n'a pas été remplacé, et il est donc prématuré de vérifier la suppression de tout élément discriminatoire dans le nouveau contrat.

03-D-10 du 20 février 2003 *relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le Port autonome de Marseille*

Le Conseil de la concurrence, outre une mesure de publication dans la revue *Le Moniteur des travaux publics*, a enjoint aux sociétés Guigues et SNEF de respecter les engagements qu'elles avaient souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elles recueillaient de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 II du Code de commerce. Ces engagements sont énoncés aux points 44, 48 et 49 de la décision n° 03-D-10.

Des investigations menées dès le printemps 2003 est résulté le constat d'un respect de ces engagements par les sociétés Guigues et SNEF.

03-MC-02 du 5 mars 2003 *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires de la société Cégétel*

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la société France Télécom, à compter de la notification de cette décision n° 03-MC-02 et dans l'attente d'une

décision au fond, de suspendre, pour tous les contrats « *Numéros Accueil* » signés à une date antérieure ou concomitante à la date de cette décision de mesures conservatoires qui feraient l'objet d'une résiliation avec portage du numéro spécifique de l'abonné chez un opérateur concurrent, l'application de la clause insérée aux articles 3.3 et 14.4.2 du contrat, relative à la perte du droit d'utilisation des marques de France Télécom et à laquelle se réfèrent également les mandats de portabilité annexés aux conventions d'interconnexion de France Télécom.

Était également prononcée à l'endroit à la société France Télécom une injonction d'informer tous ses clients titulaires de contrats « *Numéros accueil* » signés à une date antérieure ou concomitante à celle de la décision de la suspension de l'application de la clause précitée dans le cas de résiliation du contrat avec portage du numéro spécifique de l'abonné chez un opérateur concurrent. Cette information devait se faire par courrier et dans les deux mois de la notification de la décision n° 03-MC-02, en joignant en annexe une copie de la décision du Conseil.

Sur recours de la société France Télécom, la cour d'appel de Paris a partiellement réformé la décision n° 03-MC-02 en limitant l'injonction prononcée par le Conseil de la concurrence à la condition du constat que ladite clause fasse obstacle à l'utilisation des supports de communication revêtus d'une marque de la société France Télécom existants à la date de cet arrêt.

Une enquête aux fins de vérifier le respect de l'injonction prononcée par le Conseil de la concurrence avait été demandée dès le début du mois d'avril 2003. C'est donc désormais sur le fondement des injonctions prononcées par la cour d'appel de Paris que sont menées les investigations. À partir des premiers résultats obtenus, il est apparu que des investigations complémentaires étaient nécessaires.

03-D-45 du 25 septembre 2003 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire*

Le Conseil de la concurrence, outre la publication dans le quotidien *Le Monde* et le mensuel *Que Choisir ?*, a enjoint aux sociétés Texas Instruments France d'une part, Distributeurs associés d'autre part, de respecter les engagements qu'elles avaient souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elles recueillaient de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 II du Code de commerce. Ces engagements sont énoncés aux points 514 et 515 (sont cités par erreur les points 520 et 521), et la vérification de leur respect est en cours.

La décision n° 03-D-45 est par ailleurs frappée de recours, pendant à ce jour, devant la cour d'appel de Paris.

03-MC-03 du 1er décembre 2003 *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires de la société Towercast*

Par cette décision, le Conseil de la concurrence a enjoint à la société Télédiffusion de France (TDF) de ne pas se prévaloir des articles 51 et 54 de la loi du 30 septembre 1986 et des articles 47 à 60 du cahier des missions et des charges de Radio France approuvé par le décret du 13 novembre 1987 modifié le

10 octobre 2000, à compter de la notification de cette décision et jusqu'à ce que le Conseil de la concurrence statue au fond.

Il est par ailleurs enjoint à TDF de proposer, en concurrence avec tout autre opérateur, à toute société nationale de programmes qui en ferait la demande, de nouvelles offres de diffusion de programmes radiophoniques en FM, détaillées site par site et fréquence par fréquence ou groupe de fréquences par groupe de fréquences, en conformité avec la législation communautaire abrogeant ses droits exclusifs de radiodiffusion et ceci, toujours dès notification de la décision de mesures conservatoires et jusqu'à la décision au fond du Conseil de la concurrence.

La cour d'appel de Paris, en rejetant par un arrêt du 8 janvier 2004 le recours formé par TDF, a donc confirmé ces injonctions.

Les investigations sont en cours.

03-MC-04 du 23 décembre 2003 *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires des Messageries Lyonnaises de Presse (MLP)*

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux Nouvelles Messageries de la presse parisienne :

– d'accorder aux MLP dans un délai de quatre mois un accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000, dans des conditions économiques équitables, en mettant en place pour chaque dépôt qui le souhaiterait et selon des modalités qui devront faire l'objet d'un accord entre les parties concernées, un transfert automatique de fichiers entre le système informatique des MLP, TID ou équivalent, et Presse 2000. Dans un délai de quatre mois au plus tard à compter de la notification de la décision, il devrait être rendu compte au Conseil par les parties des dispositions prises par la société NMPP pour se conformer à cette injonction ;

– de suspendre la pratique consistant à subordonner la prestation de ses services de distribution sur les marchés export à la condition que l'éditeur ou le groupement d'éditeurs (messagerie ou autre) concerné s'engage à lui confier l'intégralité de ses titres pour l'exportation ;

– de suspendre le système des remises de fidélité pratiquées à l'égard des éditeurs sur les tarifs de ses services de distribution sur les marchés export ;

– de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans ses barèmes.

À la Société Auxiliaire pour l'Exploitation de Messageries Transport Presse (SAEM-TP), le Conseil de la concurrence a par ailleurs enjoint, toujours à titre conservatoire et donc dans l'attente d'une décision au fond :

– de ne pas reconduire le système de bonification exceptionnelle figurant dans son barème ;

– de suspendre l'application de la remise de fidélité figurant dans son barème.

Le délai imparti aux NMPP pour exécuter l'ensemble des injonctions expirant à la fin du mois d'avril 2004, leur respect ne pourra être apprécié globalement qu'après cette date.

Le contrôle de l'exécution des sanctions pécuniaires

Le recouvrement des sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil de la concurrence ou la cour d'appel de Paris ressort des services de la Direction générale de la comptabilité publique et est confié à la Trésorerie générale des créances spéciales du trésor (TGCST), sise à Châtellerault. En application des dispositions de l'article L. 464-4 du Code de commerce, les sommes correspondantes sont recouvrées comme les créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine.

La Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes procède à l'assignation du recouvrement auprès de la TGCST dès notification de la décision du Conseil de la concurrence ou de l'arrêt de la cour d'appel.

Les éléments qui m'ont été communiqués par la TGCST, relatifs aux opérations de prise en charge et de recouvrement des créances accomplies au titre de l'exécution des décisions rendues révèlent que :

– pour les années antérieures, le montant net des recouvrements pris en charge demeurait de 1 402 427,27 euros ; le montant qui a effectivement été recouvré au cours de l'année 2003 au titre des reliquats des années antérieures s'élève à 1 005 766,57 euros, soit un taux de recouvrement de 71,72 %. Il reste par conséquent un montant non recouvré de 396 660,70 euros ;
– pour l'année 2003, le montant net des recouvrements pris en charge s'élève à 61 187 095,00 euros ; le montant effectivement recouvré est de 51 477 357,00 euros, soit un taux de recouvrement de 84,13 %. Il reste par conséquent un montant non recouvré de 9 709 738,00 euros.

Cette différence s'explique principalement par les échéanciers de paiement négociés auprès de la TGCST par certaines entreprises sanctionnées. Ces chiffres traduisent donc un niveau normal de restes à recouvrer.

Pour le ministre et par délégation,
Le directeur général
de la concurrence, de la consommation
et de la répression des fraudes,
Benoît Parlos

Textes

Textes

Code de commerce (partie législative)
Livre IV – De la liberté des prix et de la concurrence..... 359

Articles de l'ordonnance nº 86-1243 n'ayant pas été abrogés 390

Code de commerce
Livre IX – Dispositions relatives à l'outre-mer 391

Décret nº 86-1309 du 29 décembre 1986
fixant les conditions d'application de l'ordonnance nº 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence.. 395

Décret nº 87-849 du 19 octobre 1987
relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence 408

Décret nº 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..... 414

Règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002
relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité..... 433

Règlement intérieur du Conseil de la concurrence 463

Décision d'organisation de la présidente du Conseil de la concurrence..... 466

Composition du Conseil de la concurrence,
à partir du 13 janvier 2003 469

Sections du Conseil de la concurrence,
au 22 janvier 2003 471

Nomination d'un commissaire du Gouvernement
auprès du Conseil de la concurrence..... 473

Charte de déontologie..... 474

Code de commerce (partie législative)

Livre IV – De la liberté des prix et de la concurrence

Titre Ier. Dispositions générales

Article L. 410-1

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 conventions de délégation de service public.

Article L. 410-2

Sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, les prix des biens, produits et services relevant antérieurement au 1er janvier 1987 de l'ordonnance nº 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.

Les dispositions des deux premiers alinéas ne font pas obstacle à ce que le Gouvernement arrête, par décret en Conseil d'État, contre des hausses ou des baisses excessives de prix, des mesures temporaires motivées par une situation de crise, des circonstances exceptionnelles, une calamité publique ou une situation manifestement anormale du marché dans un secteur déterminé. Le décret est pris après consultation du Conseil national de la consommation. Il précise sa durée de validité qui ne peut excéder six mois.

Titre II. Des pratiques anticoncurrentielles

Article L. 420-1

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 52 Journal officiel du 16 mai 2001)

Sont prohibées 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.

Article L. 420-2

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 66 Journal officiel du 16 mai 2001)

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.

Article L. 420-3

Est nul tout engagement, convention ou clause contractuelle se rapportant à une pratique prohibée par les articles L. 420-1 et L. 420-2.

Article L. 420-4

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 48 Journal officiel du 16 mai 2001)

I. – Ne sont pas soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 les pratiques :

1° qui résultent de l'application d'un texte législatif ou d'un texte réglementaire pris pour son application ;
2° dont les auteurs peuvent justifier qu'elles ont pour effet d'assurer un progrès économique, y compris par la création ou le maintien d'emplois, et qu'elles réservent aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, sans donner aux entreprises intéressées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits en cause. Ces pratiques qui peuvent consister à organiser, pour les produits agricoles ou d'origine agricole, sous une même marque ou enseigne, les volumes et la qualité de production ainsi que la politique commerciale, y compris en convenant d'un prix de cession commun ne doivent imposer des restrictions à la

concurrence, que dans la mesure où elles sont indispensables pour atteindre cet objectif de progrès.

II. – Certaines catégories d'accords ou certains accords, notamment lorsqu'ils ont pour objet d'améliorer la gestion des entreprises moyennes ou petites, peuvent être reconnus comme satisfaisant à ces conditions par décret pris après avis conforme du Conseil de la concurrence.

Article L. 420-5

Sont prohibées les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits.

Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits.

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

Article L. 420-6

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 67 Journal officiel du 16 mai 2001)

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 en œuvre de pratiques visées aux articles L. 420-1 et L. 420-2.

Le tribunal peut ordonner que sa décision soit publiée intégralement ou par extraits dans les journaux qu'il désigne, aux frais du condamné.

Les actes interruptifs de la prescription devant le Conseil de la concurrence en application de l'article L. 462-7 sont également interruptifs de la prescription de l'action publique.

Article L. 420-7

(inséré par loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 82 Journal officiel du 16 mai 2001)

Sans préjudice des articles L. 420-6, L. 462-8, L. 463-1 à L. 463-4, L. 463-6, L. 463-7 et L. 464-1 à L. 464-8, les litiges relatifs à l'application des règles contenues dans les articles L. 420-1 à L. 420-5 et ceux dans lesquels ces dispositions sont invoquées sont attribués, selon le cas, aux tribunaux de grande instance ou aux tribunaux de commerce dont la liste est fixée par décret.

Titre III. De la concentration économique

Article L. 430-1

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 86 Journal officiel du 16 mai 2001)

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.

II. – La création d'une entreprise commune accomplissant de manière durable toutes les fonctions d'une entité économique autonome constitue une concentration au sens du présent article.

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.

Article L. 430-2

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 87 Journal officiel du 16 mai 2001)

Est soumise aux dispositions des articles L. 430-3 et suivants du présent titre toute opération de concentration, au sens de l'article L. 430-1, lorsque sont réunies les trois conditions suivantes :

– 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 ;
– l'opération n'entre pas dans le champ d'application du règlement (CEE) nº 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises.

Toutefois, une opération de concentration entrant dans le champ du règlement précité qui a fait l'objet d'un renvoi total ou partiel à l'autorité nationale est soumise, dans la limite de ce renvoi, aux dispositions du présent titre.

Article L. 430-3

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 88 Journal officiel du 16 mai 2001)

L'opération de concentration doit être notifiée au ministre chargé de l'économie. Cette notification intervient lorsque la ou les parties concernées sont

engagées de façon irrévocable, et notamment après la conclusion des actes la constituant, la publication de l'offre d'achat ou d'échange ou l'acquisition d'une participation de contrôle. Le renvoi par la Commission des Communautés européennes vaut notification.

L'obligation de notification incombe aux personnes physiques ou morales qui acquièrent le contrôle de tout ou partie d'une entreprise ou, dans le cas d'une fusion ou de la création d'une entreprise commune, à toutes les parties concernées qui doivent alors notifier conjointement. Le contenu du dossier de notification est fixé par décret.

La réception de la notification d'une opération, ou le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire, fait l'objet d'un communiqué publié par le ministre chargé de l'Économie selon des modalités fixées par décret.

Dès réception du dossier de notification, le ministre en adresse un exemplaire au Conseil de la concurrence.

Article L. 430-4

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 89 Journal officiel du 16 mai 2001)

La réalisation effective d'une opération de concentration ne peut intervenir qu'après l'accord du ministre chargé de l'Économie et, le cas échéant, du ministre chargé du secteur économique concerné.

En cas de nécessité particulière dûment motivée, les parties qui ont procédé à la notification peuvent demander au ministre chargé de l'Économie une dérogation leur permettant de procéder à la réalisation effective de tout ou partie de la concentration sans attendre la décision mentionnée au premier alinéa et sans préjudice de celle-ci.

Article L. 430-5

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 90 Journal officiel du 16 mai 2001)

I. – Le ministre chargé de l'Économie se prononce sur l'opération de concentration dans un délai de cinq semaines à compter de la date de réception de la notification complète.

II. – Les parties à l'opération peuvent s'engager à prendre des mesures visant notamment à remédier, le cas échéant, aux effets anticoncurrentiels de l'opération soit à l'occasion de la notification de cette opération, soit à tout moment avant l'expiration du délai de cinq semaines à compter de la date de réception de la notification complète, tant que la décision prévue au I n'est pas intervenue.

Si les engagements sont reçus par le ministre plus de deux semaines après la notification complète de l'opération, le délai mentionné au I expire trois semaines après la date de réception desdits engagements par le ministre chargé de l'Économie.

III. – Le ministre chargé de l'Économie peut :

– soit constater, par décision motivée, que l'opération qui lui a été notifiée n'entre pas dans le champ défini par les articles L. 430-1 et L. 430-2 ;

– soit autoriser l'opération, en subordonnant éventuellement, par décision motivée, cette autorisation à la réalisation effective des engagements pris par les parties.

Toutefois, s'il estime que l'opération est de nature à porter atteinte à la concurrence et que les engagements pris ne suffisent pas à y remédier, il saisit pour avis le Conseil de la concurrence.

IV. – Si le ministre ne prend aucune des trois décisions prévues au III dans le délai mentionné au I, éventuellement prolongé en application du II, l'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation.

Article L. 430-6

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 92 Journal officiel du 16 mai 2001)

Si une opération de concentration a fait l'objet, en application du III de l'article L. 430-5, d'une saisine du Conseil de la concurrence, celui-ci examine si elle est de nature à porter atteinte à la concurrence, notamment par création ou renforcement d'une position dominante ou par création ou renforcement d'une puissance d'achat qui place les fournisseurs en situation de dépendance économique. Il apprécie si l'opération apporte au progrès économique une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence. Le Conseil tient compte de la compétitivité des entreprises en cause au regard de la concurrence internationale.

La procédure applicable à cette consultation du Conseil de la concurrence est celle qui est prévue au deuxième alinéa de l'article L. 463-2 et aux articles L. 463-4, L. 463-6 et L. 463-7. Toutefois, les parties qui ont procédé à la notification et le commissaire du Gouvernement doivent produire leurs observations en réponse à la communication du rapport dans un délai de trois semaines.

Avant de statuer, le Conseil peut entendre des tiers en l'absence des parties qui ont procédé à la notification. Les comités d'entreprise des entreprises parties à l'opération de concentration sont entendus à leur demande par le Conseil dans les mêmes conditions.

Le Conseil remet son avis au ministre chargé de l'Économie dans un délai de trois mois.

Le ministre chargé de l'Économie transmet sans délai cet avis aux parties qui ont procédé à la notification.

Article L. 430-7

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 92 Journal officiel du 16 mai 2001)

I. – Lorsque le Conseil de la concurrence a été saisi, l'opération de concentration fait l'objet d'une décision dans un délai de quatre semaines à compter de la remise de l'avis du Conseil au ministre chargé de l'Économie.

II. – Après avoir pris connaissance de l'avis du Conseil de la concurrence, les parties peuvent proposer des engagements de nature à remédier aux effets anticoncurrentiels de l'opération avant la fin d'un délai de quatre

semaines à compter de la date de remise de l'avis au ministre, à moins que l'opération n'ait déjà fait l'objet de la décision prévue au I.

Si les engagements sont transmis au ministre plus d'une semaine après la date de remise de l'avis au ministre, le délai mentionné au I expire trois semaines après la date de réception desdits engagements par le ministre.

III. – Le ministre chargé de l'Économie et, le cas échéant, le ministre chargé du secteur économique concerné peuvent, par arrêté motivé :

– soit interdire l'opération de concentration et enjoindre, le cas échéant, aux parties de prendre toute mesure propre à rétablir une concurrence suffisante ;
– soit autoriser l'opération en enjoignant aux parties de prendre toute mesure propre à assurer une concurrence suffisante ou en les obligeant à observer des prescriptions de nature à apporter au progrès économique et social une contribution suffisante pour compenser les atteintes à la concurrence.

Les injonctions et prescriptions mentionnées aux deux alinéas précédents s'imposent quelles que soient les clauses contractuelles éventuellement conclues par les parties.

Le projet d'arrêté est transmis aux parties intéressées, auxquelles un délai est imparti pour présenter leurs observations.

IV. – Si le ministre chargé de l'Économie et le ministre chargé du secteur économique concerné n'entendent prendre aucune des deux décisions prévues au III, le ministre chargé de l'Économie autorise l'opération, par une décision motivée. L'autorisation peut être subordonnée à la réalisation effective des engagements pris par les parties qui ont procédé à la notification.

V. – Si aucune des trois décisions prévues aux III et IV n'a été prise dans le délai mentionné au I, éventuellement prolongé en application du II, l'opération est réputée avoir fait l'objet d'une décision d'autorisation.

Article L. 430-8

(inséré par loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 92 Journal officiel du 16 mai 2001)

I. – Si une opération de concentration a été réalisée sans être notifiée, le ministre chargé de l'Économie peut infliger aux personnes auxquelles incombait la charge de la notification une sanction pécuniaire dont le montant maximum s'élève, pour les personnes morales, à 5 % de leur chiffre d'affaires hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos, augmenté, le cas échéant, de celui qu'a réalisé en France durant la même période la partie acquise, et, pour les personnes physiques, à 1,5 million d'euros.

En outre, le ministre enjoint sous astreinte aux parties de notifier l'opération, à moins de revenir à l'état antérieur à la concentration. Il peut également saisir le Conseil de la concurrence sans attendre la notification. La procédure prévue aux articles L. 430-5 à L. 430-7 est alors applicable.

II. – Si une opération de concentration notifiée et ne bénéficiant pas de la dérogation prévue au deuxième alinéa de l'article L. 430-4 a été réalisée avant l'intervention de la décision prévue au premier alinéa du même article,

le ministre chargé de l'Économie peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.

III. – En cas d'omission ou de déclaration inexacte dans une notification, le ministre chargé de l'Économie peut infliger aux personnes ayant procédé à la notification une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.

Cette sanction peut s'accompagner du retrait de la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. À moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont alors tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I.

IV. – S'il estime que les parties n'ont pas exécuté dans les délais fixés une injonction, une prescription ou un engagement, le ministre chargé de l'Économie peut saisir pour avis le Conseil de la concurrence.

Si l'avis du Conseil de la concurrence constate l'inexécution, le ministre chargé de l'Économie et, le cas échéant, le ministre chargé du secteur économique concerné peuvent :

1° retirer la décision ayant autorisé la réalisation de l'opération. À moins de revenir à l'état antérieur à la concentration, les parties sont tenues de notifier de nouveau l'opération dans un délai d'un mois à compter du retrait de la décision, sauf à encourir les sanctions prévues au I ;

2° enjoindre sous astreinte aux parties auxquelles incombait l'obligation non exécutée d'exécuter dans un délai qu'ils fixent les injonctions, prescriptions ou engagements.

En outre, le ministre chargé de l'Économie peut infliger aux personnes auxquelles incombait l'obligation non exécutée une sanction pécuniaire qui ne peut dépasser le montant défini au I.

Article L. 430-9

(inséré par loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 91 Journal officiel du 16 mai 2001)

Le Conseil de la concurrence peut, en cas d'exploitation abusive d'une position dominante ou d'un état de dépendance économique, demander au ministre chargé de l'Économie d'enjoindre, conjointement avec le ministre dont relève le secteur, par arrêté motivé, à l'entreprise ou au groupe d'entreprises en cause de modifier, de compléter ou de résilier, dans un délai déterminé, tous accords et tous actes par lesquels s'est réalisée la concentration de la puissance économique qui a permis les abus même si ces actes ont fait l'objet de la procédure prévue au présent titre.

Article L. 430-10

(inséré par loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 93 Journal officiel du 16 mai 2001)

I. – Les décisions prises en application des articles L. 430-5 à L. 430-8 sont rendues publiques, le cas échéant accompagnées de l'avis du Conseil de la concurrence, selon des modalités fixées par décret.

II. – Lorsqu'il interroge des tiers au sujet de l'opération, de ses effets et des engagements proposés par les parties et rend publique sa décision dans les conditions prévues au I, le ministre chargé de l'Économie tient compte de l'intérêt légitime des parties qui procèdent à la notification ou des personnes citées à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Titre IV. De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées

Chapitre préliminaire. Dispositions générales

Article L. 440-1

(inséré par loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 51 Journal officiel du 16 mai 2001)

Une Commission d'examen des pratiques commerciales est créée. Elle est composée d'un député et d'un sénateur désignés par les commissions permanentes de leur assemblée compétentes en matière de relations commerciales entre fournisseurs et revendeurs, de membres, éventuellement honoraires, des juridictions administratives et judiciaires, de représentants des secteurs de la production et de la transformation agricole et halieutique, ainsi qu'industrielle et artisanale, des transformateurs, des grossistes, des distributeurs et de l'administration, ainsi que de personnalités qualifiées. Elle est présidée par un magistrat de l'ordre administratif ou judiciaire. Elle comprend un nombre égal de représentants des producteurs et des revendeurs.

Les membres de la commission sont tenus au secret professionnel pour les faits, actes et renseignements dont ils ont pu avoir connaissance en raison de leurs fonctions.

La commission a pour mission de donner des avis ou formuler des recommandations sur les questions, les documents commerciaux ou publicitaires, y compris les factures et contrats couverts par un secret industriel et commercial, et les pratiques concernant les relations commerciales entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. Elle assure, sous la responsabilité de son président, l'anonymat des saisines et des documents qui lui sont soumis, y compris vis-à-vis de ses membres.

La commission est saisie par le ministre chargé de l'Économie, le ministre chargé du secteur économique concerné, le président du Conseil de la concurrence, toute personne morale, notamment les organisations professionnelles ou syndicales, les associations de consommateurs agréées, les chambres consulaires ou d'agriculture, ainsi que par tout producteur, fournisseur, revendeur s'estimant lésé par une pratique commerciale. Elle peut également se saisir d'office. Le président de la commission peut décider de mettre en place plusieurs chambres d'examen au sein de la commission.

L'avis rendu par la commission porte notamment sur la conformité au droit de la pratique ou du document dont elle est saisie.

La commission entend, à sa demande, les personnes et fonctionnaires qu'elle juge utiles à l'accomplissement de sa mission. Son président peut demander qu'une enquête soit effectuée par les agents habilités à cet effet par l'article L. 450-1 du présent code ou l'article L. 215-1 du Code de la consommation, selon les procédures prévues. Le compte rendu de l'enquête est remis au président de la commission qui s'assure qu'il préserve l'anonymat des personnes concernées.

La commission peut également décider d'adopter une recommandation sur les questions dont elle est saisie et toutes celles entrant dans ses compétences, notamment celles portant sur le développement des bonnes pratiques. Lorsqu'elle fait suite à une saisine en application du troisième alinéa, cette recommandation ne contient aucune indication de nature à permettre l'identification des personnes concernées. La recommandation est communiquée au ministre chargé de l'Économie et est publiée sur décision de la commission.

La commission exerce, en outre, un rôle d'observatoire régulier des pratiques commerciales, des facturations et des contrats conclus entre producteurs, fournisseurs, revendeurs qui lui sont soumis. Elle établit chaque année un rapport d'activité, qu'elle transmet au Gouvernement et aux assemblées parlementaires. Ce rapport est rendu public.

Un décret détermine l'organisation, les moyens et les modalités de fonctionnement de la commission ainsi que les conditions nécessaires pour assurer l'anonymat des acteurs économiques visés dans les avis et recommandations de la commission.

Chapitre Ier. De la transparence

Article L. 441-1

(Loi nº 2001-1168 du 11 décembre 2001 art. 13 IV 1° Journal officiel du 12 décembre 2001)

Les règles relatives aux conditions de vente au consommateur sont fixées par l'article L. 113-3 du Code de la consommation reproduit ci-après :

« Art. L. 113-3. – Tout vendeur de produits ou tout prestataire de services doit par voie de marquage, d'étiquetage, d'affichage ou par tout autre procédé approprié, informer le consommateur sur les prix, les limitations éventuelles de la responsabilité contractuelle et les conditions particulières de la vente, selon des modalités fixées par arrêtés du ministre chargé de l'Économie, après consultation du Conseil national de la consommation.

Les règles relatives à l'obligation de renseignements par les établissements de crédit et les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier sont fixées par les I et II de l'article L. 312-1-1 du même code. »

Article L. 441-2

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 49 Journal officiel du 16 mai 2001)

Toute publicité à l'égard du consommateur, diffusée sur tout support ou visible de l'extérieur du lieu de vente, mentionnant une réduction de prix ou

un prix promotionnel sur les produits alimentaires périssables doit préciser la nature et l'origine du ou des produits offerts et la période pendant laquelle est maintenue l'offre proposée par l'annonceur. La mention relative à l'origine est inscrite en caractères d'une taille égale à celle de l'indication du prix.

Toute infraction aux dispositions du premier alinéa est punie d'une amende de 100 000 F.

Lorsque de telles opérations promotionnelles sont susceptibles, par leur ampleur ou leur fréquence, de désorganiser les marchés, un arrêté interministériel ou, à défaut, préfectoral fixe, pour les produits concernés, la périodicité et la durée de telles opérations.

L'annonce de prix, dans des catalogues ou sur tout autre support promotionnel, hormis électronique, hors lieu de vente, portant sur la vente d'un fruit ou légume frais, quelle que soit son origine, est subordonnée à l'existence d'un accord interprofessionnel, conclu conformément aux dispositions de l'article L. 632-1 du code rural, qui précise les périodes où une telle annonce est possible et ses modalités. Cet accord interprofessionnel peut être étendu conformément aux dispositions des articles L. 632-3 et L. 632-4 du même code.

Toute infraction aux dispositions des alinéas ci-dessus est punie d'une amende de 100 000 F.

La cessation de la publicité réalisée dans des conditions non conformes aux dispositions du présent article peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du Code dela consommation.

Article L. 441-3

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 53 I Journal officiel du 16 mai 2001)

Tout achat de produits ou toute prestation de service pour une activité professionnelle doivent faire l'objet d'une facturation.

Le vendeur est tenu de délivrer la facture dès la réalisation de la vente ou la prestation du service. L'acheteur doit la réclamer. La facture doit être rédigée en double exemplaire. Le vendeur et l'acheteur doivent en conserver chacun un exemplaire.

La facture doit mentionner le nom des parties ainsi que leur adresse, la date de la vente ou de la prestation de service, la quantité, la dénomination précise, et le prix unitaire hors TVA des produits vendus et des services rendus ainsi que toute réduction de prix acquise à la date de la vente ou de la prestation de services et directement liée à cette opération de vente ou de prestation de services, à l'exclusion des escomptes non prévus sur la facture.

La facture mentionne également la date à laquelle le règlement doit intervenir. Elle précise les conditions d'escompte applicables en cas de paiement à une date antérieure à celle résultant de l'application des conditions générales de vente ainsi que le taux des pénalités exigibles le jour suivant la date de règlement inscrite sur la facture. Le règlement est réputé réalisé à la date à laquelle les fonds sont mis, par le client, à la disposition du bénéficiaire ou de son subrogé.

Article L. 441-4

Toute infraction aux dispositions de l'article L. 441-3 est punie d'une amende de 500 000 F.

L'amende peut être portée à 50 % de la somme facturée ou de celle qui aurait dû être facturée.

Article L. 441-5

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues à l'article 121-2 du Code pénal de l'infraction prévue à l'article L. 441-4. Les peines encourues par les personnes morales sont :

1° l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du Code pénal ;
2° la peine d'exclusion des marchés publics pour une durée de cinq ans au plus, en application du 5° de l'article 131-39 du même code.

Article L. 441-6

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 53 II Journal officiel du 16 mai 2001)

Tout producteur, prestataire de services, grossiste ou importateur est tenu de communiquer à tout acheteur de produit ou demandeur de prestation de services pour une activité professionnelle qui en fait la demande son barème de prix et ses conditions de vente. Celles-ci comprennent les conditions de règlement et, le cas échéant, les rabais et ristournes.

Sauf dispositions contraires figurant aux conditions de vente ou convenues entre les parties, le délai de règlement des sommes dues est fixé au trentième jour suivant la date de réception des marchandises ou d'exécution de la prestation demandée.

Les conditions de règlement doivent obligatoirement préciser les conditions d'application et le taux d'intérêt des pénalités de retard exigibles le jour suivant la date de règlement figurant sur la facture dans le cas où les sommes dues sont réglées après cette date. Sauf disposition contraire qui ne peut toutefois fixer un taux inférieur à une fois et demie le taux d'intérêt légal, ce taux est égal au taux d'intérêt appliqué par la Banque centrale européenne à son opération de refinancement la plus récente majoré de 7 points de pourcentage. Les pénalités de retard sont exigibles sans qu'un rappel soit nécessaire.

La communication prévue au premier alinéa s'effectue par tout moyen conforme aux usages de la profession.

Les conditions dans lesquelles un distributeur ou un prestataire de services se fait rémunérer par ses fournisseurs, en contrepartie de services spécifiques, doivent faire l'objet d'un contrat écrit en double exemplaire détenu par chacune des deux parties.

Toute infraction aux dispositions visées ci-dessus est punie d'une amende de 100 000 F.

Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal.

La peine encourue par les personnes morales est l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 dudit code.

Article L. 441-7

(inséré par loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 53 III Journal officiel du 16 mai 2001)

Pour les produits et services destinés à la consommation courante des ménages, lorsque le délai de paiement convenu entre les parties est supérieur à quarante-cinq jours, calculés à compter de la date de livraison des produits ou de prestation du service, l'acheteur doit fournir, à ses frais, une lettre de change ou un effet de commerce d'un montant égal à la somme due contractuellement à son fournisseur, le cas échéant augmentée des pénalités de retard de paiement. Cette lettre de change ou l'effet de commerce indique la date de son paiement. L'envoi de la lettre de change ou de l'effet de commerce est réalisé sans qu'aucune demande ou démarche du débiteur soit nécessaire. Si le délai de paiement de la lettre de change conduit à dépasser le délai de paiement prévu par le contrat de vente, les pénalités de retard prévues par le troisième alinéa de l'article L. 441-6 sont automatiquement appliquées sans demande du fournisseur.

Chapitre II. Des pratiques restrictives de concurrence

Article L. 442-1

(Loi nº 2001-1168 du 11 décembre 2001 art. 13 IV 2º Journal officiel du 12 décembre 2001)

Les règles relatives aux ventes ou prestations avec primes, aux refus de vente ou de prestation, prestations par lots ou par quantités imposées sont fixées par les articles L. 121-35 et L. 122-1 du Code de la consommation reproduits ci-après :

« Art. L. 121-35. – Est interdite toute vente ou offre de vente de produits ou de bien ou toute prestation ou offre de prestation de services, faite aux consommateurs et donnant droit à titre gratuit, immédiatement ou à terme, à une prime consistant en produits, biens ou services sauf s'ils sont identiques à ceux qui font l'objet de la vente ou de la prestation.

Cette disposition ne s'applique pas aux menus objets ou services de faible valeur ni aux échantillons.

Pour les établissements de crédit et les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier, les règles relatives aux ventes avec primes sont fixées par le 2 du I de l'article L. 312-1-2 du même code. »

« Art. L. 122-1. – Il est interdit de refuser à un consommateur la vente d'un produit ou la prestation d'un service, sauf motif légitime, et de subordonner la vente d'un produit à l'achat d'une quantité imposée ou à l'achat concomitant d'un autre produit ou d'un autre service ainsi que de subordonner la prestation d'un service à celle d'un autre service ou à l'achat d'un produit.

Pour les établissements de crédit et les organismes mentionnés à l'article L. 518-1 du Code monétaire et financier, les règles relatives aux ventes subordonnées sont fixées par le 1 du I de l'article L. 312-1-2 du même code. »

Article L. 442-2

Le fait, pour tout commerçant, de revendre ou d'annoncer la revente d'un produit en l'état à un prix inférieur à son prix d'achat effectif est puni de 500 000 F d'amende. Cette amende peut être portée à la moitié des dépenses de publicité dans le cas où une annonce publicitaire, quel qu'en soit le support, fait état d'un prix inférieur au prix d'achat effectif.

Le prix d'achat effectif est le prix unitaire figurant sur la facture majoré des taxes sur le chiffre d'affaires, des taxes spécifiques afférentes à cette revente et du prix du transport.

Article L. 442-3

Les personnes morales peuvent être déclarées pénalement responsables, dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal, de l'infraction prévue à l'article L. 442-2.

Les peines encourues par les personnes morales sont :

1° l'amende suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du Code pénal ;
2° la peine mentionnée au 9° de l'article 131-39 du même code.

La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du Code de la consommation.

Article L. 442-4

I. – Les dispositions de l'article L. 442-2 ne sont pas applicables :

1° aux ventes volontaires ou forcées motivées par la cessation ou le changement d'une activité commerciale :

a) aux produits dont la vente présente un caractère saisonnier marqué, pendant la période terminale de la saison des ventes et dans l'intervalle compris entre deux saisons de vente ;
b) aux produits qui ne répondent plus à la demande générale en raison de l'évolution de la mode ou de l'apparition de perfectionnements techniques ;
c) aux produits, aux caractéristiques identiques, dont le réapprovisionnement s'est effectué en baisse, le prix effectif d'achat étant alors remplacé par le prix résultant de la nouvelle facture d'achat ;
d) aux produits alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 300 mètres carrés et aux produits non alimentaires commercialisés dans un magasin d'une surface de vente de moins de 1 000 mètres carrés, dont le prix de revente est aligné sur le prix légalement pratiqué pour les mêmes produits par un autre commerçant dans la même zone d'activité ;
2° à condition que l'offre de prix réduit ne fasse l'objet d'une quelconque publicité ou annonce à l'extérieur du point de vente, aux produits périssables à partir du moment où ils sont menacés d'altération rapide.

II. – Les exceptions prévues au I ne font pas obstacle à l'application du 2 de l'article L. 625-5 et du 1 de l'article L. 626-2.

Article L. 442-5

Est puni d'une amende de 100 000 F le fait par toute personne d'imposer, directement ou indirectement, un caractère minimal au prix de revente d'un produit ou d'un bien, au prix d'une prestation de service ou à une marge commerciale.

Article L. 442-6

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 56 Journal officiel du 16 mai 2001)

I. – Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou artisan :

1° de pratiquer, à l'égard d'un partenaire économique, ou d'obtenir de lui des prix, des délais de paiement, des conditions de vente ou des modalités de vente ou d'achat discriminatoires et non justifiés par des contreparties réelles en créant, de ce fait, pour ce partenaire, un désavantage ou un avantage dans la concurrence ;
2° a) d'obtenir ou de tenter d'obtenir d'un partenaire commercial un avantage quelconque ne correspondant à aucun service commercial effectivement rendu ou manifestement disproportionné au regard de la valeur du service rendu. Un tel avantage peut notamment consister en la participation, non justifiée par un intérêt commun et sans contrepartie proportionnée, au financement d'une opération d'animation commerciale, d'une acquisition ou d'un investissement, en particulier dans le cadre de la rénovation de magasins ou encore du rapprochement d'enseignes ou de centrales de référencement ou d'achat ;

b) d'abuser de la relation de dépendance dans laquelle il tient un partenaire ou de sa puissance d'achat ou de vente en le soumettant à des conditions commerciales ou obligations injustifiées ;
3° d'obtenir ou de tenter d'obtenir un avantage, condition préalable à la passation de commandes, sans l'assortir d'un engagement écrit sur un volume d'achat proportionné et, le cas échéant, d'un service demandé par le fournisseur et ayant fait l'objet d'un accord écrit ;
4° d'obtenir ou de tenter d'obtenir, sous la menace d'une rupture brutale totale ou partielle des relations commerciales, des prix, des délais de paiement, des modalités de vente ou des conditions de coopération commerciale manifestement dérogatoires aux conditions générales de vente ;
5° de rompre brutalement, même partiellement, une relation commerciale établie, sans préavis écrit tenant compte de la durée de la relation commerciale et respectant la durée minimale de préavis déterminée, en référence aux usages du commerce, par des accords interprofessionnels. Lorsque la relation commerciale porte sur la fourniture de produits sous marque de distributeur, la durée minimale de préavis est double de celle qui serait applicable si le produit n'était pas fourni sous marque de distributeur. À défaut de tels accords, des arrêtés du ministre chargé de l'Économie peuvent, pour chaque catégorie de produits, fixer, en tenant compte des usages du commerce, un délai minimum de préavis et encadrer les conditions de rupture des relations commerciales, notamment en fonction de leur durée. Les dispositions qui précèdent ne font pas obstacle à la faculté de résiliation sans préavis, en cas d'inexécution par l'autre partie de ses obligations ou en cas de force majeure ;

6° de participer directement ou indirectement à la violation de l'interdiction de revente hors réseau faite au distributeur lié par un accord de distribution sélective ou exclusive exempté au titre des règles applicables du droit de la concurrence ;
7° de soumettre un partenaire à des conditions de règlement manifestement abusives, compte tenu des bonnes pratiques et usages commerciaux, et s'écartant au détriment du créancier, sans raison objective, du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6.

II. – Sont nuls les clauses ou contrats prévoyant pour un producteur, un commerçant, un industriel ou un artisan, la possibilité :

a) de bénéficier rétroactivement de remises, de ristournes ou d'accords de coopération commerciale ;
b) d'obtenir le paiement d'un droit d'accès au référencement préalablement à la passation de toute commande ;
c) d'interdire au cocontractant la cession à des tiers des créances qu'il détient sur lui.

L'annulation des clauses relatives au règlement entraîne l'application du délai indiqué au deuxième alinéa de l'article L. 441-6, sauf si la juridiction saisie peut constater un accord sur des conditions différentes qui soient équitables.

III. – L'action est introduite devant la juridiction civile ou commerciale compétente par toute personne justifiant d'un intérêt, par le ministère public, par le ministre chargé de l'Économie ou par le président du Conseil de la concurrence lorsque ce dernier constate, à l'occasion des affaires qui relèvent de sa compétence, une pratique mentionnée au présent article.

Lors de cette action, le ministre chargé de l'Économie et le ministère public peuvent demander à la juridiction saisie d'ordonner la cessation des pratiques mentionnées au présent article. Ils peuvent aussi, pour toutes ces pratiques, faire constater la nullité des clauses ou contrats illicites, demander la répétition de l'indu et le prononcé d'une amende civile dont le montant ne peut excéder 2 millions d'euros. La réparation des préjudices subis peut également être demandée.

IV. – Le juge des référés peut ordonner la cessation des pratiques discriminatoires ou abusives ou toute autre mesure provisoire.

Article L. 442-7

Aucune association ou coopérative d'entreprise ou d'administration ne peut, de façon habituelle, offrir des produits à la vente, les vendre ou fournir des services si ces activités ne sont pas prévues par ses statuts.

Article L. 442-8

Il est interdit à toute personne d'offrir à la vente des produits ou de proposer des services en utilisant, dans des conditions irrégulières, le domaine public de l'État, des collectivités locales et de leurs établissements publics.

Les infractions à l'interdiction mentionnée à l'alinéa précédent sont recherchées et constatées dans les conditions définies par les articles L. 450-1 à L. 450-3 et L. 450-8.

Les agents peuvent consigner, dans des locaux qu'ils déterminent et pendant une durée qui ne peut être supérieure à un mois, les produits offerts à la vente et les biens ayant permis la vente des produits ou l'offre de services.

La consignation donne lieu à l'établissement immédiat d'un procès-verbal. Celui-ci comporte un inventaire des biens et des marchandises consignés ainsi que la mention de leur valeur. Il est communiqué dans les cinq jours de sa clôture au procureur de la République et à l'intéressé.

La juridiction peut ordonner la confiscation des produits offerts à la vente et des biens ayant permis la vente des produits ou l'offre de services. La juridiction peut condamner l'auteur de l'infraction à verser au Trésor public une somme correspondant à la valeur des produits consignés, dans le cas où il n'a pas été procédé à une saisie.

Chapitre III. Autres pratiques prohibées

Article L. 443-1

À peine d'une amende de 500 000 F, le délai de paiement, par tout producteur, revendeur ou prestataire de services, ne peut être supérieur :

1° à trente jours après la fin de la décade de livraison pour les achats de produits alimentaires périssables et de viandes congelées ou surgelées, de poissons surgelés, de plats cuisinés et de conserves fabriqués à partir de produits alimentaires périssables, à l'exception des achats de produits saisonniers effectués dans le cadre de contrats dits de culture visés aux articles L. 326-1 à L. 326-3 du Code rural ;
2° à vingt jours après le jour de livraison pour les achats de bétail sur pied destiné à la consommation et de viandes fraîches dérivées ;
3° à trente jours après la fin du mois de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de consommation prévus à l'article 403 du code général des impôts ;
4° à défaut d'accords interprofessionnels conclus en application du livre VI du Code rural et rendus obligatoires par voie réglementaire à tous les opérateurs sur l'ensemble du territoire métropolitain pour ce qui concerne les délais de paiement, à soixante-quinze jours après le jour de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus à l'article 438 du même code.

Article L. 443-2

I. – Le fait, en diffusant, par quelque moyen que ce soit, des informations mensongères ou calomnieuses, en jetant sur le marché des offres destinées à troubler les cours ou des sur offres faites aux prix demandés par les vendeurs, ou en utilisant tout autre moyen frauduleux, d'opérer ou de tenter d'opérer la hausse ou la baisse artificielle du prix de biens ou de services ou

d'effets publics ou privés, est puni de deux ans d'emprisonnement et de 200 000 F d'amende.

II. – Lorsque la hausse ou la baisse artificielle des prix concerne des produits alimentaires, la peine est portée à trois ans d'emprisonnement et 300 000 F d'amende.

III. – Les personnes physiques coupables des infractions prévues au présent article encourent également les peines complémentaires suivantes :

1° l'interdiction des droits civiques, civils et de famille, suivant les modalités de l'article 131-26 du Code pénal ;
2° l'affichage ou la diffusion de la décision prononcée dans les conditions prévues par l'article 131-35 du Code pénal.

Article L. 443-3

I. – Les personnes morales peuvent être déclarées responsables pénalement dans les conditions prévues par l'article 121-2 du Code pénal des infractions définies aux I et II de l'article L. 443-2.

II. – Les peines encourues par les personnes morales sont :

1° l'amende, suivant les modalités prévues par l'article 131-38 du Code pénal ;
2° les peines mentionnées aux 2°, 3°, 4°, 5°, 6° et 9° de l'article 131-39 du même code.

III. – L'interdiction mentionnée au 2° de l'article 131-39 du même code porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise.

Titre V. Des pouvoirs d'enquête

Article L. 450-1

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 81 I Journal officiel du 16 mai 2001)

Des fonctionnaires habilités à cet effet par le ministre chargé de l'Économie peuvent procéder aux enquêtes nécessaires à l'application des dispositions du présent livre.

Les rapporteurs du Conseil de la concurrence disposent des mêmes pouvoirs pour les affaires dont le Conseil est saisi.

Des fonctionnaires de catégorie A du ministère chargé de l'Économie, spécialement habilités à cet effet par le garde des Sceaux, ministre de la Justice, sur la proposition du ministre chargé de l'Économie, peuvent recevoir des juges d'instruction des commissions rogatoires.

Les fonctionnaires habilités mentionnés au présent article peuvent exercer les pouvoirs d'enquête qu'ils tiennent du présent article et des articles suivants sur l'ensemble du territoire national.

Article L. 450-2

Les enquêtes donnent lieu à l'établissement de procès-verbaux et, le cas échéant, de rapports.

Les procès-verbaux sont transmis à l'autorité compétente. Un double en est laissé aux parties intéressées. Ils font foi jusqu'à preuve contraire.

Article L. 450-3

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 76 Journal officiel du 16 mai 2001)

Les enquêteurs peuvent accéder à tous locaux, terrains ou moyens de transport à usage professionnel, demander la communication des livres, factures et tous autres documents professionnels et en obtenir ou prendre copie par tous moyens et sur tous supports, recueillir sur convocation ou sur place les renseignements et justifications.

Ils peuvent demander à l'autorité dont ils dépendent de désigner un expert pour procéder à toute expertise contradictoire nécessaire.

Article L. 450-4

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 77 Journal officiel du 16 mai 2001)

Les enquêteurs ne peuvent procéder aux visites en tous lieux ainsi qu'à la saisie de documents et de tout support d'information, que dans le cadre d'enquêtes demandées par le ministre chargé de l'Économie ou le rapporteur général du Conseil de la concurrence sur proposition du rapporteur et sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter, ou d'un juge délégué par lui. Lorsque ces lieux sont situés dans le ressort de plusieurs juridictions et qu'une action simultanée doit être menée dans chacun d'eux, une ordonnance unique peut être délivrée par l'un des présidents compétents.

Le juge doit vérifier que la demande d'autorisation qui lui est soumise est fondée ; cette demande doit comporter tous les éléments d'information en possession du demandeur de nature à justifier la visite. Lorsque la visite vise à permettre la constatation d'infractions aux dispositions du livre IV du présent code en train de se commettre, la demande d'autorisation peut ne comporter que les indices permettant de présumer, en l'espèce, l'existence des pratiques dont la preuve est recherchée.

La visite et la saisie s'effectuent sous l'autorité et le contrôle du juge qui les a autorisées. Il désigne un ou plusieurs officiers de police judiciaire chargés d'assister à ces opérations et de le tenir informé de leur déroulement. Lorsqu'elles ont lieu en dehors du ressort de son tribunal de grande instance, il délivre une commission rogatoire pour exercer ce contrôle au président du tribunal de grande instance dans le ressort duquel s'effectue la visite.

Le juge peut se rendre dans les locaux pendant l'intervention. À tout moment, il peut décider la suspension ou l'arrêt de la visite.

L'ordonnance est notifiée verbalement et sur place au moment de la visite à l'occupant des lieux ou à son représentant qui en reçoit copie intégrale

contre récépissé ou émargement au procès-verbal. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, l'ordonnance est notifiée après la visite, par lettre recommandée avec avis de réception. La notification est réputée faite à la date de réception figurant sur l'avis.

L'ordonnance mentionnée au premier alinéa du présent article n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues par le Code de procédure pénale. Ce pourvoi n'est pas suspensif.

La visite, qui ne peut commencer avant six heures ou après vingt et une heures, est effectuée en présence de l'occupant des lieux ou de son représentant. En cas d'impossibilité, l'officier de police judiciaire requiert deux témoins choisis en dehors des personnes relevant de son autorité, de celle de l'administration de la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou de celle du Conseil de la concurrence.

Les enquêteurs, l'occupant des lieux ou son représentant ainsi que l'officier de police judiciaire peuvent seuls prendre connaissance des pièces et documents avant leur saisie.

Les inventaires et mises sous scellés sont réalisés conformément à l'article 56 du Code de procédure pénale.

Les originaux du procès-verbal et de l'inventaire sont transmis au juge qui a ordonné la visite.

Les pièces et documents saisis sont restitués à l'occupant des lieux, dans un délai de six mois à compter de la date à laquelle la décision du Conseil de la concurrence est devenue définitive. L'occupant des lieux est mis en demeure, par lettre recommandée avec avis de réception, de venir les rechercher, dans un délai de deux mois. À l'expiration de ce délai et à défaut de diligences de sa part, les pièces et documents lui sont restitués, à ses frais.

Le déroulement des opérations de visite ou saisie peut faire l'objet d'un recours auprès du juge les ayant autorisées dans un délai de deux mois qui court, pour les personnes occupant les lieux où ces opérations se sont déroulées, à compter de la notification de l'ordonnance les ayant autorisées et, pour les autres personnes mises en cause ultérieurement au moyen de pièces saisies au cours de ces opérations, à compter de la date à laquelle elles ont eu connaissance de l'existence de ces opérations et au plus tard à compter de la notification de griefs prévue à l'article L. 463-2. Le juge se prononce sur ce recours par voie d'une ordonnance, qui n'est susceptible que d'un pourvoi en cassation selon les règles prévues au Code dela procédure pénale. Ce pourvoi n'est pas suspensif.

Article L. 450-5

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 78 Journal officiel du 16 mai 2001)

Le rapporteur général du Conseil de la concurrence est informé sans délai du déclenchement et de l'issue des investigations mentionnées à l'article L. 450-4 lorsqu'elles ont été diligentées à l'initiative du ministre chargé de l'Économie et qu'elles se rapportent à des faits susceptibles de relever des articles L. 420-1 et L. 420-2.

Il peut proposer au Conseil de se saisir d'office.

Article L. 450-6

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 80 Journal officiel du 16 mai 2001)

Le rapporteur général désigne, pour l'examen de chaque affaire, un ou plusieurs rapporteurs. À sa demande, l'autorité dont dépendent les agents visés à l'article L. 450-1 désigne les enquêteurs et fait procéder sans délai à toute enquête que le rapporteur juge utile. Ce dernier définit les orientations de l'enquête et est tenu informé de son déroulement.

Un décret précise les conditions dans lesquelles, à la demande motivée du président du Conseil de la concurrence, l'autorité dont dépendent les agents visés à l'article L. 450-1 met, pour une durée déterminée, à disposition du rapporteur général du Conseil de la concurrence, des enquêteurs pour effectuer certaines enquêtes, conformément aux orientations définies par les rapporteurs.

Article L. 450-7

Les enquêteurs peuvent, sans se voir opposer le secret professionnel, accéder à tout document ou élément d'information détenu par les services et établissements de l'État et des autres collectivités publiques.

Article L. 450-8

Est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 50 000 F le fait pour quiconque de s'opposer, de quelque façon que ce soit, à l'exercice des fonctions dont les agents désignés à l'article L. 450-1 et les rapporteurs du Conseil de la concurrence sont chargés en application du présent livre.

Titre VI. Du Conseil de la concurrence

Chapitre Ier. De l'organisation

Article L. 461-1

I. – Le Conseil de la concurrence comprend dix-sept membres nommés pour une durée de six ans par décret pris sur le rapport du ministre chargé de l'Économie.

II. – Il se compose de :

1° huit membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour de cassation, de la Cour des comptes ou des autres juridictions administratives ou judiciaires ;
2° quatre personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation ;
3° cinq personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales.

III. – Le président et les trois vice-présidents sont nommés, pour trois d'entre eux, parmi les membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la

Cour de cassation ou de la Cour des comptes, et pour l'un d'entre eux, parmi les catégories de personnalités mentionnées aux 2° et 3° du II.

IV. – Les quatre personnalités prévues au 2° du II sont choisies sur une liste de huit noms présentée par les huit membres prévus au 1° du II.

V. – Le mandat des membres du Conseil de la concurrence est renouvelable.

Article L. 461-2

Le président et les vice-présidents exercent leurs fonctions à plein temps. Ils sont soumis aux règles d'incompatibilité prévues pour les emplois publics.

Est déclaré démissionnaire d'office par le ministre tout membre du Conseil qui n'a pas participé, sans motif valable, à trois séances consécutives ou qui ne remplit pas les obligations prévues aux deux alinéas ci-dessous. Tout membre du Conseil doit informer le président des intérêts qu'il détient ou vient à acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique.

Aucun membre du Conseil ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées.

Le commissaire du Gouvernement auprès du Conseil est désigné par le ministre chargé de l'Économie.

Article L. 461-3

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 65 Journal officiel du 16 mai 2001)

Le Conseil peut siéger soit en formation plénière, soit en sections, soit en commission permanente. La commission permanente est composée du président et des trois vice-présidents.

En cas de partage égal des voix, la voix du président de la formation est prépondérante.

Le rapporteur général, le ou les rapporteurs généraux adjoints et les rapporteurs permanents sont nommés sur proposition du président par arrêté du ministre chargé de l'Économie. Les autres rapporteurs sont désignés par le président.

Le rapporteur général peut déléguer à un ou des rapporteurs généraux adjoints tout ou partie des attributions qu'il détient au titre du livre IV du présent code.

Les crédits attribués au Conseil de la concurrence pour son fonctionnement sont inscrits au budget du ministère chargé de l'Économie.

Le président est ordonnateur des recettes et des dépenses du Conseil.

Chapitre II. Des attributions

Article L. 462-1

Le Conseil de la concurrence peut être consulté par les commissions parlementaires sur les propositions de loi ainsi que sur toute question concernant la concurrence.

Il donne son avis sur toute question de concurrence à la demande du Gouvernement. Il peut également donner son avis sur les mêmes questions à la demande des collectivités territoriales, des organisations professionnelles et syndicales, des organisations de consommateurs agréées, des chambres d'agriculture, des chambres de métiers ou des chambres de commerce et d'industrie, en ce qui concerne les intérêts dont elles ont la charge.

Article L. 462-2

Le Conseil est obligatoirement consulté par le Gouvernement sur tout projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau ayant directement pour effet :

1° de soumettre l'exercice d'une profession ou l'accès à un marché à des restrictions quantitatives ;
2° d'établir des droits exclusifs dans certaines zones ;
3° d'imposer des pratiques uniformes en matière de prix ou de conditions de vente.

Article L. 462-3

Le Conseil peut être consulté par les juridictions sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 et relevées dans les affaires dont elles sont saisies. Il ne peut donner un avis qu'après une procédure contradictoire. Toutefois, s'il dispose d'informations déjà recueillies au cours d'une procédure antérieure, il peut émettre son avis sans avoir à mettre en œuvre la procédure prévue au présent texte.

Le cours de la prescription est suspendu, le cas échéant, par la consultation du Conseil.

L'avis du Conseil peut être publié après le non-lieu ou le jugement.

Article L. 462-4

Le Conseil peut être consulté par le ministre chargé de l'Économie sur tout projet de concentration ou toute concentration de nature à porter atteinte à la concurrence dans les conditions prévues au titre III ci-dessus.

Article L. 462-5

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.

Article L. 462-6

Le Conseil de la concurrence examine si les pratiques dont il est saisi entrent dans le champ des articles L. 420-1, L. 420-2 ou L. 420-5 ou peuvent se trouver justifiées par application de l'article L. 420-4. Il prononce, le cas échéant, des sanctions et de injonctions.

Lorsque les faits lui paraissent de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6, il adresse le dossier au procureur de la République. Cette transmission interrompt la prescription de l'action publique.

Article L. 462-7

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.

Article L. 462-8

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 74 Journal officiel du 16 mai 2001)

Le Conseil de la concurrence peut déclarer, par décision motivée, la saisine irrecevable pour défaut d'intérêt ou de qualité 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.

Il est donné acte, par décision du président du Conseil de la concurrence ou d'un vice-président délégué par lui, des désistements.

Article L. 462-9

(inséré par loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 83 Journal officiel du 16 mai 2001)

Le Conseil de la concurrence peut, pour ce qui relève de ses compétences et après information préalable du ministre chargé de l'Économie, communiquer les informations ou les documents qu'il détient ou qu'il recueille, à leur demande, à la Commission des Communautés européennes ou aux autorités des autres États exerçant des compétences analogues, à leur demande, sous réserve de réciprocité, et à condition que l'autorité étrangère compétente soit soumise au secret professionnel avec les mêmes garanties qu'en France.

Le Conseil de la concurrence peut, dans les mêmes conditions, selon les mêmes procédures et sous les mêmes sanctions que celles prévues pour l'exécution de sa mission, conduire ou demander au ministre chargé de l'Économie de conduire des enquêtes, à la demande d'autorités étrangères exerçant des compétences analogues, sous réserve de réciprocité.

L'obligation de secret professionnel ne fait pas obstacle à la communication par les autorités de concurrence des informations ou documents qu'elles détiennent ou qu'elles recueillent, à leur demande, à la Commission des Communautés européennes et aux autorités des autres États exerçant des compétences analogues et astreintes aux mêmes obligations de secret professionnel.

L'assistance demandée par une autorité étrangère exerçant des compétences analogues pour la conduite d'enquêtes ou la transmission d'informations détenues ou recueillies par le Conseil de la concurrence est refusée par celui-ci lorsque l'exécution de la demande est de nature à porter atteinte à la souveraineté, à la sécurité, aux intérêts économiques essentiels ou à l'ordre

public français ou lorsqu'une procédure pénale a déjà été engagée en France sur la base des mêmes faits et contre les mêmes personnes, ou bien lorsque celles-ci ont déjà été sanctionnées par une décision définitive pour les mêmes faits.

Les autorités de concurrence, pour ce qui relève de leurs compétences respectives, peuvent utiliser des informations ou des documents qui leur auront été transmis dans les mêmes conditions par la Commission des Communautés européennes ou les autorités des autres États membres exerçant des compétences analogues.

Le Conseil peut, pour la mise en œuvre du présent article, conclure des conventions organisant ses relations avec les autorités des autres États exerçant des compétences analogues. Ces conventions sont approuvées par le Conseil dans les conditions prévues à l'article L. 463-7. Elles sont publiées au *Journal officiel*.

Chapitre III. De la procédure

Article L. 463-1

L'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires.

Article L. 463-2

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 68 I et II Journal officiel du 16 mai 2001)

Sans préjudice des mesures prévues à l'article L. 464-1, le rapporteur général notifie les griefs aux intéressés ainsi qu'au commissaire du Gouvernement, qui peuvent consulter le dossier et présenter leurs observations dans un délai de deux mois.

Le rapport est ensuite notifié aux parties, au commissaire du Gouvernement et aux ministres intéressés. Il est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés.

Les parties ont un délai de deux mois pour présenter un mémoire en réponse qui peut être consulté dans les quinze jours qui précèdent la séance par les personnes visées à l'alinéa précédent.

Lorsque des circonstances exceptionnelles le justifient, le président du Conseil peut, par une décision non susceptible de recours, accorder un délai supplémentaire d'un mois pour la consultation du dossier et la production des observations des parties.

Article L. 463-3

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 69 Journal officiel du 16 mai 2001)

Le président du Conseil de la concurrence ou un vice-président délégué par lui peut, après la notification des 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.

Article L. 463-4

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 70 Journal officiel du 16 mai 2001)

Le président du Conseil de la concurrence, ou un vice-président délégué par lui, peut refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires, sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits des parties. Les pièces considérées sont retirées du dossier ou certaines de leurs mentions sont occultées.

Article L. 463-5

Les juridictions d'instruction et de jugement peuvent communiquer au Conseil de la concurrence, sur sa demande, les procès-verbaux ou rapports d'enquête ayant un lien direct avec des faits dont le Conseil est saisi.

Article L. 463-6

Est punie des peines prévues à l'article 226-13 du Code pénal, la divulgation par l'une des parties des informations concernant une autre partie ou un tiers et dont elle n'a pu avoir connaissance qu'à la suite des communications ou consultations auxquelles il a été procédé.

Article L. 463-7

Les séances du Conseil de la concurrence ne sont pas publiques. Seules les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent y assister. Les parties peuvent demander à être entendues par le Conseil et se faire représenter ou assister.

Le Conseil de la concurrence peut entendre toute personne dont l'audition lui paraît susceptible de contribuer à son information.

Le rapporteur général, le ou les rapporteurs généraux adjoints et le commissaire du Gouvernement peuvent présenter des observations.

Le rapporteur général, le ou les rapporteurs généraux adjoints et le rapporteur assistent au délibéré sans voix délibérative, sauf lorsque le Conseil statue sur des pratiques dont il a été saisi en application de l'article L. 462-5.

Article L. 463-8

(inséré par loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 71 Journal officiel du 16 mai 2001)

Le rapporteur général peut décider de faire appel à des experts en cas de demande formulée à tout moment de l'instruction par le rapporteur ou une partie. Cette décision n'est susceptible d'aucun recours.

La mission et le délai imparti à l'expert sont précisés dans la décision qui le désigne. Le déroulement des opérations d'expertise se fait de façon contradictoire.

Le financement de l'expertise est à la charge de la partie qui la demande ou à celle du Conseil dans le cas où elle est ordonnée à la demande du rapporteur. Toutefois, le Conseil peut, dans sa décision sur le fond, faire peser la charge définitive sur la ou les parties sanctionnées dans des proportions qu'il détermine.

Chapitre IV. Des décisions et des voies de recours

Article L. 464-1

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 72 Journal officiel du 16 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.

Les mesures conservatoires sont publiées au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*.

Article L. 464-2

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 73 Journal officiel du 16 mai 2001)

I. – 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, à la situation de l'organisme ou de l'entreprise sanctionné ou du groupe auquel l'entreprise appartient et à l'éventuelle réitération de pratiques prohibées par le présent titre. Elles sont déterminées individuellement pour chaque entreprise ou organisme sanctionné et de façon motivée pour chaque sanction.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est de 3 millions d'euros. Le montant maximum de la sanction est, pour une entreprise, de 10 % du montant du chiffre d'affaires mondial hors taxes le plus élevé réalisé au cours d'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre. Si les comptes de l'entreprise concernée ont été consolidés ou combinés en vertu des textes applicables à sa forme sociale, le chiffre d'affaires pris en compte est

celui figurant dans les comptes consolidés ou combinés de l'entreprise consolidante ou combinante.

Le Conseil de la concurrence peut ordonner la publication, la diffusion ou l'affichage de sa décision ou d'un extrait de celle-ci selon les modalités qu'il précise. Il peut également ordonner l'insertion de la décision ou de l'extrait de celle-ci dans le rapport établi sur les opérations de l'exercice par les gérants, le Conseil d'administration ou le directoire de l'entreprise. Les frais sont supportés par la personne intéressée.

II. – Lorsqu'un organisme ou une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs qui lui sont notifiés et s'engage à modifier ses comportements pour l'avenir, le rapporteur général peut proposer au Conseil de la concurrence, qui entend les parties et le commissaire du Gouvernement sans établissement préalable d'un rapport, de prononcer la sanction pécuniaire prévue au I en tenant compte de l'absence de contestation. Dans ce cas, le montant maximum de la sanction encourue est réduit de moitié.

III. – Une exonération totale ou partielle des sanctions pécuniaires peut être accordée à une entreprise ou à un organisme qui a, avec d'autres, mis en œuvre une pratique prohibée par les dispositions de l'article L. 420-1 s'il a contribué à établir la réalité de la pratique prohibée et à identifier ses auteurs, en apportant des éléments d'information dont le Conseil ou l'administration ne disposaient pas antérieurement. À la suite de la démarche de l'entreprise ou de l'organisme, le Conseil de la concurrence, à la demande du rapporteur général ou du ministre chargé de l'Économie, adopte à cette fin un avis de clémence, qui précise les conditions auxquelles est subordonnée l'exonération envisagée, après que le commissaire du Gouvernement et l'entreprise ou l'organisme concerné ont présenté leurs observations ; cet avis est transmis à l'entreprise ou à l'organisme et au ministre, et n'est pas publié. Lors de la décision prise en application du I du présent article, le Conseil peut, si les conditions précisées dans l'avis de clémence ont été respectées, accorder une exonération de sanctions pécuniaires proportionnée à la contribution apportée à l'établissement de l'infraction.

Article L. 464-3

Si les mesures et injonctions prévues aux articles L. 464-1 et L. 464-2 ne sont pas respectées, le Conseil peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2.

Article L. 464-4

Les sanctions pécuniaires sont recouvrées comme les créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine.

Article L. 464-5

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 69 Journal officiel du 16 mai 2001)

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 ne peut excéder 750 000 euros pour chacun des auteurs de pratiques prohibées.

Article L. 464-6

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 75 Journal officiel du 16 mai 2001)

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.

Article L. 464-7

La décision du Conseil prise au titre de l'article L. 464-1 peut faire l'objet d'un recours en annulation ou en réformation par les parties en cause et le commissaire du Gouvernement devant la cour d'appel de Paris au maximum dix jours après sa notification. La cour statue dans le mois du recours.

Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution des mesures conservatoires, si celles-ci sont susceptibles d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à leur notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.

Article L. 464-8

(Loi nº 2001-1168 du 11 décembre 2001 art. 33 IV Journal officiel du 12 décembre 2001)

Les décisions du Conseil de la concurrence mentionnées aux articles L. 462-8, L. 464-2, L. 464-3, L. 464-5 et L. 464-6 sont notifiées aux parties en cause et au ministre chargé de l'Économie, qui peuvent, dans le délai d'un mois, introduire un recours en annulation ou en réformation devant la cour d'appel de Paris.

Les décisions sont publiées au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*. Le ministre chargé de l'Économie veille à leur exécution.

Le recours n'est pas suspensif. Toutefois, le premier président de la cour d'appel de Paris peut ordonner qu'il soit sursis à l'exécution de la décision si celle-ci est susceptible d'entraîner des conséquences manifestement excessives ou s'il est intervenu, postérieurement à sa notification, des faits nouveaux d'une exceptionnelle gravité.

Le pourvoi en cassation, formé le cas échéant, contre l'arrêt de la cour, est exercé dans un délai d'un mois suivant sa notification.

Titre VII. Dispositions diverses

Article L. 470-1

La juridiction peut condamner solidairement les personnes morales au paiement des amendes prononcées contre leurs dirigeants en vertu des dispositions du présent livre et des textes pris pour son application.

Article L. 470-2

En cas de condamnation au titre des articles L. 441-3, L. 441-4, L. 441-5, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-5 et L. 443-1, la juridiction peut ordonner que sa décision soit affichée ou diffusée dans les conditions prévues par l'article 131-10 du Code pénal.

Article L. 470-3

Lorsqu'une personne ayant fait l'objet, depuis moins de deux ans, d'une condamnation pour l'une des infractions définies par les articles L. 441-2, L. 441-3, L. 441-4, L. 441-5, L. 441-6, L. 442-2, L. 442-3, L. 442-4, L. 442-5 et L. 443-1, commet la même infraction, le maximum de la peine d'amende encourue est porté au double.

Article L. 470-4

Lorsqu'une personne morale ayant fait l'objet, depuis moins de deux ans, d'une condamnation pour l'une des infractions définies par les articles L. 441-3, L. 441-4, L. 441-5, L. 441-6, L. 442-2, L. 442-3 et L. 442-4 commet la même infraction, le taux maximum de la peine d'amende encourue est égal à dix fois celui applicable aux personnes physiques pour cette infraction.

Article L. 470-5

Pour l'application des dispositions du présent livre, le ministre chargé de l'Économie ou son représentant peut, devant les juridictions civiles ou pénales, déposer des conclusions et les développer oralement à l'audience. Il peut également produire les procès-verbaux et les rapports d'enquête.

Article L. 470-6

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 84 Journal officiel du 16 mai 2001)

Pour l'application des articles 81 à 83 du traité instituant la Communauté européenne, le ministre chargé de l'Économie et les fonctionnaires qu'il a désignés ou habilités conformément aux dispositions du présent livre, d'une part, le Conseil de la concurrence, d'autre part, disposent des pouvoirs respectifs qui leur sont reconnus par les articles du présent livre. Les règles de procédure prévues par ces textes leur sont applicables.

Pour l'application des articles 87 et 88 du traité instituant la Communauté européenne, le ministre chargé de l'Économie et les fonctionnaires qu'il a

désignés ou habilités conformément aux dispositions de l'article L. 450-1 disposent des pouvoirs qui leur sont reconnus par le titre V du livre IV.

Article L. 470-7

Les organisations professionnelles peuvent introduire l'action devant la juridiction civile ou commerciale pour les faits portant un préjudice direct ou indirect à l'intérêt collectif de la profession ou du secteur qu'elles représentent, ou à la loyauté de concurrence.

Article L. 470-8

Un décret en Conseil d'État détermine les modalités d'application du présent livre.

Articles de l'ordonnance nº 86-1243 n'ayant pas été abrogés

Article 58 (alinéa 3)

Dès lors qu'elle constitue un élément d'évolution vers la libre concurrence, peut être établie par décret une procédure contribuant à l'information sur les coûts des transports routiers de marchandises et facilitant la gestion des entreprises.

Article 61

À titre transitoire, demeurent en vigueur les arrêtés réglementant, en application de l'ordonnance nº 45-1483 du 30 juillet 1945, les prix des secteurs et des zones visés au deuxième alinéa de l'article 1er de la présente ordonnance et énumérés au décret prévu à l'article 1er de la présente ordonnance et énumérés au décret prévu à l'article suivant.

Les dispositions de l'ordonnance nº 45-1483 du 30 juin 1945 demeurent en vigueur pour la réglementation du papier de presse.

Code de commerce

Livre IX – Dispositions relatives à l'outre-mer

Titre Ier. Dispositions spécifiques à Saint-Pierre-et-Miquelon

Article L. 910-1

Ne sont pas applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon les articles :

. . . . . .

3° 470-6 ;

Chapitre IV. Dispositions d'adaptation du livre IV

Article L. 914-1

Au second alinéa de l'article L. 442-2, avant les mots : « *taxes sur le chiffre d'affaires* », est ajouté le mot « *éventuelles* ».

Article L. 914-2

L'article L. 443-1 est modifié ainsi qu'il suit :

I – au 3°, les mots : « *à l'article 403 du Code général des impôts* » sont remplacés par les mots : « *par les dispositions du Code des impôts applicable localement* » ;
II – le 4° est ainsi rédigé :
« *4° à soixante-quinze jours après le jour de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus par le Code des impôts applicable localement* ».

Titre II. Dispositions applicables à Mayotte

Article L. 920-1

Sous réserve des adaptations prévues dans les chapitres ci-après, les dispositions suivantes du présent code sont applicables à Mayotte :

. . . . . .

4° le livre IV, à l'exception des articles L. 441-1, L. 442-1 et L. 470-6.

Chapitre IV. Dispositions d'adaptation du livre IV

Article L. 924-1

Le dernier alinéa de l'article L. 441-2 est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés :

« *La cessation de la publicité, réalisée dans des conditions non conformes aux dispositions de l'alinéa 1, peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, soit sur réquisition du ministère public, soit d'office. La mesure ainsi prise est exécutoire nonobstant toutes voies de recours.*
Mainlevée peut en être donnée par la juridiction qui l'a ordonnée et qui est saisie du dossier. La mesure cesse d'avoir effet en cas de décision de non-lieu ou de relaxe.
Les décisions statuant sur les demandes de mainlevée peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal supérieur d'appel selon qu'elles ont été prononcées par un juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites.
Le tribunal supérieur d'appel statue dans un délai de dix jours à compter de la réception des pièces ».

Article L. 924-2

Au second alinéa de l'article L. 442-2, avant les mots : « *taxes sur le chiffre d'affaires* », est ajouté le mot « *éventuelles* » ;

Article L. 924-3

Le dernier alinéa de l'article L. 442-3 est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés :

« *La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonné par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, soit sur réquisition du ministère public, soit d'office. La mesure ainsi prise est exécutoire nonobstant toutes voies de recours.*
Mainlevée peut en être donnée par la juridiction qui l'a ordonnée ou qui est saisie du dossier. La mesure cesse d'avoir effet en cas de décision de non-lieu ou de relaxe.
Les décisions statuant sur les demandes de mainlevée peuvent faire l'objet d'un recours devant le tribunal supérieur d'appel.
Le tribunal supérieur d'appel statue dans un délai de dix jours à compter de la réception des pièces ».

Article L. 924-4

L'article L. 443-1 est modifié ainsi qu'il suit :

I – au 1°, les mots : « *visés aux articles L. 326-1 à L. 326-3 du Code rural* » sont remplacés par les mots : « *prévus par les dispositions du Code rural applicable dans la collectivité* » ;
II – au 3°, les mots : « *à l'article 403 du Code général des impôts* » sont remplacés par les mots : « *par les dispositions du Code des impôts applicable dans la collectivité* » ;

III – le 4° est ainsi rédigé :

« *4° à soixante-quinze jours après le jour de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus par le Code des impôts applicable dans la collectivité* ».

Titre III. Dispositions applicables en Nouvelle-Calédonie

Chapitre IV. Dispositions d'adaptation du livre IV

Le livre IV n'est pas applicable.

Titre IV. Dispositions applicables en Polynésie française

Chapitre IV. Dispositions d'adaptation du livre IV

Le livre IV n'est pas applicable.

Titre V. Dispositions applicables dans les îles Wallis et Futuna

Article L. 950-1

Sous réserve des adaptations prévues dans les chapitres ci-après, les dispositions suivantes du présent code sont applicables dans les îles Wallis et Futuna :

. . . . . .

4° le livre IV, à l'exception des articles L. 441-1, L. 442-1 et L. 470-6.

Chapitre IV. Dispositions d'adaptation du livre IV

Article 954-1

Le dernier alinéa de l'article L. 441-2 est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés :

« *La cessation de la publicité, réalisée dans des conditions non conformes aux dispositions de l'alinéa 1, peut être ordonnée par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, soit sur réquisition du ministère public, soit d'office. La mesure ainsi prise est exécutoire nonobstant toutes voies de recours.*
Mainlevée peut en être donnée par la juridiction qui l'a ordonnée et qui est saisie du dossier. La mesure cesse d'avoir effet en cas de décision de non-lieu ou de relaxe.
Les décisions statuant sur les demandes de mainlevée peuvent faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel.

La cour d'appel statue dans un délai de dix jours à compter de la réception des pièces ».

Article L. 954-2

Au second alinéa de l'article L. 442-2, avant les mots : « *taxes sur le chiffre d'affaires* », est ajouté le mot « *éventuelles* ».

Article L. 954-3

Le dernier alinéa de l'article L. 442-3 est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés :

« *La cessation de l'annonce publicitaire peut être ordonné par le juge d'instruction ou par le tribunal saisi des poursuites, soit sur réquisition du ministère public, soit d'office. La mesure ainsi prise est exécutoire nonobstant toutes voies de recours.*
Mainlevée peut en être donnée par la juridiction qui l'a ordonnée ou qui est saisie du dossier. La mesure cesse d'avoir effet en cas de décision de non-lieu ou de relaxe.
Les décisions statuant sur les demandes de mainlevée peuvent faire l'objet d'un recours devant la cour d'appel.
La cour d'appel statue dans un délai de dix jours à compter de la réception des pièces ».

Article L. 954-4

À l'article L. 442-7, les mots : « ou coopérative d'entreprise ou d'administration » sont supprimés.

Article L. 954-5

L'article L. 443-1 est modifié ainsi qu'il suit :

I – au 1°, les mots : « *visés aux articles L. 326-1 à L. 326-3 du Code rural* » sont remplacés par les mots : « *prévus par les dispositions du Code rural applicable dans le territoire* » ;
II – au 3°, les mots : « *à l'article 403 du Code général des impôts* » sont remplacés par les mots : « *par les dispositions du Code des impôts applicable dans le territoire* » ;
III – le 4° est ainsi rédigé :
« *4° à soixante-quinze jours après le jour de livraison pour les achats de boissons alcooliques passibles des droits de circulation prévus par le Code des impôts applicable dans le territoire* ».

Décret nº 86-1309 du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance nº 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de la Privatisation, et du garde des Sceaux, ministre de la Justice,

Vu le Code pénal, et notamment son article R 25 ;

Vu l'ordonnance nº 59-2 du 2 janvier 1959 portant loi organique relative aux lois de finances ;

Vu l'ordonnance nº 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu le décret nº 62-1587 du 29 décembre 1962 portant règlement général sur la comptabilité publique ;

Vu le décret nº 64-486 du 28 mai 1964 modifié relatif aux régies de recettes et aux régies d'avances des organismes publics ;

Le Conseil d'État (section des finances) entendu,

Chapitre Ier. Du Conseil de la concurrence

Article 1

Le président du Conseil de la concurrence est suppléé, en cas d'absence ou d'empêchement, par un vice-président.

Article 2

Le rapporteur général est nommé, sur proposition du président du Conseil de la concurrence, pour quatre ans, parmi les membres du Conseil d'État, les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A et les personnes pouvant justifier d'une expérience d'au moins cinq ans dans le domaine du droit de la concurrence et titulaires d'un des diplômes permettant d'accéder à un corps de catégorie A. Il peut être renouvelé une fois dans ses fonctions.

Il anime et contrôle l'activité des rapporteurs.

Article 3

Les rapporteurs permanents sont nommés parmi les membres du Conseil d'État, les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A, les agents contractuels de l'État de niveau équivalent ou les personnalités ayant une compétence économique ou juridique et titulaires d'un des diplômes permettant d'accéder à un corps de catégorie A.

En cas d'absence ou d'empêchement du rapporteur général, un des rapporteurs est désigné par le président du Conseil de la concurrence pour le suppléer.

Article 4

Le président du Conseil de la concurrence peut faire appel à des rapporteurs extérieurs choisis parmi les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A ou les agents contractuels de l'État de niveau équivalent.

Article 5

Le président du Conseil de la concurrence fixe le nombre et la composition des sections ; il affecte les membres du Conseil de la concurrence à chacune d'entre elles.

Chaque section est présidée par le président du Conseil de la concurrence ou, à défaut, par l'un des vice-présidents. Elle comprend au moins deux autres membres.

Article 6

Le Conseil ne peut valablement délibérer que s'il comprend au moins huit membres en formation plénière et au moins trois membres en section, dont un membre de la catégorie mentionnée au 1 de l'article 2 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 susvisée. Une section peut à tout moment décider le renvoi d'une affaire en formation plénière.

La commission permanente ne peut délibérer que si trois membres sont présents. En cas d'empêchement, la commission est complétée par un membre du Conseil désigné par le président.

Article 7

Le Conseil de la concurrence adresse chaque année au ministre chargé de l'Économie un rapport d'activité qui est publié au *Journal officiel de la République française*.

Les décisions du Conseil prévues à l'article 15 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 susvisée et les avis rendus en application de son titre V sont annexés à ce rapport.

Article 8

Le Conseil de la concurrence établit son règlement intérieur, qui fixe notamment ses conditions de fonctionnement administratif et l'organisation de ses services.

Article 9

Le président peut déléguer sa signature au rapporteur général pour engager les dépenses et signer les marchés.

Des régies de recettes et de dépenses peuvent être créées auprès du Conseil par arrêté du ministre chargé de l'Économie et du Budget dans les conditions prévues par le décret du 28 mai 1964 susvisé.

Article 10

Les avis rendus en application des articles 1er et 6 de l'ordonnance sont publiés avec les textes auxquels ils se rapportent.

Les avis rendus en application de l'article 5 de l'ordonnance et destinés à une commission parlementaire ou au Gouvernement peuvent être publiés par leur destinataire ou, avec l'accord de ce dernier, par le Conseil de la concurrence. Le Conseil de la concurrence peut publier les avis demandés par d'autres personnes.

Article 10-1

(créé par décret nº 88-479 du 2 mai 1988)

Délégation permanente est donnée au ministre chargé de l'Économie pour consulter, au nom du Gouvernement, le Conseil de la concurrence de sa propre initiative ou à la demande du ministre dont relève le secteur économique concerné, en application des articles 1er, 5 et 6 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 susvisée.

Chapitre II. Des pratiques anticoncurrentielles

Article 11

(modifié par décret nº 97-538 du 26 mai 1997)

Les accords présentés au ministre chargé de l'Économie, en application du deuxième alinéa de l'article 10 de l'ordonnance, sont accompagnés des informations suivantes :

– l'identification détaillée des entreprises parties à l'accord ;
– les objectifs fixés par l'accord ;
– la délimitation du marché concerné par l'accord ;
– les produits, biens ou services concernés ;
– les produits, biens ou services substituables ;
– les parts de marché détenues par chaque partie à l'accord (en volume et en chiffre d'affaires) ;
– l'impact sur la concurrence.

Si les entreprises estiment que certains des documents inclus dans ce dossier présentent un caractère confidentiel, elles peuvent porter sur ces documents la mention « *secret des affaires* » Dans ce cas, le ministre chargé de l'Économie leur demande de lui indiquer les informations dont elles

souhaitent qu'il ne soit pas fait mention dans le décret et dans l'avis du Conseil de la concurrence.

Un mois avant leur transmission au Conseil de la concurrence, les projets de décrets prévus au dernier alinéa de l'article 10 de l'ordonnance doivent faire l'objet d'une publication au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*. Les observations éventuelles des personnes intéressées, recueillies dans ce délai, sont communiquées au Conseil de la concurrence.

Article 12

(modifié par décret nº 88-479 du 2 mai 1988)

La demande de mesures conservatoires mentionnée à l'article 12 de l'ordonnance ne peut être formée qu'accessoirement à une saisine au fond du Conseil de la concurrence. Elle peut être présentée à tout moment de la procédure et doit être motivée.

Article 13

Pour l'application du second alinéa de l'article 13 de l'ordonnance, la commission permanente constate que les injonctions du Conseil n'ont pas été exécutées.

Article 14

Pour l'application du troisième alinéa de l'article 13 de l'ordonnance, lorsque la durée du dernier exercice clos a été supérieure ou inférieure à douze mois, il est tenu compte du chiffre d'affaires réalisé durant les douze mois précédant la clôture de cet exercice.

Article 15

(modifié par décrets nº 88-479 du 2 mai 1988 et nº 97-538 du 26 mai 1997)

Pour l'application des articles 10-1, 12 et 19 de l'ordonnance, le président du Conseil de la concurrence peut fixer des délais pour la production des mémoires, pièces justificatives ou observations et pour leur consultation par les intéressés ou par le commissaire du Gouvernement. Au cours de la séance, un rapporteur peut présenter des observations orales.

Article 16

Le Conseil de la concurrence communique aux autorités administratives énumérées en annexe du présent décret toute saisine entrant dans le champ de leur compétence. Ces autorités administratives disposent d'un délai de deux mois pour faire part de leurs observations éventuelles. Celles-ci sont jointes au dossier.

Article 17

Pour l'application de l'article 20 de l'ordonnance, l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement disposent d'un délai de deux mois pour faire valoir leurs observations.

Article 18

(modifié par décret nº 88-479 du 2 mai 1988)

Pour l'application de l'article 21 de l'ordonnance, la notification des griefs retenus par le rapporteur et la notification du rapport sont faites par le président. Le rapport contient l'exposé des faits et griefs finalement retenus par le rapporteur à la charge des intéressés, ainsi qu'un rappel des autres griefs. Les avis éventuels des ministres intéressés sont transmis au Conseil de la concurrence par l'intermédiaire du commissaire du Gouvernement.

Article 19

Les notifications visées à l'article 18 sont faites à l'auteur de la saisine et aux autres intéressés.

Article 20

Les auditions auxquelles procède, le cas échéant, le rapporteur donnent lieu à un procès-verbal, signé par les personnes entendues. En cas de refus de signer, il en est fait mention par le rapporteur.

Les personnes entendues peuvent être assistées d'un Conseil.

Article 21

Lorsque le président du Conseil de la concurrence, en application de l'article 22 de l'ordonnance, décide que l'affaire sera portée devant la commission permanente sans établissement préalable d'un rapport, les parties disposent d'un délai de deux mois à compter de la notification de cette décision pour présenter leurs observations sur les griefs communiqués.

Article 22

Les convocations aux séances du Conseil sont adressées trois semaines au moins avant le jour de la séance.

Les notifications et convocations font l'objet d'envois recommandés avec demande d'avis de réception.

Article 22-1

(Créé par décret nº 88-479 du 2 mai 1988
modifié par décret nº 97-538 du 26 mai 1997)

La procédure contradictoire prévue à l'article 26 de l'ordonnance comporte la communication du rapport aux parties en cause devant la juridiction, au commissaire du Gouvernement et, le cas échéant, aux autres personnes

dont les agissements ont été examinés dans le rapport au regard des articles 7, 8 et 10-1 de l'ordonnance.

Le président du Conseil de la concurrence leur impartit, à compter de cette notification, un délai qui ne peut être inférieur à un mois pour consulter le dossier et présenter des observations écrites.

Les dispositions de l'article 25 de l'ordonnance susvisée sont applicables.

L'avis du Conseil rendu à la juridiction est communiqué aux personnes mentionnées au premier alinéa.

Article 22-2

(Créé par décret nº 88-479 du 2 mai 1988
modifié par décret nº 97-538 du 26 mai 1997)

Les décisions du Conseil de la concurrence sont notifiées dans les conditions suivantes :

1° pour les mesures mentionnées à l'article 12 de l'ordonnance, à l'auteur de la demande, aux personnes contre lesquelles la demande est dirigée ainsi qu'au commissaire du Gouvernement ;
2° pour les décisions visées à l'article 19 de l'ordonnance, à l'auteur de la saisine ainsi qu'au ministre chargé de l'Économie ;
3° pour les décisions visées à l'article 20 de l'ordonnance, à l'auteur de la saisine, aux personnes dont les agissements ont été examinés par le rapporteur au regard des articles 7, 8 et 10-1 de l'ordonnance ainsi qu'au ministre chargé de l'Économie ;
4° pour les décisions prises suivant les modalités prévues par les articles 21 et 22 de l'ordonnance, aux personnes destinataires de la notification de griefs et au ministre chargé de l'Économie.

Chapitre III. De la transparence et des pratiques restrictives

Article 23

(abrogé par décret nº 97-298 du 27 mars 1997)

(Transféré dans le Code de la consommation R 121-8)

Article 24

(abrogé par décret nº 97-298 du 27 mars 1997)

(Transféré dans le Code de la consommation R 121-9)

Article 25

(abrogé par décret nº 97-298 du 27 mars 1997)

(Transféré dans le Code de la consommation R 121-10)

Article 26

Pour l'application du deuxième alinéa de l'article 31 de l'ordonnance, les originaux ou les copies des factures sont conservés pendant un délai de trois ans à compter de la vente ou de la prestation de service.

Chapitre IV. De la concentration économique

Article 27

Le chiffre d'affaires pris en compte à l'article 38 de l'ordonnance est celui réalisé sur le marché national par les entreprises concernées et s'entend de la différence entre le chiffre d'affaires global hors taxes de chacune de ces entreprises et la valeur comptabilisée de leurs exportations directes ou par mandataire vers l'étranger.

Article 28

(modifié par décret nº 95-916 du 9 août 1995)

La notification au ministre chargé de l'Économie d'un projet ou d'une opération de concentration en application de l'article 40 de l'ordonnance est accompagnée d'un dossier comprenant :

1. une copie des actes ou des projets d'acte soumis à notification et une présentation des aspects juridiques et financiers de l'opération ainsi que de ses objectifs économiques ;
2. une présentation des entreprises parties à l'acte ou qui en sont l'objet et de celles qui leur sont économiquement liées au sens de l'article 38 de l'ordonnance, comportant notamment :
a) les statuts ;
b) la liste des dirigeants et principaux actionnaires ou associés ;
c) le montant de la participation de chacune de ces entreprises, de leurs sociétés mères et des sociétés appartenant au même groupe dans toute société où elles détiennent soit la majorité dans les organes directeurs, soit la faculté de nommer les dirigeants ;
d) les pactes d'actionnaires pour les entreprises parties à l'acte ou qui en sont l'objet ;
e) les effectifs ;
f) les comptes annuels pour le dernier exercice clos, avec indication des chiffres d'affaires réalisés en France ;
g) les conventions entre sociétés parties à la concentration ou qui leur sont économiquement liées, prévoyant des prix de cessions ou services, des prêts ou des avances ;
h) les extraits des comptes rendus des organes délibérants relatifs à la concentration ;
i) la liste des opérations de concentration réalisées au cours des trois dernières années ;
3. une définition du ou des marchés de produits ou de services concernés par l'opération, précisant les critères retenus pour sélectionner les produits ou services que les parties notifiantes considèrent comme substituables ;

4. une définition de l'étendue géographique de ces marchés (internationale, nationale, régionale ou autre), en précisant les critères utilisés à cette fin ;
5. les caractéristiques des marchés, notamment :
a) une estimation de ces marchés en valeur et en volume ou, à défaut, en valeur ou en volume ainsi que de leur évolution ;
b) le nom des principaux opérateurs et leurs parts de marché ;
c) les flux d'importation et d'exportation ;
d) les principales organisations professionnelles ;
e) les principaux facteurs contribuant à la détermination des prix ;
f) l'évolution des prix pratiqués au cours des cinq dernières années ;
g) une présentation des facteurs susceptibles d'avoir des incidences sur l'accès aux marchés concernés (dispositions réglementaires spécifiques, notamment existence d'autorisations préalables à l'exercice de l'activité, conditions d'accès aux matières premières, importance des dépenses de recherche et de développement et des dépenses de publicité, existence de normes, de licences de brevet ou d'autres droits, importance des économies d'échelle, caractère spécifique de la technologie mise en œuvre, etc.) ;
6. la position sur les marchés concernés des entreprises parties à l'acte ou qui en sont l'objet, et notamment :
a) une estimation des parts de marché détenues par ces entreprises ainsi que de leur évolution ;
b) les tarifs et les conditions de vente ;
c) le nom des principaux clients et fournisseurs ;
d) l'implantation des principales unités ;
e) les accords de distribution ;
f) les contrats conclus avec les collectivités publiques ;
g) les droits incorporels portant sur les produits ou services correspondant à ces marchés ;
h) les dépenses de recherche et de développement et celles de publicité ;
7. le cas échéant, les engagements mentionnés à l'article 40 de l'ordonnance.

Si les entreprises notifiantes estiment que certains des documents inclus dans ce dossier présentent un caractère confidentiel, elles peuvent porter sur ces documents la mention « *secret des affaires* ». Dans ce cas, le ministre chargé de l'Économie leur demande de lui indiquer les informations dont elles souhaitent qu'il ne soit pas fait mention dans sa décision et dans l'avis du Conseil de la concurrence.

Le point de départ du délai de deux mois prévu à l'article 40 de l'ordonnance est fixé au jour de la délivrance des accusés de réception, sous réserve que le dossier soit complet.

Article 29

Lorsque le ministre chargé de l'Économie saisit le Conseil d'un projet ou d'une opération de concentration, il en avise les entreprises parties à l'acte.

Article 30

Avant de prendre la décision prévue à l'article 42 de l'ordonnance, le ministre chargé de l'Économie envoie le projet de décision accompagné de l'avis du

Conseil de la concurrence aux parties intéressées et leur impartit un délai pour présenter leurs observations.

Chapitre V. Des pouvoirs d'enquête

Article 31

Les procès-verbaux prévus à l'article 46 de l'ordonnance sont rédigés dans le plus bref délai. Ils énoncent la nature, la date et le lieu des constatations ou des contrôles effectués. Ils sont signés de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus de celle-ci mention en est faite au procès-verbal.

(Transféré dans le Code de la consommation R. 141-1)

Article 32

Les procès-verbaux prévus à l'article 48 de l'ordonnance relatent le déroulement de la visite et consignent les constatations effectuées. Ils sont dressés sur-le-champ. L'inventaire des pièces et documents saisis est annexé au procès-verbal.

Les procès-verbaux sont signés par les enquêteurs, par l'occupant des lieux ou son représentant ainsi que par l'officier de police judiciaire chargé d'assister à ces opérations.

Une copie du procès-verbal et de l'inventaire est remise à l'occupant des lieux ou à son représentant. Ces pièces et documents ne peuvent être opposés aux intéressés qu'après leur restitution ou lorsque les intéressés ont été mis en mesure d'en prendre connaissance.

(Transféré dans le Code de la consommation R 141-2)

Chapitre VI. Dispositions diverses

Article 33

(modifié par décret n° 97-298 du 27 mars 1997)

L'offre à la vente de produits ou de services en méconnaissance des dispositions de l'article 37 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 est punie des peines d'amende prévues pour les contraventions de 5e classe.

En cas de récidive, les peines d'amende prévues pour la récidive des contraventions de 5e classe sont applicables.

(Transféré dans le Code de la consommation R 113-1 et R 121-13)

Article 33-1

(créé par décret n° 97-538 du 26 mai 1997)

Les infractions aux dispositions des textes pris en application du troisième alinéa de l'article 28 de l'ordonnance ainsi que les infractions aux dispositions

de l'article 37-1 de la même ordonnance sont punies des peines prévues pour les contraventions de 5e classe.

En cas de récidive les peines d'amende prévues pour la récidive des contraventions de la 5e classe sont applicables.

Article 34

(abrogé par décret nº 97-298 du 27 mars 1997)

(Transféré dans le Code de la consommation R 512-1)

Article 35

Sont abrogés :
– le décret nº 65-787 du 11 septembre 1965 relatif aux transactions en matière d'infractions à la réglementation économique ;
– le décret nº 74-410 du 9 mai 1974 relatif aux ventes et prestations avec primes ;
– le décret nº 75-763 du 7 août 1975 relatif à la composition du Comité national des prix ;
– le décret nº 77-1189 du 25 octobre 1977 modifié fixant les conditions d'application de la loi nº 77-806 du 19 juillet 1977 relative au contrôle de la concentration économique et à la répression des ententes illicites et des abus de position dominante.

Article 36

Le ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de la Privatisation, le garde des Sceaux, ministre de la Justice, et le ministre des Départements et Territoires d'outre-mer sont chargés de l'exécution du présent décret, qui sera publié *au Journal officiel de la République française*.

Fait à Paris, le 29 décembre 1986.

Par le Premier ministre :
Jacques Chirac

Le ministre d'État,
ministre de l'Économie, des Finances
et de la Privatisation,
Édouard Balladur

Le garde des Sceaux,
ministre de la Justice,
Albin Chalandon

Le ministre des Départements
et Territoire d'outre-mer,
Bernard Pons

Annexe I
Liste des arrêtés généraux visés à l'article 61 de l'ordonnance nº 86-1243 du 1er décembre 1986

L'arrêté nº 86-18/A du 15 avril 1986 relatif aux prix de l'électricité.

L'arrêté nº 86-34/A du 18 décembre 1986 relatif aux prix du gaz.

L'arrêté nº 84-72/A du 19 septembre 1984 relatif aux prix à la production des produits industriels en tant qu'il s'applique aux prix d'édition des livres.

L'arrêté nº 25-553 du 6 décembre 1968 modifié relatif au tarif pharmaceutique national.

L'arrêté nº 79-05/P du 16 février 1979 relatif au prix de vente au public des autovaccins et allergènes préparés pour un seul individu.

L'arrêté nº 82-88/A du 27 septembre 1982 modifié, ensemble l'arrêté nº 83-35/A du 29 juin 1983, relatifs aux marges de distribution des grossistes répartiteurs et des pharmaciens d'officine.

Les arrêtés nos 83-9/A du 4 février 1983, 84-55/A du 29 juin 1984 et 86-31/A du 10 juillet 1986 relatifs aux prix des médicaments remboursables aux assurés sociaux.

L'arrêté nº 86-2/A du 14 janvier 1986 relatif à la détermination des prix des produits et services inscrits au tarif interministériel des prestations sanitaires.

L'arrêté nº 82-36/A du 28 juin 1982 relatif aux prix et tarifs d'honoraires de professions médicales, des auxiliaires médicaux et des laboratoires d'analyses médicales.

L'arrêté nº 86-15/A du 7 mars 1986 relatif aux tarifs des transports effectués par des véhicules sanitaires terrestres privés agréés, l'arrêté nº 86-16/A du 7 mars 1986 relatif aux tarifs des transports effectués par des véhicules sanitaires terrestres privés non agréés, ensemble les arrêtés préfectoraux pris pour leur application et en vigueur à la date du présent décret.

Les arrêtés nos 83-15/A du 22 février 1983 et 86-5/A du 7 février 1986 relatifs aux prix des soins et de l'hospitalisation afférents à l'interruption volontaire de grossesse.

L'arrêté nº 85-78/A du 30 décembre 1985 relatif aux prix des prestations de services des maisons de retraite non conventionnées.

Les arrêtés préfectoraux relatifs aux tarifs des cliniques privées conventionnées en vigueur à la date d'application du présent décret, ensemble les arrêtés préfectoraux relatifs aux tarifs des établissements thermaux.

Les arrêtés préfectoraux fixant les tarifs des taxis en vigueur à la date d'application du présent décret.

L'arrêté nº 83-73/A du 8 décembre 1983 relatif aux prix des communications téléphoniques passées à partir de postes d'abonnés mis à la disposition du public, ensemble l'arrêté nº 86-50/A du 3 novembre 1986 relatif au tarif applicable à la commercialisation d'impulsions téléphoniques utilisables à partir des publiphones.

L'arrêté nº 86-66/A du 18 décembre 1986 relatif aux tarifs des cantines scolaires publiques, de pension et de demi-pension dans les établissements publics locaux d'enseignement.

L'arrêté nº 85-75/A du 30 décembre 1985, ensemble l'accord de régulation entériné par cet arrêté, relatifs aux prix et tarifs des transports publics urbains de voyageurs.

L'arrêté nº 81-27/A du 14 avril 1981 relatif aux tarifs de remorquage dans les ports maritimes.

L'arrêté nº 25-789 du 10 juillet 1970 relatif aux tarifs des outillages dans les ports maritimes et fluviaux.

L'arrêté nº 86-65/A du 18 décembre 1986 concernant les entreprises de manutention portuaire et les consignataires de navires.

L'arrêté nº 75-17/P du 7 mars 1975 relatif aux péages sur les autoroutes.

Les arrêtés nºs 84-57/A du 29 juin 1984 et 86-22/A du 23 mai 1986 relatifs aux tarifs des opérations de dépannage et de remorquage des véhicules d'un poids total autorisé en charge inférieur à 3,5 tonnes, effectuées sur les autoroutes et voies rapides équipées d'un dispositif d'alerte.

Annexe II
Liste des arrêtés en vigueur dans les départements d'outre-mer et dans la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon visés à l'article 61 de l'ordonnance nº 86-1243 du 1er décembre 1986

L'arrêté ministériel nº 76-64/P du 23 juin 1976 relatif au prix de vente au détail de certains produits pharmaceutiques.

L'arrêté ministériel nº 76-72/P du 8 juillet 1976 et les arrêtés préfectoraux relatifs aux produits alimentaires de grande consommation.

L'arrêté ministériel nº 77-62/P du 28 avril 1977 et les arrêtés préfectoraux relatifs aux matériaux de construction, ensemble l'arrêté ministériel nº 77-74/P du 8 juin 1977 modifié relatif aux prix et aux marges de distribution de certains matériaux de construction à la Martinique.

L'arrêté ministériel nº 77-63/P du 28 avril 1977 relatif aux engrais, ensemble les arrêtés préfectoraux relatifs aux engrais et aux produits phytosanitaires.

L'arrêté ministériel nº 77-64/P du 28 avril 1977 et les arrêtés préfectoraux relatifs aux aliments du bétail.

Les arrêtés préfectoraux relatifs aux biens et services de santé, aux livres, aux articles scolaires, aux produits énergétiques, aux transports, aux pompes funèbres et aux travaux de bâtiment.

Les arrêtés préfectoraux relatifs aux prix et aux marges des secteurs faisant l'objet d'arrêtés maintenus en vigueur au plan national.

L'arrêté ministériel nº 76-48/P du 12 mai 1976 relatif à la détermination du prix de revient des produits importés de l'étranger ou en provenance de la

métropole dans les départements d'outre-mer, en tant qu'il concerne les secteurs dont les prix demeurent réglementés.

Les arrêtés préfectoraux relatifs aux prix des produits et services de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Annexe III
Liste des autorités administratives visées à l'article 16

Commission des opérations de bourse.

Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Médiateur du cinéma.

Commission des marchés à terme réglementés de marchandises.

Commission bancaire.

Commission nationale de la communication et des libertés.

Décret nº 87-849 du 19 octobre 1987 relatif aux recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de la Privatisation, et du garde des Sceaux, ministre de la Justice,

Vu le nouveau Code de procédure civile ;

Vu l'ordonnance nº 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence, modifiée par la loi nº 87-499 du 6 juillet 1987 transférant le contentieux des décisions du Conseil de la concurrence à la juridiction judiciaire, et notamment ses articles 12, 15, 21 et 23 ;

Le Conseil d'État (section de l'intérieur) entendu,

Article 1

Par dérogation aux dispositions du titre VI du livre II du nouveau Code de procédure civile, les recours exercés devant la cour d'appel de Paris contre les décisions du Conseil de la concurrence sont formés, instruits et jugés conformément aux dispositions ci-après.

Section 1. Des recours prévus à l'alinéa 1er de l'article 15 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 modifiée

Article 2

Les recours prévus au premier alinéa de l'article 15 de l'ordonnance nº 86-1243 du 1er décembre 1986 modifiée sont formés, à peine d'irrecevabilité prononcée d'office, par une déclaration écrite en triple exemplaire déposée contre récépissé au greffe de la cour d'appel de Paris.

Sous la même sanction :

1° la déclaration indique, si le demandeur est une personne physique, ses nom, prénoms, profession et domicile ; si le demandeur est une personne morale, sa dénomination, sa forme, son siège social et l'organe qui la repré-

sente ; dans le cas où la déclaration est faite au nom du ministre chargé de l'Économie, elle indique la dénomination et l'adresse du service mentionné au deuxième alinéa de l'article 16 ci-après ;
2° la déclaration précise l'objet du recours ;
3° lorsque la déclaration ne contient pas l'exposé des moyens invoqués, le demandeur doit déposer cet exposé au greffe dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil de la concurrence.

Article 3

La déclaration de recours mentionne la liste des pièces et documents justificatifs produits. Les pièces et documents mentionnés dans la déclaration sont remis au greffe de la cour d'appel en même temps que la déclaration. Le demandeur au recours joint à la déclaration une copie de la décision attaquée.

Lorsque le demandeur au recours n'est pas représenté, il doit informer sans délai le greffe de la cour de tout changement de domicile.

Article 4

Dans les cinq jours qui suivent le dépôt de la déclaration, le demandeur au recours doit, à peine d'irrecevabilité de ce dernier, en adresser par lettre recommandée avec demande d'avis de réception une copie aux parties auxquelles la décision du Conseil de la concurrence a été notifiée, ainsi qu'il ressort de la lettre de notification prévue au deuxième alinéa de l'article 20 du présent décret.

Article 5

Dès l'enregistrement du recours, le greffe de la cour d'appel adresse pour information un exemplaire de la déclaration mentionnée à l'article 2 au Conseil de la concurrence, ainsi qu'au ministre chargé de l'Économie s'il n'est pas demandeur au recours.

Le Conseil de la concurrence transmet au greffe de la cour le dossier de l'affaire qui comporte les procès-verbaux et rapports d'enquête, les griefs, les observations, le rapport, les documents et les mémoires mentionnés aux articles 20 à 22 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 susvisée.

Le greffe transmet au Conseil de la concurrence et au ministre de l'Économie une copie des pièces de procédure ultérieures, y compris celles qui résultent de l'application des articles 6, 7 et 9 ci-après.

Article 6

Un recours incident peut être formé alors même que son auteur serait forclos pour exercer un recours à titre principal. Dans ce dernier cas, le recours ne sera toutefois pas recevable s'il est formé plus d'un mois après la réception de la lettre prévue à l'article 4 ou si le recours principal n'est pas lui-même recevable.

Le recours incident est formé selon les modalités prévues à l'article 2. Il est dénoncé, dans les conditions prévues à l'article 4, aux demandeurs au recours à titre principal.

Article 7

Lorsque le recours risque d'affecter les droits ou les charges d'autres personnes qui étaient parties en cause devant le Conseil de la concurrence, ces personnes peuvent se joindre à l'instance devant la cour d'appel par déclaration écrite et motivée déposée au greffe dans les conditions prévues à l'article 2 dans le délai d'un mois après la réception de la lettre prévue à l'article 4. Elle est notifiée aux demandeurs au recours.

À tout moment, le premier président ou son délégué ou la cour peut mettre d'office en cause ces mêmes personnes. Le greffe notifie la décision de mise en cause par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Article 8

Le premier président de la cour d'appel ou son délégué fixe les délais dans lesquels les parties à l'instance doivent se communiquer leurs observations écrites et en déposer copie au greffe de la cour. Il fixe également la date des débats.

Le greffe notifie ces délais aux parties et les convoque à l'audience prévue pour les débats par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Article 9

Le Conseil de la concurrence n'est pas partie à l'instance. Toutefois, lorsqu'il a reçu communication de l'ensemble des pièces de la procédure, il a la faculté de présenter des observations écrites. Le premier président ou son délégué fixe les délais de production des observations.

Les observations écrites du ministre chargé de l'Économie sont présentées dans les mêmes délais et conditions, lorsqu'il n'est pas partie à l'instance.

Les observations présentées en application du présent article sont portées par le greffe à la connaissance des parties à l'instance.

La date retenue pour les débats est transmise pour information au Conseil de la concurrence par le greffe de la cour d'appel.

Section 2. Des recours prévus à l'article 12 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 modifiée

Article 10

Les recours prévus à l'article 12 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 modifiée sont portés devant la cour d'appel par voie d'assignation à une audience préalablement indiquée par le premier président ou son délégué.

À peine de nullité, l'assignation contient, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, l'objet du recours avec un exposé des moyens.

Sous la même sanction :

1° une copie de la décision attaquée est jointe à l'assignation ;
2° Une copie de l'assignation est déposée en triple exemplaire au greffe de la cour d'appel au plus tard dans les cinq jours qui suivent celui de sa signification.

L'assignation est délivrée à l'auteur de la demande de mesures conservatoires ou aux autres parties en cause devant le Conseil de la concurrence ainsi qu'au commissaire du Gouvernement.

Article 11

Le greffe de la cour transmet aussitôt pour information une copie de l'assignation au Conseil de la concurrence qui a la faculté de présenter des observations.

Section 3. Des demandes de sursis à exécution

Article 12

Les demandes de sursis à exécution prévues aux articles 12 et 15 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 modifiée susvisée sont portées par voie d'assignation devant le premier président de la cour d'appel de Paris, selon les modalités du deuxième alinéa de l'article 485 du nouveau Code de procédure civile.

Article 13

À peine de nullité, l'assignation contient, outre les mentions prescrites pour les actes d'huissier de justice, l'exposé des moyens invoqués à l'appui de la demande de sursis.

Sous la même sanction, elle précise la date à laquelle a été formé le recours contre la décision dont le sursis à exécution est demandé.

Article 14

L'assignation est délivrée à l'auteur de la saisine du Conseil de la concurrence et au ministre chargé de l'Économie.

Section 4. Dispositions communes aux différentes demandes

Article 15

Les notifications entre parties ont lieu par lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou par notification directe entre les avocats ou les avoués des parties.

Les pièces de procédure doivent être déposées au greffe en triple exemplaire.

Article 16

Devant la cour d'appel de Paris ou son premier président, les parties ont la faculté de se faire assister par un avocat, ou représenter par un avoué près la cour d'appel de Paris.

Le ministre chargé de l'Économie est représenté par le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes ou son délégué.

Article 17

Le ministère public peut prendre communication des affaires dans lesquelles il estime devoir intervenir.

Article 18

Les décisions de la cour d'appel de Paris ou de son premier président sont notifiées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception par le greffe de la cour aux parties à l'instance.

À l'initiative du greffe elles sont portées à la connaissance du Conseil de la concurrence et à celle du ministre chargé de l'Économie, lorsque ce dernier n'est pas partie à l'instance.

Le ministre chargé de l'Économie veille à l'exécution des décisions et les fait publier au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*.

Section 5. Dispositions diverses

Article 19

Les décisions prises par le président du Conseil de la concurrence en application de l'article 23 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 modifiée susvisée ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision du Conseil sur le fond.

Article 20

Les décisions du Conseil de la concurrence sont notifiées par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

À peine de nullité, la lettre de notification doit indiquer le délai de recours ainsi que les modalités selon lesquelles celui-ci peut être exercé. Elle comporte en annexe les noms, qualités et adresses des parties auxquelles la décision du Conseil de la concurrence a été notifiée.

Article 21

Les augmentations de délais prévues à l'article 643 du nouveau Code de procédure civile ne s'appliquent pas aux recours présentés en vertu des dispositions de l'ordonnance du 1er décembre 1986 modifiée susvisée devant la juridiction judiciaire.

Article 22

Le ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de la Privatisation, le garde des Sceaux, ministre de la Justice, et le secrétaire d'État auprès du ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de la Privatisation, chargé de la Consommation, de la Concurrence et de la Participation, sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel de la République française*.

Fait à Paris, le 19 octobre 1987.

Par le Premier ministre :
Jacques Chirac

Le garde des Sceaux,
ministre de la Justice,
Albin Chalandon

Le ministre d'État,
ministre de l'Économie,
des Finances et de la Privatisation,
Édouard Balladur

Le secrétaire d'État
auprès du ministre d'État,
ministre de l'Économie, des Finances
et de la Privatisation,
chargé de la Consommation,
de la Concurrence
et de la Participation,
Jean Arthuis

Décret 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

NOR : ECOC0200059D

Le Premier ministre,

Sur le rapport du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie et de la garde des Sceaux, ministre de la Justice,

Vu le règlement (CEE) nº 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, modi fié par le règlement (CE) nº 1310/97 du Conseil du 30 juin 1997 ;

Vu le Code pénal ;

Vu le Code de commerce ;

Vu le décret nº 62-1587 du 29 décembre 1962 modifié portant règlement général sur la comptabilité publique ;

Vu le décret nº 64-486 du 28 mai 1964 modifié relatif aux régies de recettes et aux régies d'avances des organismes publics ;

Vu le décret nº 97-497 du 16 mai 1997 relatif au numéro unique d'identification des entreprises ;

Le Conseil d'État (section des finances) entendu,

Décrète :

Titre Ier. Des pratiques anticoncurrentielles

Article 1

Les accords présentés au ministre chargé de l'Économie, en application du II de l'article L. 420-4 du Code de commerce, sont accompagnés des informations suivantes :

a) l'identification détaillée des entreprises parties à l'accord ;
b) les objectifs fixés par l'accord ;
c) la délimitation du marché concerné par l'accord ;

d) les produits, biens ou services concernés ;
e) les produits, biens ou services substituables ;
f) les parts de marché détenues par chaque partie à l'accord (en volume et en chiffre d'affaires) ;
g) l'impact sur la concurrence.

Si les entreprises estiment que certains des documents inclus dans ce dossier présentent un caractère confidentiel, elles peuvent porter sur ce document la mention : « secret des affaires ». Dans ce cas, le ministre chargé de l'Économie leur demande de lui indiquer les informations dont elles souhaitent qu'il ne soit pas fait mention dans le décret et dans l'avis du Conseil de la concurrence.

Un mois avant leur transmission au Conseil de la concurrence, les projets de décret prévus au II de l'article L. 420-4 du Code de commerce doivent faire l'objet d'une publication au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.* Les observations éventuelles des personnes intéressées, recueillies dans ce délai, sont communiquées au Conseil de la concurrence.

Titre II. De la concentration économique

Article 2

Pour l'application de l'article L. 430-2 du Code de commerce, le chiffre d'affaires est calculé selon les modalités définies par l'article 5 du règlement susvisé du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentration entre entreprises, modifié par le règlement susvisé du Conseil du 30 juin 1997.

Article 3

Le dossier de notification mentionné à l'article L. 430-3 du Code de commerce comprend les éléments énumérés en annexe I. Il est adressé en quatre exemplaires.

Lorsque l'administration constate que le dossier est incomplet ou que certains de ses éléments ne sont pas conformes aux définitions retenues dans l'annexe susmentionnée, notamment en ce qui concerne la délimitation des marchés concernés, elle demande que le dossier soit complété ou rectifié.

La notification complète fait l'objet d'un accusé de réception.

Article 4

Si la Commission européenne décide, en application de l'article 9 du règlement susvisé du Conseil du 21 décembre 1989, de renvoyer aux autorités françaises tout ou partie d'une concentration de dimension communautaire, les entreprises concernées communiquent sans délai à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes trois exemplaires du dossier de notification de l'opération qu'elles ont adressé à la Commission.

Article 5

Le communiqué prévu au troisième alinéa de l'article L. 430-3 du Code de commerce contient notamment les éléments suivants :

a) les noms des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent ;
b) la nature de l'opération ;
c) les secteurs économiques concernés ;
d) les éléments renvoyés, dans le cas d'un renvoi partiel d'une opération de dimension communautaire par la Commission européenne ;
e) le délai dans lequel les tiers intéressés sont invités à faire connaître leurs observations.

Ce communiqué est rendu public dans les cinq jours ouvrables suivant la date de réception du dossier de notification ou la date à laquelle le ministre est informé de la décision de renvoi de la Commission européenne.

Article 6

Lorsqu'une concentration est réalisée par achat ou échange de titres sur un marché réglementé, sa réalisation effective, au sens de l'article L. 430-4 du Code de commerce, intervient lorsque sont exercés les droits attachés aux titres. L'absence de décision du ministre ne fait pas obstacle au transfert desdits titres.

Article 7

Lorsque le ministre chargé de l'Économie et, le cas échéant, le ministre chargé du secteur économique concerné ont pris l'une des décisions prévues aux articles L. 430-5, L. 430-7 ou L. 430-8 du Code de commerce, le ministre chargé de l'Économie en rend public le sens dans les cinq jours ouvrables suivant la décision.

Article 8

Lorsqu'elles reçoivent notification des décisions prises en application des articles L. 430-5, L. 430-7 et L. 430-8, les entreprises concernées disposent d'un délai de quinze jours pour indiquer au ministre les mentions qu'elles considèrent comme relevant du secret des affaires.

Article 9

En application de l'article L. 430-10 du Code de commerce, les décisions mentionnées aux articles L. 430-5, L. 430-7 et L. 430-8 sont publiées au *Bulletin officiel de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes*.

Article 10

En cas d'annulation totale ou partielle d'une décision prise par le ministre chargé de l'Économie et, le cas échéant, par le ministre chargé du secteur

économique concerné sur le fondement des articles L. 430-5 ou L. 430-7 du Code de commerce et s'il y a lieu à réexamen du dossier, les entreprises concernées qui ont procédé à la notification soumettent une notification actualisée dans un délai de deux mois à compter de la date de notification du Conseil d'État.

Article 11

Les sanctions pécuniaires prononcées en application de l'article L. 430-8 du Code de commerce sont recouvrées comme les créances de l'État étrangères à l'impôt et au domaine.

Les astreintes prononcées par le ministre chargé de l'Économie en application du même article sont recouvrées dans les mêmes conditions. Elles ne peuvent excéder un montant de vingt mille euros par jour de retard.

Article 12

Lorsque des entreprises concernées ont notifié, avant la date de publication du présent décret, un projet de concentration et qu'après la date de publication du présent décret elles ont signé des accords définitifs, elles adressent copie de ceux-ci à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes par envoi recommandé avec accusé de réception. Si la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes constate que les accords définitifs modifient substantiellement le projet qui lui a été notifié, elle informe les entreprises concernées, dans un délai d'un mois à compter de la réception des accords définitifs, qu'elles doivent procéder à une notification de l'opération de concentration. À défaut d'une telle information dans le délai susmentionné, les entreprises concernées peuvent engager la réalisation effective de l'opération en cause.

Titre III. De la transparence, des pratiques restrictives de concurrence et d'autres pratiques prohibées

Article 13

Pour l'application du deuxième alinéa de l'article L. 441-3 du Code de commerce, les originaux ou les copies des factures sont conservés pendant un délai de trois ans à compter de la vente ou de la prestation de service.

Article 14

Les infractions aux dispositions des textes pris en application du deuxième alinéa de l'article L. 441-2 du Code de commerce ainsi que les infractions aux dispositions des articles L. 442-7 et L. 442-8 du même code sont punies des peines prévues pour les contraventions de 5^{e} classe.

En cas de récidive, les peines d'amendes prévues pour la récidive des contraventions de 5^{e} classe sont applicables.

Titre IV. Des pouvoirs d'enquête

Article 15

Les procès-verbaux prévus à l'article L. 450-2 du Code de commerce énoncent la nature, la date et le lieu des constatations ou des contrôles effectués. Ils sont signés de l'enquêteur et de la personne concernée par les investigations. En cas de refus de celle-ci, mention en est faite au procès-verbal.

Article 16

Les procès-verbaux prévus à l'article L. 450-4 du Code de commerce relatent le déroulement de la visite et consignent les constatations effectuées. Ils sont dressés sur le champ. Ils comportent l'inventaire des pièces et documents saisis.

Ces procès-verbaux sont signés par les enquêteurs, par l'officier de police judiciaire chargé d'assister aux opérations ainsi que, selon le cas, par l'occupant des lieux ou son représentant ou les deux témoins requis conformément au septième alinéa de l'article L. 450-4.

Une copie du procès-verbal est remise à l'occu-pant des lieux ou à son représentant. En l'absence de l'occupant des lieux ou de son représentant, la copie du procès-verbal est adressée après la visite au responsable de l'entreprise ou de l'organisme concerné par lettre recommandée avec avis de réception. Les pièces et documents saisis ne peuvent être opposés aux intéressés qu'après qu'ils ont été mis en mesure d'en prendre connaissance.

Article 17

En application de l'article L. 450-6 du Code de commerce, le rapporteur général confie l'instruction d'une affaire à un ou plusieurs rapporteurs qu'il désigne et peut, en cours d'instruction, modifier cette désignation et confier l'affaire à un nouveau rapporteur.

Article 18

Lorsque le rapporteur juge utile, pour l'instruction des saisines mentionnées à l'article L. 462-5 du Code de commerce et des demandes de mesures conservatoires prévues à l'article L. 464-1 du même code dont il a la charge, et notamment en cas d'urgence, de demander à la DGCCRF communication des éléments dont elle dispose déjà, sa demande est transmise par le rapporteur général, selon les mêmes modalités que celles qui sont prévues au premier alinéa de l'article L. 450-6 de ce code.

Titre V. Du Conseil de la concurrence

Chapitre I^{er}. De l'organisation

Article 19

Le président du Conseil de la concurrence peut, dans les cas prévus par le livre IV du Code de commerce, déléguer certaines de ses attributions à un vice-président.

Le président du Conseil de la concurrence est suppléé, en cas d'absence ou d'empêchement, par un vice-président. En cas de vacance du poste de président, le vice-président dont la nomination dans cette fonction est la plus ancienne assure l'intérim.

Article 20

Le rapporteur général ainsi que le ou les rapporteurs généraux adjoints sont nommés pour quatre ans, parmi les membres du Conseil d'État, les magistrats, les fonctionnaires de catégories A et les personnes pouvant justifier d'une expérience d'au moins cinq ans dans le domaine du droit de la concurrence et titulaires d'un des diplômes permettant d'accéder à un corps de catégorie A. Ils peuvent être renouvelés une fois dans leurs fonctions.

Le rapporteur général anime et contrôle l'activité des rapporteurs. Il veille, notamment :

– à ce que les rapporteurs effectuent des actes tendant à la recherche, à la constatation ou à la sanction des faits concernés par l'instruction des affaires dont il leur a confié l'examen ;
– à la qualité des notifications de griefs, des rapports et autres actes d'instruction effectués par les rapporteurs.

Il peut déléguer à un ou des rapporteurs généraux adjoints tout ou partie des attributions qu'il détient au titre du présent décret.

En cas de vacance du poste de rapporteur général, le président désigne l'un des rapporteurs généraux adjoints pour assurer l'intérim.

Article 21

Les rapporteurs permanents sont nommés parmi les membres du Conseil d'État, les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A, les agents contractuels de l'État de niveau équivalent ou les personnalités ayant une compétence économique ou juridique et titulaires d'un des diplômes permettant d'accéder à un corps de catégorie A.

Article 22

Le président du Conseil de la concurrence peut faire appel à des rapporteurs extérieurs choisis parmi les membres du Conseil d'État, les magistrats, les fonctionnaires de catégorie A ou les agents contractuels de l'État de niveau équivalent en activité ou ayant fait valoir leurs droits à la retraite.

Article 23

Le président du Conseil de la concurrence fixe le nombre et la composition des sections ; il affecte les membres du Conseil de la concurrence à chacune d'entre elles.

Chaque section est présidée par le président du Conseil de la concurrence ou par l'un des vice-présidents ou, lorsque cela est nécessaire pour permettre un nouvel examen d'une affaire dans une formation différente, par le membre le plus ancien de la section. Elle comprend au moins deux autres

membres. Les vice-présidents peuvent se suppléer en cas d'absence ou d'empêchement de l'un d'entre eux.

Article 24

Le Conseil ne peut valablement délibérer que s'il comprend au moins huit membres en formation plénière et au moins trois membres en section, dont un membre de la catégorie mentionnée au 1° du II de l'article L. 461-1 du Code de commerce. Une section peut à tout moment décider le renvoi d'une affaire en formation plénière.

La commission permanente ne peut délibérer que si trois de ses membres sont présents.

En cas d'empêchement d'un de ses membres, la commission est complétée par un membre du Conseil désigné par le président.

Article 25

Le Conseil de la concurrence adresse chaque année au ministre chargé de l'économie un rapport d'activité qui est publié au *Journal officiel de la République française.*

Les décisions du Conseil prévues à l'article L. 464-8 du Code de commerce et les avis rendus en application du titre III du livre IV du même code sont annexés à ce rapport.

Article 26

Le Conseil de la concurrence établit son règlement intérieur, qui fixe notamment les conditions de son fonctionnement administratif.

L'organisation du Conseil de la concurrence est fixée par décision de son président.

Article 27

Le président du Conseil de la concurrence peut déléguer sa signature au rapporteur général ou au secrétaire général pour engager les dépenses et signer les marchés.

Des régies de recettes et de dépenses peuvent être créées auprès du Conseil par arrêté du ministre chargé de l'Économie, des Finances et de l'Industrie dans les conditions prévues par le décret du 28 mai 1964 susvisé.

Chapitre II. Des attributions

Article 28

Les avis rendus en application des articles L. 410-2 et L. 462-2 du Code de commerce sont publiés avec les textes auxquels ils se rapportent.

Les avis rendus en application de l'article L. 462-1 du Code de commerce et destinés à une commission parlementaire ou au Gouvernement peuvent être

publiés par leur destinataire ou, avec l'accord de ce dernier, par le Conseil de la concurrence. Le Conseil de la concurrence peut publier les avis demandés par d'autres personnes.

Article 29

Délégation permanente est donnée au ministre chargé de l'Économie pour consulter, au nom du Gouvernement, le Conseil de la concurrence de sa propre initiative ou à la demande du ministre dont relève le secteur économique concerné, en application des articles L. 410-2, L. 462-1 et L. 462-2 du Code de commerce.

Chapitre III. De la procédure

Article 30

La saisine du Conseil de la concurrence fait l'objet d'une lettre recommandée avec demande d'avis de réception ou d'un dépôt au bureau de la procédure, en quatre exemplaires. Elle peut être accompagnée de pièces annexes.

La saisine précise :

– son objet et les dispositions du droit national ou du droit communautaire de la concurrence sur lesquelles la partie saisissante fonde sa demande ;
– les nom, prénoms, dénomination ou forme sociale, profession ou activité, et adresse du domicile ou du siège social du demandeur, ainsi que, le cas échéant, ses statuts et le mandat donné à son représentant. Le Conseil de la concurrence est informé sans délai de tout changement d'adresse par lettre recommandée avec demande d'avis de réception.

Si la saisine n'est pas accompagnée de ces éléments, une demande de régularisation est adressée au demandeur ou à son représentant mandaté, qui doivent y répondre et apporter les compléments dans un délai de deux mois.

Le commissaire du Gouvernement est destinataire d'une copie de toutes les saisines autres que celles émanant du ministre chargé de l'Économie.

Article 31

Le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint peut, à son initiative ou à la demande des parties ou du commissaire du Gouvernement, procéder à la jonction de l'ins-truction de plusieurs affaires. À l'issue de leur instruction, le Conseil de la concurrence peut se prononcer par une décision commune. Le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint peut également procéder à la disjonction de l'instruction d'une saisine en plusieurs affaires.

Article 32

Les auditions auxquelles procède, le cas échéant, le rapporteur donnent lieu à un procès-verbal, signé par les personnes entendues. En cas de refus de

signer, il en est fait mention par le rapporteur. Les personnes entendues peuvent être assistées d'un conseil.

Article 33

Lorsqu'il estime que l'instruction est incomplète, le Conseil de la concurrence peut décider de renvoyer l'affaire en tout ou partie à l'instruction. Cette décision n'est pas susceptible de recours.

Article 34

Pour l'application de l'article L. 464-1 et des alinéas 1 et 2 de l'article L. 462-8 du Code de commerce, le rapporteur général peut fixer des délais pour la production de mémoires, pièces justificatives ou observations et pour leur consultation par les intéressés ou par le commissaire du Gouvernement.

Article 35

Le rapporteur général communique aux autorités administratives énumérées à l'annexe IV au présent décret toute saisine relative à des secteurs entrant dans leur champ de compétence. Ces autorités administratives disposent pour faire part de leurs observations éventuelles d'un délai de deux mois, qui peut être réduit par le rapporteur général si l'urgence le nécessite. Ces observations sont jointes au dossier.

Article 36

Pour l'application de l'article L. 463-2 du Code de commerce, la notification des griefs retenus par le rapporteur et la notification du rapport sont faites par le rapporteur général à l'auteur de la saisine, aux ministres intéressés, aux autres parties intéressées et au commissaire du Gouvernement. Ces notifications font l'objet d'envois recommandés avec demande d'avis de réception.

Le rapport soumet à la décision du Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés. Le commissaire du Gouvernement dispose d'un délai de deux mois pour faire valoir ses observations écrites sur le rapport. Les avis éventuels des ministres intéressés sont transmis par écrit au Conseil de la concurrence dans un délai de deux mois par l'intermédiaire du commissaire du Gouvernement.

Article 37

Lors de l'envoi de la notification des griefs, le rapporteur général demande, dans la lettre de transmission, aux entreprises mises en cause dans les griefs notifiés de communiquer au rapporteur dans le délai de deux mois leur numéro unique d'identification (n° SIREN) et les chiffres d'affaires nécessaires au calcul du plafond d'une éventuelle sanction, conformément aux dispositions du I de l'article L. 464-2 du Code de commerce. La lettre de transmission mentionne que ces informations seront communiquées par le rapporteur général au commissaire du Gouvernement.

Article 38

Lorsque le président du Conseil de la concurrence ou un vice-président délégué par lui décide, en application de l'article L. 463-3 du Code de commerce, que l'affaire sera jugée par le Conseil de la concurrence sans établissement préalable d'un rapport, les parties et le commissaire du Gouvernement disposent d'un délai de deux mois à compter de la notification de cette décision pour présenter leurs observations.

Article 39

Les convocations aux séances du Conseil de la concurrence sont adressées par envois recommandés avec demande d'avis de réception trois semaines au moins avant le jour de la séance. Ce délai peut être réduit par le rapporteur général lorsque le Conseil de la concurrence se réunit pour statuer en application de l'article L. 464-1 du Code de commerce.

Le rapporteur qui a instruit une affaire peut présenter des observations orales lors de la séance au cours de laquelle elle est examinée.

Les parties qui souhaitent l'audition d'une personne lors de la séance doivent en faire la demande au président du Conseil de la concurrence quinze jours au moins avant cette séance.

Article 40

La procédure contradictoire prévue à l'article L. 462-3 du Code de commerce comporte la notification d'un rapport effectuée par le rapporteur général aux parties en cause devant la juridiction, au commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence et, le cas échéant, aux autres personnes dont les agissements ont été examinés dans le rapport au regard des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du même code. Le rapporteur général fixe aux destinataires un délai de réponse, qui ne peut être inférieur à un mois à compter de la notification du rapport, pour consulter le dossier et présenter des observations écrites.

L'avis du Conseil de la concurrence rendu à la juridiction qui l'a consulté est communiqué aux personnes mentionnées au premier alinéa.

Article 41

Lorsqu'en application de l'article L. 463-8 du Code de commerce, le rapporteur général décide de faire appel à un ou des experts, sa décision définit l'objet de l'expertise, fixe le délai de sa réalisation et évalue les honoraires prévisibles correspondants.

Lorsque l'expertise est demandée par une partie et acceptée par le rapporteur général, ce dernier lui demande de consigner le montant d'une provision égale aux honoraires prévus de l'expert. Si plusieurs parties doivent procéder à une telle consignation, le rapporteur général indique dans quelle proportion chacune doit consigner.

Le rapporteur général peut décider d'accorder aux experts qui le demandent une avance forfaitaire qui ne peut excéder 25 % des honoraires prévus.

Le ou les experts informent le rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire de l'avancement des opérations d'expertise. Le ou les experts doivent prendre en considération les observations des parties, qui peuvent être adressées par écrit ou être recueillies oralement, et doivent les joindre à leur rapport si elles sont écrites et si la partie concernée le demande. Ils doivent faire mention, dans leur rapport, de la suite qu'ils leur ont donnée.

Le rapport d'expertise est remis au rapporteur chargé de l'instruction de l'affaire. Ce dernier le joint en annexe à sa notification de griefs, à son rapport ou à sa proposition de non-lieu ou, s'il est remis après l'envoi de son propre rapport, l'adresse aux parties et au commissaire du Gouvernement afin qu'ils puissent faire part de leurs observations éventuelles. Ces observations sont faites dans la réponse à la notification de griefs, au rapport du rapporteur ou à la proposition de non-lieu, ou bien en séance.

Même si plusieurs experts ont été désignés, un seul rapport est rédigé, qui fait apparaître les points d'accord et les points de divergence éventuels.

À la remise du rapport d'expertise, le rapporteur général arrête définitivement le montant des honoraires d'expertise et fait procéder à leur paiement.

Chapitre IV. Des décisions et voies de recours

Article 42

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.

Article 43

Lorsque le rapporteur général propose au Conseil de la concurrence de faire application des dispositions du II de l'article L. 464-2 du Code de commerce, les parties et le commissaire du Gouvernement en sont informés par l'envoi d'une lettre du rapporteur général trois semaines au moins avant le jour de la séance.

Article 44

L'entreprise ou l'organisme qui effectue la démarche mentionnée au III de l'article L. 464-2 du Code de commerce s'adresse soit au directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, soit au rapporteur général du Conseil de la concurrence. La démarche est effectuée par courrier adressé en recommandé avec demande d'avis de réception ou oralement. Dans ce dernier cas, le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ou le rapporteur général du Conseil de la concurrence constate par écrit la date de la démarche. La déclaration du représentant de l'entreprise ou de l'organisme est recueillie dans les délais les plus brefs par procès-verbal de déclaration par un enquêteur de la DGCCRF ou un rapporteur du Conseil de la concurrence.

Le directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes et le rapporteur général s'informent réciproquement de toute démarche faite auprès d'eux en application du premier alinéa du présent article ainsi que l'existence d'une éventuelle enquête ou instruction se rapportant aux pratiques en cause et déjà en cours avant cette démarche.

Un rapporteur du Conseil de la concurrence élabore des propositions d'exonération de sanctions et précise les conditions auxquelles le Conseil de la concurrence pourrait soumettre cette exonération dans son avis de clémence. Son rapport est adressé, au moins trois semaines avant la séance, à l'entreprise ou organisme concerné et au commissaire du Gouvernement.

Lorsque le bénéfice des dispositions du III de l'article L. 464-2 du Code de commerce a été demandé, le rapport d'enquête ou la notification de griefs et le rapport du rapporteur peuvent comporter une appréciation sur le respect par l'entreprise ou l'organisme bénéficiaire de l'avis de clémence des conditions prévues par celui-ci.

Article 45

Pour l'application de l'article L. 464-6 du Code de commerce, l'auteur de la saisine et le commissaire du Gouvernement disposent d'un délai de deux mois pour faire valoir leurs observations écrites. Ils peuvent présenter des observations orales lors de la séance.

Article 46

Les décisions du Conseil de la concurrence sont notifiées :

1° pour les décisions mentionnées à l'article L. 464-1 du Code de commerce, à l'auteur de la demande de mesures conservatoires, aux personnes contre lesquelles la demande est dirigée et au commissaire du Gouvernement ;
2° pour les décisions mentionnées à l'article L. 462-8 du Code de commerce, à l'auteur de la saisine et au ministre chargé de l'Économie ;
3° pour les décisions mentionnées à l'article L. 464-6 du Code de commerce, à l'auteur de la saisine, aux personnes dont les agissements ont été examinés par le rapporteur au regard des articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du même code et au ministre chargé de l'Économie ;
4° pour les décisions prises suivant les modalités prévues par les articles L. 463-2, L. 463-3, L. 464-2, L. 464-3 et L. 464-5 du Code de commerce, aux personnes destinataires de la notification de griefs ou du rapport et au ministre chargé de l'Économie.

Article 47

Pour l'application de l'article L. 464-3 du Code de commerce, le Conseil de la concurrence se prononce après avoir été saisi dans les conditions prévues par l'article L. 462-5 du même code. Sa décision est précédée de l'établissement d'un rapport qui est adressé aux parties et au commissaire du Gouvernement, qui disposent d'un délai de deux mois pour présenter leurs observations écrites. En cas d'urgence, ce délai peut être ramené à un mois par le rapporteur général. Les parties et le commissaire du Gouvernement peuvent également présenter des observations orales lors de la séance.

Titre VI. Dispositions diverses

Article 48

Lorsque le ministre chargé de l'Économie ou le président du Conseil de la concurrence exerce l'action prévue par l'article L. 442-6 du Code de commerce et les voies de recours y afférentes ou lorsque le ministre chargé de l'Économie intervient sur le fondement de l'article L. 470-5 du même code, ils sont dispensés de représentation par un avocat ou un avoué.

Article 49

Les arrêtés mentionnés à l'article 61 de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence sont énumérés à l'annexe V au présent décret.

Article 50

Le décret n° 86-1309 du 29 décembre 1986 fixant les conditions d'application de l'ordonnance n° 86-1243 du 1er décembre 1986 relative à la liberté des prix et de la concurrence est abrogé.

Article 51

Les dispositions du présent décret sont applicables à compter du quinzième jour suivant sa publication.

Article 52

Le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, la garde des Sceaux, ministre de la Justice, le ministre de l'Intérieur et le secrétaire d'Etat à l'Outre-Mer sont chargés, chacun en ce qui le concerne, de l'exécution du présent décret, qui sera publié au *Journal officiel de la République française*.

Fait à Paris, le 30 avril 2002

Par le Premier ministre,
Lionel Jospin

Le ministre de l'Économie,
des Finances et de l'Industrie,
Laurent Fabius

La garde des Sceaux,
ministre de la Justice,
Marylise Lebranchu

Le ministre de l'Intérieur,
Daniel Vaillant

Le secrétaire d'État à l'Outre-Mer,
Christian Paul

Annexe I. Dossier de notification d'une opération de concentration

1° Description de l'opération, comprenant :

a) une copie des actes soumis à notification et des comptes rendus des organes délibérants relatifs à la concentration accompagnée, si nécessaire, d'une traduction en langue française de ces documents ;
b) une présentation des aspects juridiques et financiers de l'opération, mentionnant, le cas échéant, le montant de l'acquisition ;
c) une présentation des objectifs économiques de l'opération, comportant notamment une évaluation des avantages attendus ;
d) la liste des États dans lesquels l'opération a été ou sera notifiée et les dates des différentes notifications ;
e) le cas échéant, le mandat des conseils ou personnes chargées de la notification.

2° Présentation des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent, comprenant, pour chacune des entreprises ou groupes :

a) les comptes sociaux et, lorsqu'ils existent, les comptes consolidés et le dernier rapport annuel ;
b) la liste des principaux actionnaires, les pactes d'actionnaires, ainsi que la liste et le montant des participations détenues par l'entreprise ou ses actionnaires dans d'autres entreprises, si cette participation confère directement ou indirectement au moins une minorité de blocage ou la faculté de nommer au moins un membre du conseil d'administration ;
c) un tableau récapitulatif de données financières pour les trois derniers exercices clos, selon le modèle figurant en annexe II, et, pour la ou les activités sur lesquelles porte l'opération qui ne disposaient pas, avant ladite opération, de la personnalité juridique, un tableau récapitulatif selon le modèle figurant en annexe III ;
d) la liste des opérations de concentrations réalisées au cours des trois dernières années ;
e) la liste et la description de l'activité des entreprises avec lesquelles les entreprises ou groupes concernés et les groupes auxquels elles appartiennent entretiennent des liens contractuels significatifs et durables sur les marchés concernés par l'opération, la nature et la description de ces liens.

3° Marchés concernés.

Un marché concerné se définit comme un marché pertinent, défini en termes de produits et en termes géographiques, sur lequel l'opération notifiée a une incidence directe ou indirecte.

Un marché pertinent de produits comprend tous les produits ou services que le consommateur considère comme interchangeables ou substituables en raison de leurs caractéristiques, de leur prix et de l'usage auquel ils sont destinés. Des produits, sans être substituables au sens de la phrase précédente, peuvent être regardés comme relevant d'un même marché, dès lors qu'ils requièrent la même technologie pour leur fabrication et qu'ils font partie d'une gamme de produits de nature à caractériser ce marché.

Un marché pertinent géographique est un territoire sur lequel sont offerts et demandés des biens et des services, sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qui peut être distingué de zones géographiques voisines, parce que, en particulier, les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable.

La notification comprend une définition de chaque marché concerné ainsi qu'une description précise des arguments ayant conduit à la délimitation proposée et, pour chaque marché concerné, les informations suivantes :

a) part de marché des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent ;
b) part de marché des principaux opérateurs concurrents.

4° Marchés affectés.

Un marché concerné est considéré comme affecté :
– si deux ou plusieurs entreprises ou groupes visés au point 2 du présent formulaire exercent des activités sur ce marché et que leurs parts cumulées atteignent 25 % ou plus ;
– ou si une entreprise au moins visée au point 2 exerce des activités sur ce marché et qu'une autre de ces entreprises ou groupe exerce des activités sur un marché situé en amont ou en aval ou connexe, qu'il y ait ou non des relations de fournisseur à client entre ces entreprises, dès lors que, sur l'un ou l'autre de ces marchés, l'ensemble des entreprises ou groupes visés au point 2 atteignent 25 % ou plus.

Un marché peut également être affecté du fait de la disparition d'un concurrent potentiel due à l'opération.

Pour chaque marché affecté, les entreprises notifiantes fournissent les informations suivantes :

a) une estimation de l'importance du marché en valeur et en volume ;
b) la part de marché des entreprises concernées et des groupes auxquels elles appartiennent ;
c) la part de marché, l'identité, l'adresse, les numéros de télécopieur et de téléphone des principaux opérateurs concurrents ;
d) l'identité, l'adresse, les numéros de télécopieur et de téléphone des principaux clients, ainsi que la part que représente chacun de ces clients dans le chiffre d'affaires de chacune des entreprises ou groupes visés au point 2 ;
e) l'identité, l'adresse, les numéros de télécopieur et de téléphone des principaux fournisseurs ainsi que la part que représente chacun de ces fournisseurs dans le total des achats de chacune des entreprises ou groupes visés au point 2 ;
f) les accords de coopération (horizontaux et verticaux) conclus par les entreprises ou groupes visés au point 2 sur les marchés affectés, tels que les accords de recherche et développement, les accords de licence, de fabrication en commun, de spécialisation, de distribution, d'approvisionnement à long terme et d'échanges d'information ;
g) les facteurs susceptibles d'avoir une incidence sur l'accès aux marchés concernés (dispositions réglementaires, conditions d'accès aux matières premières, importance des dépenses de recherche et développement et de publicité, existence de normes, de licences, de brevets ou d'autres droits,

importance des économies d'échelle, caractère spécifique de la technologie mise en œuvre...) ;
h) une description des canaux de distribution et des réseaux de service après-vente existant sur le marché ;
i) les principaux facteurs contribuant à la détermination des prix et l'évolution de ceux-ci sur les cinq dernières années ;
j) une estimation des capacités de production existant sur le marché et de leur taux moyen d'utilisation, ainsi qu'une évaluation de leur taux d'utilisation par les entreprises ou groupes visés au point 2 ;
k) une analyse de la structure de la demande (degré de concentration de la demande, typologie des demandeurs, poids des collectivités et entreprises publiques, importance de la marque pour le consommateur, importance de la capacité à fournir une gamme complète de produits ou services...) ;
l) la liste et les coordonnées des principales organisations professionnelles.

5° Déclaration concluant la notification.

La notification se conclut par la déclaration suivante, signée par ou au nom de toutes les entreprises notifiantes, au sens de l'article L. 430-3 du Code de commerce :
« *Les soussignés déclarent que les informations fournies dans la présente notification sont, à leur connaissance, sincères, exactes et complètes, que toutes les estimations sont présentées comme telles et constituent les estimations les plus précises des faits en cause, et que tous les avis exprimés sont sincères. Ils connaissent les dispositions de l'article L. 430-8 du Code de commerce, notamment du III de cet article.* »

Annexe II. Tableau récapitulatif des données financières pour les trois derniers exercices

À joindre au dossier de notification d'une opération de concentration

Nom de l'entité : . . . . . .

N° SIREN (dans le cas d'une société française) : . . . . . .

Données consolidées : oui non (rayer la mention inutile).

	Exercice N clos le :		Exercice N -1 clos le :		Exercice N -2 clos le :	
Compte de résultat						
Chiffre d'affaires total hors taxes						
Chiffre d'affaires hors taxes réalisé auprès des clients situés dans l'Union européenne						
Chiffre d'affaires hors taxes réalisé auprès des clients situés en France						
Valeur ajoutée brute						
Excédent brut d'exploitation						
Résultat d'exploitation						
Intérêts et charges assimilées sur dette financière						
Produits financiers des placements						
Produits financiers des immobilisations financières						
Résultat financier						
Résultat net [1]						
Part des actionnaires ou des associés minoritaires						
Bilan	Brut	Net	Brut	Net	Brut	Net
Total du bilan						
Immobilisations incorporelles						
Immobilisations corporelles						
Immobilisations financières						
Créances de l'actif circulant						
Disponibilité et valeurs mobilières de placement						
Fonds propres [2]						
Part des actionnaires ou des associés minoritaires						
Provisions pour risques et charges						
Dettes financières						
Autres dettes						
Ensemble des dettes à plus d'un an à la clôture						
	Exercice N clos le :		Exercice N -1 clos le :		Exercice N -2 clos le :	
Investissements et cessions						
Acquisitions d'immobilisations corporelles et incorporelles						
Acquisitions ou augmentations d'immobilisations financières						
Prix de cession des immobilisations corporelles et incorporelles cédées						
Prix de cession des immobilisations financières cédées et valeur des autres diminutions d'immobilisations financières						
Autres renseignements						
Dépenses de recherche et développement						
Dépenses de publicité						
Capitalisation boursière à la clôture [3]						
Effectifs moyens						

1. Dans le cas de données consolidées, il s'agit du résultat de l'ensemble consolidé.
2. Non compris la part des actionnaires ou associés minoritaires dans le cas de données consolidées.
3. Dans le cas d'un groupe, donner le nom de la société cotée.

Annexe III. Tableau récapitulatif des données financières concernant une activité sans personnalité juridique

À joindre au dossier de notification d'une opération de concentration

Activité : . . . . . .

	Exercice N clos le :		Exercice N -1 clos le :		Exercice N -2 clos le :	
Éléments de compte de résultat						
Chiffre d'affaires total hors taxes						
Chiffre d'affaires hors taxes réalisé auprès des clients situés dans l'Union européenne						
Chiffre d'affaires hors taxes réalisé auprès des clients situés en France						
Valeur ajoutée brute						
Excédent brut d'exploitation						
Éléments de bilan	Brut	Net	Brut	Net	Brut	Net
Immobilisations incorporelles utilisées pour l'activité						
Immobilisations corporelles utilisées pour l'activité						
Créances de l'actif circulant pour l'activité						
Disponibilités relatives à l'activité						
Dettes financières relatives à l'activité						
Autres dettes relatives à l'activité						
Investissements et cessions						
Acquisitions d'immobilisations corporelles et incorporelles						
Prix de cession des immobilisations corporelles et incorporelles cédées						
Autres renseignements						
Dépenses de recherche et développement						
Dépenses de publicité						
Effectifs moyens						

Annexe IV. Liste des autorités administratives mentionnées à l'article 35

Commission des opérations de bourse.

Commission nationale de l'informatique et des libertés.

Médiateur du cinéma.

Commission bancaire.

Conseil supérieur de l'audiovisuel.

Conseil des marchés financiers.

Autorité de régulation des télécommunications.

Commission de régulation de l'électricité.

Annexe V. Liste des arrêtés mentionnés à l'article 61 de l'ordonnance nº 86-1243 du 1er décembre 1986

Arrêté nº 25-553 du 6 décembre 1968 relatif au tarif pharmaceutique national.

Arrêté nº 25-789 du 10 juillet 1970 relatif au tarif des outillages dans les ports maritimes et fluviaux.

Arrêtés nos 83-15-A du 22 février 1983 et 86-5-A du 7 février 1986 relatifs au prix des soins et de l'hospitalisation afférents à l'interruption volontaire de grossesse.

Arrêté nº 86-65-A du 18 décembre 1986 concernant les entreprises de manutention portuaire et les consignataires de navires.

Arrêté ministériel nº 76-64/P du 23 juin 1976 relatif au prix de vente au détail de certains produits pharmaceutiques.

Arrêté ministériel nº 77-63/P du 28 avril 1977 relatif aux engrais et aux produits phytosanitaires.

Arrêté ministériel nº 77-64/P du 28 avril 1977 et les arrêtés préfectoraux relatifs aux aliments du bétail.

Arrêtés préfectoraux relatifs aux biens et services de santé, aux livres, aux articles scolaires, aux produits énergétiques, aux transports.

Arrêtés préfectoraux relatifs aux prix et aux marges des secteurs faisant l'objet d'arrêtés maintenus en vigueur au plan national.

Arrêté ministériel nº 76-48/P du 12 mai 1976 relatif à la détermination du prix de revient des produits importés de l'étranger ou en provenance de la métropole dans les départements d'outre-mer, en tant qu'il concerne les secteurs dont les prix demeurent réglementés.

Arrêtés préfectoraux relatifs aux prix des produits et services de la collectivité territoriale de Saint-Pierre-et-Miquelon.

Règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité

Le Conseil de l'Union européenne,

Vu le traité instituant la Communauté européenne, et notamment son article 83,

Vu la proposition de la Commission (1),

Vu l'avis du Parlement européen (2),

Vu l'avis du Comité économique et social européen (3),

Considérant ce qui suit :

1° Pour établir un régime assurant que la concurrence n'est pas faussée dans le marché commun, il y a lieu de pourvoir à l'application efficace et uniforme des articles 81 et 82 du traité dans la Communauté. Le règlement nº 17 du Conseil du 6 février 1962, premier règlement d'application des articles 81 et 82 du traité* (4), a permis de développer une politique communautaire de la concurrence qui a contribué à la diffusion d'une culture de la concurrence dans la Communauté. Il convient toutefois aujourd'hui, à la lumière de l'expérience acquise, de remplacer ledit règlement afin de prévoir des dispositions adaptées aux défis que posent le marché intégré et l'élargissement futur de la Communauté.

2° Il convient en particulier de repenser la manière dont est appliquée l'exception à l'interdiction des accords restrictifs de concurrence visée à l'article 81, paragraphe 3, du traité. À cet égard, il y a lieu, aux termes de l'article 83, paragraphe 2, point b), du traité, de tenir compte de la nécessité, d'une part, d'assurer une surveillance efficace et, d'autre part, de simplifier dans toute la mesure du possible le contrôle administratif.

3° Le régime centralisé mis en place par le règlement nº 17 n'est plus en mesure d'assurer l'équilibre entre ces deux objectifs. D'une part, il freine l'application des règles communautaires de concurrence par les juridictions et les autorités de concurrence des États membres, et le système de notification qu'il implique empêche la Commission de se concentrer sur la répression des infractions les plus graves. D'autre part, il entraîne pour les entreprises des coûts importants.

4° Il convient dès lors de remplacer ce régime par un régime d'exception légale, reconnaissant aux autorités de concurrence et aux juridictions des États membres le pouvoir d'appliquer non seulement l'article 81, paragraphe 1, et l'article 82 du traité, directement applicables en vertu de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés européennes, mais également l'article 81, paragraphe 3, du traité.

5° Afin d'assurer le respect effectif des règles communautaires de concurrence et, dans le même temps, le respect des droits fondamentaux de la défense, le présent règlement doit régir la charge de la preuve pour l'application des articles 81 et 82 du traité. C'est à la partie ou à l'autorité qui allègue une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 qu'il doit incomber d'en apporter la preuve requise par la loi. Il appartient à l'entreprise ou à l'association d'entreprises invoquant le bénéfice d'un moyen de défense contre une constatation d'infraction d'apporter la preuve requise par la loi que les conditions d'application de ce moyen de défense sont remplies. Le présent règlement ne porte atteinte ni aux règles nationales sur le niveau de preuve requis ni à l'obligation qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres d'établir les faits pertinents d'une affaire, pour autant que ces règles et obligations soient compatibles avec les principes généraux du droit communautaire.

6° Pour assurer l'application efficace des règles communautaires de concurrence, il y a lieu d'y associer davantage les autorités de concurrence nationales. À cette fin, celles-ci doivent être habilitées à appliquer le droit communautaire.

7° Les juridictions nationales remplissent une fonction essentielle dans l'application des règles communautaires de concurrence. Elles préservent les droits subjectifs prévus par le droit communautaire lorsqu'elles statuent sur des litiges entre particuliers, notamment en octroyant des dommages et intérêts aux victimes des infractions. Le rôle des juridictions nationales est, à cet égard, complémentaire de celui des autorités de concurrence des États membres. Il convient dès lors de leur permettre d'appliquer pleinement les articles 81 et 82 du traité.

8° Afin de garantir la mise en œuvre effective des règles communautaires de concurrence ainsi que le bon fonctionnement des mécanismes de coopération prévus par le présent règlement, il est nécessaire de faire obligation aux autorités de concurrence et aux juridictions des États membres d'appliquer les articles 81 et 82 du traité, lorsqu'elles appliquent des règles nationales de concurrence, aux accords et aux pratiques qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres. Afin de créer au sein du marché intérieur des conditions de concurrence homogènes pour les accords entre entreprises, les décisions d'associations d'entreprises et les pratiques concertées, il est également nécessaire de définir, sur la base de l'article 83, paragraphe 2, point e), du traité, les rapports entre les législations nationales et le droit communautaire en matière de concurrence. À cet effet, il faut prévoir que l'application du droit national de la concurrence aux accords, décisions et pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité ne peut pas entraîner l'interdiction de ces accords, décisions et pratiques concertées s'ils ne sont pas également interdits en vertu du droit communautaire de la

concurrence. Les notions d'accords, de décisions et de pratiques concertées sont des concepts propres au droit communautaire de la concurrence couvrant la coordination du comportement des entreprises sur le marché au sens qu'en ont donné les juridictions communautaires. Les États membres ne sauraient être empêchés, en vertu du présent règlement, d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes en matière de concurrence qui interdisent ou sanctionnent les actes unilatéraux des entreprises. Ces règles nationales plus strictes peuvent comprendre des dispositions qui interdisent ou sanctionnent des comportements abusifs à l'égard d'entreprises économiquement dépendantes. En outre, le présent règlement ne s'applique pas aux lois nationales qui imposent des sanctions pénales aux personnes physiques, sauf si lesdites sanctions constituent un moyen d'assurer l'application des règles de concurrence applicables aux entreprises.

9° Les articles 81 et 82 du traité ont pour objectif de préserver la concurrence sur le marché. Le présent règlement, qui est adopté en application des dispositions précitées, n'interdit pas aux États membres de mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales destinées à protéger d'autres intérêts légitimes, pour autant que ces dispositions soient compatibles avec les principes généraux et les autres dispositions du droit communautaire. Dans la mesure où les dispositions législatives nationales en cause visent principalement un objectif autre que celui consistant à préserver la concurrence sur le marché, les autorités de concurrence et les juridictions des États membres peuvent appliquer lesdites dispositions sur leur territoire. Par voie de conséquence, les États membres peuvent, eu égard au présent règlement, mettre en œuvre sur leur territoire des dispositions législatives nationales interdisant ou sanctionnant les actes liés à des pratiques commerciales déloyales, qu'ils aient un caractère unilatéral ou contractuel. Les dispositions de cette nature visent un objectif spécifique, indépendamment des répercussions effectives ou présumées de ces actes sur la concurrence sur le marché. C'est particulièrement le cas des dispositions qui interdisent aux entreprises d'imposer à un partenaire commercial, d'obtenir ou de tenter d'obtenir de lui des conditions commerciales injustifiées, disproportionnées ou sans contrepartie.

10° Les règlements du Conseil tels que les règlements n° 19/65/CEE (5), (CEE) n° 2821/71 (6), (CEE) n° 3976/87 (7), (CEE) n° 1534/91 (8) ou (CEE) n° 479/92 (9) confèrent à la Commission compétence pour appliquer les dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité par voie de règlement à certaines catégories d'accords, de décisions d'associations d'entreprises et de pratiques concertées. Dans les domaines définis par ces règlements, la Commission a adopté et peut continuer d'adopter des règlements dits d'exemption par catégorie, par lesquels elle déclare l'article 81, paragraphe 1, du traité inapplicable à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées. Lorsque les accords, décisions et pratiques concertées auxquels s'appliquent ces règlements ont néanmoins des effets incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, du traité, la Commission et les autorités de concurrence des États membres devraient avoir le pouvoir de retirer dans des cas déterminés le bénéfice du règlement d'exemption par catégorie.

11° Pour assurer l'application des dispositions du traité, la Commission doit pouvoir adresser aux entreprises ou aux associations d'entreprises des décisions destinées à faire cesser les infractions aux articles 81 et 82 du traité. Dès lors qu'il existe un intérêt légitime à agir de la sorte, elle doit également pouvoir adopter des décisions constatant qu'une infraction a été commise dans le passé, même sans imposer d'amende. Il convient, par ailleurs, d'inscrire expressément dans le présent règlement que la Commission a le pouvoir, reconnu par la Cour de justice, d'adopter des décisions ordonnant des mesures provisoires.

12° Le présent règlement doit prévoir explicitement que la Commission a le pouvoir d'imposer des mesures correctives de nature comportementale ou structurelle, qui sont nécessaires pour faire cesser effectivement l'infraction, en tenant compte du principe de proportionnalité. Une mesure structurelle ne doit être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière devait être plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle. Il ne serait proportionné de modifier la structure qu'avait une entreprise avant la commission de l'infraction que si cette structure même entraînait un risque important que l'infraction ne perdure ou ne soit répétée.

13° Lorsque, dans le cadre d'une procédure susceptible de déboucher sur l'interdiction d'un accord ou d'une pratique, des entreprises présentent à la Commission des engagements de nature à répondre à ses préoccupations, la Commission doit pouvoir, par décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises concernées. Les décisions relatives aux engagements devraient constater qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse, sans établir s'il y a eu ou s'il y a toujours une infraction. Ces décisions sont sans préjudice de la faculté qu'ont les autorités de concurrence et les juridictions des États membres de faire de telles constatations et de statuer sur l'affaire. De telles décisions ne sont pas opportunes dans les cas où la Commission entend imposer une amende.

14° Il peut également être utile, dans des cas exceptionnels et lorsque l'intérêt public communautaire le requiert, que la Commission adopte une décision de nature déclaratoire constatant l'inapplication de l'interdiction énoncée par l'article 81 ou 82 du traité, et ce, afin de clarifier le droit et d'en assurer une application cohérente dans la Communauté, en particulier pour ce qui est des nouveaux types d'accords ou de pratiques au sujet desquels la jurisprudence et la pratique administrative existantes ne se sont pas prononcées.

15° Il convient que la Commission et les autorités de concurrence des États membres forment ensemble un réseau d'autorités publiques appliquant les règles communautaires de concurrence en étroite coopération. À cette fin, il est nécessaire de mettre en place des mécanismes d'information et de consultation. La Commission fixe et modifie, en étroite coopération avec les États membres, les modalités détaillées de coopération au sein de ce réseau.

16° Nonobstant toute disposition nationale contraire, il convient de permettre les échanges d'informations, même confidentielles, entre les membres du réseau, ainsi que l'utilisation de ces informations en tant qu'éléments de preuve. Ces informations peuvent être utilisées aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, ainsi que pour l'application parallèle du droit

national de la concurrence, pour autant que, dans ce dernier cas, l'application du droit porte sur la même affaire et n'aboutisse pas à un résultat différent. Lorsque les informations échangées sont utilisées par l'autorité destinataire pour imposer des sanctions à des entreprises, la seule restriction à leur utilisation devrait être l'obligation de les exploiter aux fins auxquelles elles ont été recueillies, étant donné que les sanctions imposées aux entreprises sont du même type dans tous les systèmes. Les droits de la défense reconnus aux entreprises dans les différents systèmes peuvent être considérés comme suffisamment équivalents. Par contre, les personnes physiques sont passibles, selon le système considéré, de sanctions qui peuvent être très différentes. Le cas échéant, il faut veiller à ce que les informations ne puissent être utilisées que si elles ont été recueillies selon des modalités qui assurent le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire.

17° Tant pour garantir l'application cohérente des règles de concurrence que pour assurer une gestion optimale du réseau, il est indispensable de maintenir la règle selon laquelle les autorités de concurrence des États membres sont automatiquement dessaisies lorsque la Commission intente une procédure. Lorsqu'une autorité de concurrence d'un État membre traite déjà une affaire et que la Commission a l'intention d'intenter une procédure, cette dernière doit s'efforcer de le faire dans les meilleurs délais. Avant d'intenter la procédure, la Commission doit consulter l'autorité nationale concernée.

18° Afin d'assurer une attribution optimale des affaires au sein du réseau, il convient de prévoir une disposition générale permettant à une autorité de concurrence de suspendre ou de clôturer une affaire au motif qu'une autre autorité traite ou a traité la même affaire, l'objectif étant que chaque affaire ne soit traitée que par une seule autorité. Cette disposition ne doit pas faire obstacle à la possibilité, reconnue à la Commission par la jurisprudence de la Cour de justice, de rejeter une plainte pour défaut d'intérêt communautaire, même lorsqu'aucune autre autorité de concurrence n'a indiqué son intention de traiter l'affaire.

19° Le fonctionnement du comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes institué par le règlement n° 17 s'est avéré très satisfaisant. Ce comité s'insère bien dans le nouveau système de mise en œuvre décentralisée. Il y a donc lieu de prendre comme fondement les règles établies par le règlement n° 17 tout en améliorant l'efficacité de l'organisation des travaux. À cette fin, il est utile de permettre que les avis puissent être rendus en suivant une procédure écrite. En outre, le comité consultatif doit pouvoir servir d'enceinte pour examiner les affaires qui sont traitées par les autorités de concurrence des États membres, contribuant ainsi au maintien d'une application cohérente des règles communautaires de concurrence.

20° Le comité consultatif doit être composé de représentants des autorités de concurrence des États membres. Sans préjudice de la possibilité qu'ont les membres du comité d'être assistés par d'autres experts des États membres, les États membres doivent pouvoir désigner un représentant supplémentaire pour assister aux réunions au cours desquelles des questions générales sont examinées.

21° L'application cohérente des règles de concurrence requiert également la mise en place de mécanismes de coopération entre les juridictions des États membres et la Commission. Cela vaut pour toutes les juridictions des États membres qui appliquent les articles 81 et 82 du traité, qu'elles le fassent dans le cadre de litiges entre particuliers, en tant qu'autorités agissant dans l'intérêt public ou comme instances de recours. En particulier, les juridictions nationales doivent pouvoir s'adresser à la Commission pour obtenir des informations ou des avis au sujet de l'application du droit communautaire de la concurrence. D'autre part, il est nécessaire de permettre à la Commission et aux autorités de concurrence des États membres de formuler des observations écrites ou orales devant les juridictions lorsqu'il est fait application de l'article 81 ou 82 du traité. Ces observations doivent être communiquées conformément aux règles de procédure et aux pratiques nationales, y compris celles qui sont destinées à sauvegarder les droits des parties. À cette fin, il y a lieu de s'assurer que la Commission et les autorités de concurrence des États membres disposent d'informations suffisantes sur les procédures intentées devant les juridictions nationales.

22° Afin de garantir le respect des principes de la sécurité juridique et l'application uniforme des règles de concurrence communautaires dans un système de compétences parallèles, il faut éviter les conflits de décisions. Il convient donc de préciser, conformément à la jurisprudence de la Cour de justice, les effets que les décisions et délibérations de la Commission comportent pour les juridictions et les autorités de concurrence des États membres. Les décisions relatives aux engagements adoptées par la Commission n'affectent pas le pouvoir qu'ont les juridictions et les autorités de concurrence des États membres d'appliquer les articles 81 et 82 du traité.

23° La Commission doit disposer dans toute la Communauté du pouvoir d'exiger les renseignements qui sont nécessaires pour déceler les accords, décisions et pratiques concertées interdits par l'article 81 du traité ainsi que l'exploitation abusive d'une position dominante interdite par l'article 82 du traité. Lorsqu'elles se conforment à une décision de la Commission, les entreprises ne peuvent être contraintes d'admettre qu'elles ont commis une infraction, mais elles sont en tout cas obligées de répondre à des questions factuelles et de produire des documents, même si ces informations peuvent servir à établir à leur encontre ou à l'encontre d'une autre entreprise l'existence d'une infraction.

24° La Commission doit aussi être habilitée à procéder aux inspections qui sont nécessaires pour déceler les accords, décisions et pratiques concertées interdits par l'article 81 du traité ainsi que l'exploitation abusive d'une position dominante interdite par l'article 82 du traité. Les autorités de concurrence des États membres doivent apporter leur collaboration active à l'exercice de cette compétence.

25° La détection des infractions aux règles de concurrence devenant de plus en plus difficile, il est nécessaire, pour protéger efficacement la concurrence, de compléter les pouvoirs d'enquête de la Commission. La Commission doit notamment pouvoir interroger toute personne susceptible de disposer d'informations utiles et pouvoir enregistrer ses déclarations. En outre, au cours d'une inspection, les agents mandatés par la Commission doivent

pouvoir apposer des scellés pendant la durée nécessaire à l'inspection. Les scellés ne doivent normalement pas être apposés pendant plus de soixante-douze heures. Les agents mandatés par la Commission doivent aussi pouvoir demander toutes les informations ayant un lien avec l'objet et le but de l'inspection.

26° L'expérience a montré qu'il arrive que des documents professionnels soient conservés au domicile des dirigeants et des collaborateurs des entreprises. Afin de préserver l'efficacité des inspections, il convient donc de permettre aux agents et aux autres personnes mandatées par la Commission d'accéder à tous les locaux où des documents professionnels sont susceptibles d'être conservés, y compris les domiciles privés. L'exercice de ce dernier pouvoir doit néanmoins être subordonné à l'autorisation de l'autorité judiciaire.

27° Sans préjudice de la jurisprudence de la Cour de justice, il est utile de définir la portée du contrôle que peut exercer l'autorité judiciaire nationale lorsqu'elle autorise, en vertu du droit national et à titre de mesure préventive, le recours aux forces de l'ordre afin de passer outre une opposition éventuelle de l'entreprise ou d'exécuter une décision de procéder à des inspections dans des locaux non professionnels. Il résulte de la jurisprudence que l'autorité judiciaire nationale peut notamment demander à la Commission les informations complémentaires dont elle a besoin pour effectuer son contrôle et en l'absence desquelles elle pourrait refuser l'autorisation. La jurisprudence confirme également la compétence des juridictions nationales pour contrôler l'application des règles nationales concernant la mise en œuvre de mesures coercitives.

28° Pour aider les autorités de concurrence des États membres à appliquer efficacement les articles 81 et 82 du traité, il est utile de leur permettre de s'assister mutuellement par des inspections et autres mesures d'enquête.

29° Le respect des articles 81 et 82 du traité et l'exécution des obligations imposées aux entreprises et aux associations d'entreprises en application du présent règlement doivent pouvoir être assurés au moyen d'amendes et d'astreintes. À cette fin, il y a lieu de prévoir également des amendes d'un montant approprié pour les infractions aux règles de procédure.

30° Afin de garantir le recouvrement effectif d'une amende infligée à une association d'entreprises pour une infraction qu'elle a commise, il est nécessaire de fixer les conditions auxquelles la Commission peut exiger le paiement de l'amende auprès des entreprises membres de l'association lorsque celle-ci n'est pas solvable. Ce faisant, la Commission devrait tenir compte de la taille relative des entreprises appartenant à l'association, et notamment de la situation des petites et moyennes entreprises. Le paiement de l'amende par un ou plusieurs membres de l'association est sans préjudice des dispositions de droit national qui prévoient le recouvrement du montant payé auprès des autres membres de l'association.

31° Les règles relatives à la prescription en ce qui concerne l'imposition d'amendes et d'astreintes ont été établies par le règlement (CEE) nº 2988/74 du Conseil (10), qui vise également les sanctions applicables en matière de transports. Dans un système de compétences parallèles, il est nécessaire d'ajouter, au nombre des actes susceptibles d'interrompre la prescription,

les actes de procédure autonomes effectués par une autorité de concurrence d'un État membre. Pour clarifier le cadre législatif, il convient dès lors de modifier le règlement (CEE) nº 2988/74 afin d'exclure son application au domaine couvert par le présent règlement et d'inclure dans le présent règlement des dispositions relatives à la prescription.

32° Il convient de consacrer le droit des entreprises intéressées d'être entendues par la Commission, de donner aux tiers dont les intérêts peuvent être affectés par une décision l'occasion de faire valoir au préalable leurs observations, ainsi que d'assurer une large publicité des décisions prises. Tout en assurant les droits de la défense des entreprises concernées, et notamment le droit d'accès au dossier, il est indispensable de protéger les secrets d'affaires. En outre, il convient d'assurer que la confidentialité des informations échangées au sein du réseau soit protégée.

33° Toutes les décisions prises par la Commission en application du présent règlement étant soumises au contrôle de la Cour de justice dans les conditions définies par le traité, il convient de prévoir, en application de l'article 229 du traité, l'attribution à celle-ci de la compétence de pleine juridiction en ce qui concerne les décisions par lesquelles la Commission inflige des amendes ou des astreintes.

34° Les principes énoncés aux articles 81 et 82 du traité, tels que mis en œuvre par le règlement nº 17, confient aux organes de la Communauté une place centrale qu'il convient de maintenir, tout en associant davantage les États membres à l'application des règles communautaires de concurrence. Conformément aux principes de subsidiarité et de proportionnalité énoncés à l'article 5 du traité, le présent règlement n'excède pas ce qui est nécessaire pour atteindre son objectif qui est de permettre l'application efficace des règles communautaires de concurrence.

35° Afin d'assurer la mise en œuvre adéquate du droit communautaire en matière de concurrence, les États membres doivent désigner des autorités habilitées à assurer l'application des articles 81 et 82 du traité dans l'intérêt public. Ils doivent être en mesure de désigner des autorités aussi bien administratives que judiciaires chargées d'assurer les différentes fonctions conférées aux autorités de concurrence au titre du présent règlement. Le présent règlement reconnaît qu'il existe entre les États membres de grandes différences quant aux systèmes de mise en œuvre des règles dans l'intérêt public. Les effets de l'article 11, paragraphe 6, du présent règlement doivent s'appliquer à l'ensemble des autorités de concurrence. À titre d'exception à cette règle générale, lorsqu'une autorité chargée des poursuites porte une affaire devant une autorité judiciaire distincte, l'article 11, paragraphe 6, doit s'appliquer à l'autorité chargée des poursuites, sous réserve des conditions énoncées à l'article 35, paragraphe 4, du présent règlement. Lorsque lesdites conditions ne sont pas remplies, la règle générale s'applique. En tout état de cause, l'article 11, paragraphe 6, ne doit pas s'appliquer aux juridictions agissant en qualité d'instances de recours.

36° La jurisprudence ayant clarifié que les règles de concurrence s'appliquent au secteur des transports, ce secteur doit être soumis aux dispositions de procédure du présent règlement. Il convient, par conséquent, d'abroger le règlement nº 141 du Conseil du 26 novembre 1962 portant non-application du

règlement nº 17 au secteur des transports (11) et de modifier les règlements (CEE) nº 1017/68 (12), (CEE) nº 4056/86 (13) et (CEE) nº 3975/87 (14) afin de supprimer les dispositions de procédure spécifiques qu'ils comportent.

37° Le présent règlement respecte les droits fondamentaux et les principes reconnus en particulier par la charte des droits fondamentaux de l'Union européenne. En conséquence, il doit être interprété et appliqué dans le respect de ces droits et principes.

38° Offrir une sécurité juridique aux entreprises dont l'activité est soumise aux règles de concurrence communautaires contribue à promouvoir l'innovation et l'investissement. Lorsqu'une situation crée une incertitude réelle parce qu'elle soulève, pour l'application de ces règles, des questions nouvelles et non résolues, les entreprises concernées pourraient souhaiter demander à la Commission des orientations informelles. Le présent règlement ne préjuge pas de la possibilité pour la Commission de fournir de telles orientations,

a arrêté le présent règlement :

Chapitre premier. Principes

Article premier. Application des articles 81 et 82 du traité

1. Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 81, paragraphe 1, du traité qui ne remplissent pas les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité sont interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet.

2. Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 81, paragraphe 1, du traité qui remplissent les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité ne sont pas interdits, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet.

3. L'exploitation abusive d'une position dominante visée à l'article 82 du traité est interdite, sans qu'une décision préalable soit nécessaire à cet effet.

Article 2. Charge de la preuve

Dans toutes les procédures nationales et communautaires d'application des articles 81 et 82 du traité, la charge de la preuve d'une violation de l'article 81, paragraphe 1, ou de l'article 82 du traité incombe à la partie ou à l'autorité qui l'allègue. En revanche, il incombe à l'entreprise ou à l'association d'entreprises qui invoque le bénéfice des dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité d'apporter la preuve que les conditions de ce paragraphe sont remplies.

Article 3. Rapport entre les articles 81 et 82 du traité et les droits nationaux de la concurrence

1. Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité susceptibles d'affecter le

commerce entre États membres au sens de cette disposition, elles appliquent également l'article 81 du traité à ces accords, décisions ou pratiques concertées. Lorsque les autorités de concurrence des États membres ou les juridictions nationales appliquent le droit national de la concurrence à une pratique abusive interdite par l'article 82 du traité, elles appliquent également l'article 82 du traité.

2. L'application du droit national de la concurrence ne peut pas entraîner l'interdiction d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées qui sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, mais qui n'ont pas pour effet de restreindre la concurrence au sens de l'article 81, paragraphe 1, du traité, ou qui satisfont aux conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3, du traité ou qui sont couverts par un règlement ayant pour objet l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité. Le présent règlement n'empêche pas les États membres d'adopter et de mettre en œuvre sur leur territoire des lois nationales plus strictes qui interdisent ou sanctionnent un comportement unilatéral d'une entreprise.

3. Sans préjudice des principes généraux et des autres dispositions du droit communautaire, les paragraphes 1 et 2 ne s'appliquent pas lorsque les autorités de concurrence et les juridictions des États membres appliquent la législation nationale relative au contrôle des concentrations, et ils n'interdisent pas l'application de dispositions de droit national qui visent à titre principal un objectif différent de celui visé par les articles 81 et 82 du traité.

Chapitre II. Compétences

Article 4. Compétences de la Commission

Pour l'application des articles 81 et 82 du traité, la Commission dispose des compétences prévues par le présent règlement.

Article 5. Compétence des autorités de concurrence des États membres

Les autorités de concurrence des États membres sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité dans des cas individuels. À cette fin, elles peuvent, agissant d'office ou saisies d'une plainte, adopter les décisions suivantes :

– ordonner la cessation d'une infraction ;
– ordonner des mesures provisoires ;
– accepter des engagements ;
– infliger des amendes, astreintes ou toute autre sanction prévue par leur droit national.

Lorsqu'elles considèrent, sur la base des informations dont elles disposent, que les conditions d'une interdiction ne sont pas réunies, elles peuvent également décider qu'il n'y a pas lieu pour elles d'intervenir.

Article 6. Compétence des juridictions nationales

Les juridictions nationales sont compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité.

Chapitre III. Décisions de la Commission

Article 7. Constatation et cessation d'une infraction

1. Si la Commission, agissant d'office ou saisie d'une plainte, constate l'existence d'une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité, elle peut obliger par voie de décision les entreprises et associations d'entreprises intéressées à mettre fin à l'infraction constatée. À cette fin, elle peut leur imposer toute mesure corrective de nature structurelle ou comportementale, qui soit proportionnée à l'infraction commise et nécessaire pour faire cesser effectivement l'infraction. Une mesure structurelle ne peut être imposée que s'il n'existe pas de mesure comportementale qui soit aussi efficace ou si, à efficacité égale, cette dernière s'avérait plus contraignante pour l'entreprise concernée que la mesure structurelle. Lorsque la Commission y a un intérêt légitime, elle peut également constater qu'une infraction a été commise dans le passé.

2. Sont habilités à déposer une plainte aux fins du paragraphe 1 les personnes physiques ou morales qui font valoir un intérêt légitime et les États membres.

Article 8. Mesures provisoires

1. Dans les cas d'urgence justifiés par le fait qu'un préjudice grave et irréparable risque d'être causé à la concurrence, la Commission, agissant d'office, peut, par voie de décision et sur la base d'un constat *prima facie* d'infraction, ordonner des mesures provisoires.

2. Une décision prise en application du paragraphe 1 est applicable pour une durée déterminée et est renouvelable dans la mesure où cela est nécessaire et opportun.

Article 9. Engagements

1. Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision exigeant la cessation d'une infraction et que les entreprises concernées offrent des engagements de nature à répondre aux préoccupations dont la Commission les a informées dans son évaluation préliminaire, la Commission peut, par voie de décision, rendre ces engagements obligatoires pour les entreprises. La décision peut être adoptée pour une durée déterminée et conclut qu'il n'y a plus lieu que la Commission agisse.

2. La Commission peut rouvrir la procédure, sur demande ou de sa propre initiative :

a) si l'un des faits sur lesquels la décision repose subit un changement important ;
b) si les entreprises concernées contreviennent à leurs engagements, ou
c) si la décision repose sur des informations incomplètes, inexactes ou dénaturées fournies par les parties.

Article 10. Constatation d'inapplication

Lorsque l'intérêt public communautaire concernant l'application des articles 81 et 82 du traité le requiert, la Commission, agissant d'office, peut constater

par voie de décision que l'article 81 du traité est inapplicable à un accord, une décision d'association d'entreprises ou une pratique concertée soit parce que les conditions de l'article 81, paragraphe 1, du traité ne sont pas remplies, soit parce que les conditions de l'article 81, paragraphe 3, du traité sont remplies.

La Commission peut également faire une telle constatation en ce qui concerne l'article 82 du traité.

Chapitre IV. Coopération

Article 11. Coopération entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres

1. La Commission et les autorités de concurrence des États membres appliquent les règles communautaires de concurrence en étroite collaboration.

2. La Commission transmet aux autorités de concurrence des États membres une copie des pièces les plus importantes qu'elle a recueillies en vue de l'application des articles 7, 8, 9 et 10 et de l'article 29, paragraphe 1. Si l'autorité de concurrence d'un État membre en fait la demande, la Commission lui fournit une copie des autres documents existants qui sont nécessaires à l'appréciation de l'affaire.

3. Lorsqu'elles agissent en vertu de l'article 81 ou 82 du traité, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission par écrit avant ou sans délai après avoir initié la première mesure formelle d'enquête. Cette information peut également être mise à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres.

4. Au plus tard trente jours avant l'adoption d'une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, les autorités de concurrence des États membres informent la Commission. À cet effet, elles communiquent à la Commission un résumé de l'affaire, la décision envisagée ou, en l'absence de celle-ci, tout autre document exposant l'orientation envisagée. Ces informations peuvent aussi être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres. Sur demande de la Commission, l'autorité de concurrence concernée met à la disposition de la Commission d'autres documents en sa possession nécessaires à l'appréciation de l'affaire. Les informations fournies à la Commission peuvent être mises à la disposition des autorités de concurrence des autres États membres. Les autorités nationales de concurrence peuvent également échanger entre elles les informations nécessaires à l'appréciation d'une affaire qu'elles traitent en vertu de l'article 81 ou 82 du traité.

5. Les autorités de concurrence des États membres peuvent consulter la Commission sur tout cas impliquant l'application du droit communautaire.

6. L'ouverture par la Commission d'une procédure en vue de l'adoption d'une décision en application du chapitre III dessaisit les autorités de concurrence des États membres de leur compétence pour appliquer les articles 81 et 82 du traité. Si une autorité de concurrence d'un État membre traite déjà

une affaire, la Commission n'intente la procédure qu'après avoir consulté cette autorité nationale de concurrence.

Article 12. Échanges d'informations

1. Aux fins de l'application des articles 81 et 82 du traité, la Commission et les autorités de concurrence des États membres ont le pouvoir de se communiquer et d'utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou de droit, y compris des informations confidentielles.

2. Les informations échangées ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve qu'aux fins de l'application de l'article 81 ou 82 du traité et pour l'objet pour lequel elles ont été recueillies par l'autorité qui transmet l'information. Toutefois, lorsque le droit national de la concurrence est appliqué dans la même affaire et parallèlement au droit communautaire de la concurrence, et qu'il aboutit au même résultat, les informations échangées en vertu du présent article peuvent également être utilisées aux fins de l'application du droit national de la concurrence.

3. Les informations transmises en vertu du paragraphe 1 ne peuvent être utilisées comme moyen de preuve pour infliger une sanction à une personne physique que :

– lorsque la loi de l'autorité qui transmet l'information prévoit des sanctions similaires en cas de violation de l'article 81 ou 82 du traité ou, si tel n'est pas le cas,
– lorsque les informations ont été recueillies d'une manière qui assure le même niveau de protection des droits de la défense des personnes physiques que celui qui est reconnu par les règles nationales de l'autorité destinataire. Dans ce cas, cependant, les informations échangées ne peuvent être utilisées par l'autorité destinataire pour infliger des peines privatives de liberté.

Article 13. Suspension ou clôture de la procédure

1. Lorsque les autorités de concurrence de plusieurs États membres sont saisies d'une plainte ou agissent d'office au titre de l'article 81 ou 82 du traité à l'encontre d'un même accord, d'une même décision d'association ou d'une même pratique, le fait qu'une autorité traite l'affaire constitue pour les autres autorités un motif suffisant pour suspendre leur procédure ou rejeter la plainte. La Commission peut également rejeter une plainte au motif qu'une autorité de concurrence d'un État membre la traite.

2. Lorsqu'une autorité de concurrence d'un État membre ou la Commission est saisie d'une plainte contre un accord, une décision d'association ou une pratique qui a déjà été traitée par une autre autorité de concurrence, elle peut la rejeter.

Article 14. Comité consultatif

1. La Commission consulte un comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes avant de prendre une décision en application des articles 7, 8, 9, 10 et 23, de l'article 24, paragraphe 2, et de l'article 29, paragraphe 1.

2. Pour l'examen des cas individuels, le comité consultatif est composé de représentants des autorités de concurrence des États membres. Pour les réunions au cours desquelles sont examinées d'autres questions que les cas individuels, un représentant supplémentaire de l'État membre, compétent en matière de concurrence, peut être désigné. Les représentants désignés peuvent, en cas d'empêchement, être remplacés par d'autres représentants.

3. La consultation peut avoir lieu au cours d'une réunion convoquée et présidée par la Commission, qui se tient au plus tôt quatorze jours après l'envoi de la convocation, accompagnée d'un exposé de l'affaire, d'une indication des pièces les plus importantes et d'un avant-projet de décision. En ce qui concerne les décisions au titre de l'article 8, la réunion peut avoir lieu sept jours après la publication du dispositif d'un projet de décision. Lorsque la Commission envoie l'avis de convocation d'une réunion dans un délai inférieur à ceux qui sont indiqués plus haut, cette réunion peut avoir lieu à la date proposée si aucun État membre ne soulève d'objection. Le comité consultatif émet un avis écrit sur l'avant-projet de décision de la Commission. Il peut émettre un avis même si des membres sont absents et ne sont pas représentés. Sur demande d'un ou de plusieurs membres, les positions exprimées dans l'avis sont motivées.

4. La consultation peut également avoir lieu en suivant une procédure écrite. Toutefois, la Commission organise une réunion si un État membre en fait la demande. En cas de recours à la procédure écrite, la Commission fixe un délai d'au moins quatorze jours aux États membres pour formuler leurs observations et les transmettre à tous les autres États membres. Lorsque les décisions à prendre relèvent de l'article 8, le délai n'est plus de quatorze, mais de sept jours. Lorsque la Commission fixe, pour la procédure écrite, un délai inférieur à ceux qui sont indiqués plus haut, le délai proposé s'applique si aucun État membre ne soulève d'objection.

5. La Commission tient le plus grand compte de l'avis du comité consultatif. Elle informe ce dernier de la façon dont elle a tenu compte de son avis.

6. Si l'avis du comité consultatif est rendu par écrit, il est joint au projet de décision. Si le comité consultatif en recommande la publication, la Commission procède à cette publication en tenant compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

7. À la demande d'une autorité de concurrence d'un État membre, la Commission inscrit à l'ordre du jour du comité consultatif les affaires qui sont traitées par une autorité de concurrence d'un État membre au titre de l'article 81 ou 82 du traité. La Commission peut également procéder à une telle inscription en agissant de sa propre initiative. Dans les deux cas, la Commission informe l'autorité de concurrence concernée.

Une autorité de concurrence d'un État membre peut notamment présenter une demande concernant une affaire dans laquelle la Commission a l'intention d'intenter une procédure ayant l'effet visé à l'article 11, paragraphe 6.

Le comité consultatif ne rend pas d'avis sur les affaires traitées par les autorités de concurrence des États membres. Il peut aussi débattre de questions générales relevant du droit communautaire de la concurrence.

Article 15. Coopération avec les juridictions nationales

1. Dans les procédures d'application de l'article 81 ou 82 du traité, les juridictions des États membres peuvent demander à la Commission de leur communiquer des informations en sa possession ou un avis au sujet de questions relatives à l'application des règles communautaires de concurrence.

2. Les États membres transmettent à la Commission copie de tout jugement écrit rendu par des juridictions nationales statuant sur l'application de l'article 81 ou 82 du traité. Cette copie est transmise sans délai lorsque le jugement complet est notifié par écrit aux parties.

3. Les autorités de concurrence des États membres, agissant d'office, peuvent soumettre des observations écrites aux juridictions de leur État membre respectif au sujet de l'application de l'article 81 ou 82 du traité. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elles peuvent aussi présenter des observations orales. Lorsque l'application cohérente de l'article 81 ou 82 du traité l'exige, la Commission, agissant d'office, peut soumettre des observations écrites aux juridictions des États membres. Avec l'autorisation de la juridiction en question, elle peut aussi présenter des observations orales.

Afin de leur permettre de préparer leurs observations, et à cette fin uniquement, les autorités de concurrence des États membres et la Commission peuvent solliciter la juridiction compétente de l'État membre afin qu'elle leur transmette ou leur fasse transmettre tout document nécessaire à l'appréciation de l'affaire.

4. Le présent article est sans préjudice des pouvoirs plus étendus que le droit national confère aux autorités de concurrence des États membres de présenter des observations aux juridictions.

Article 16. Application uniforme du droit communautaire de la concurrence

1. Lorsque les juridictions nationales statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission. Elles doivent également éviter de prendre des décisions qui iraient à l'encontre de la décision envisagée dans une procédure intentée par la Commission. À cette fin, la juridiction nationale peut évaluer s'il est nécessaire de suspendre sa procédure. Cette obligation est sans préjudice des droits et obligations découlant de l'article 234 du traité.

2. Lorsque les autorités de concurrence des États membres statuent sur des accords, des décisions ou des pratiques relevant de l'article 81 ou 82 du traité qui font déjà l'objet d'une décision de la Commission, elles ne peuvent prendre de décisions qui iraient à l'encontre de la décision adoptée par la Commission.

Chapitre V. Pouvoirs d'enquête

Article 17. Enquêtes par secteur économique et par type d'accords

1. Lorsque l'évolution des échanges entre États membres, la rigidité des prix ou d'autres circonstances font présumer que la concurrence peut être

restreinte ou faussée à l'intérieur du marché commun, la Commission peut mener son enquête sur un secteur particulier de l'économie ou un type particulier d'accords dans différents secteurs. Dans le cadre de cette enquête, la Commission peut demander aux entreprises ou aux associations d'entreprises concernées les renseignements nécessaires à l'application des articles 81 et 82 du traité et effectuer les inspections nécessaires à cette fin.

La Commission peut notamment demander aux entreprises ou associations d'entreprises concernées de lui communiquer tous accords, décisions et pratiques concertées.

La Commission peut publier un rapport sur les résultats de son enquête portant sur des secteurs particuliers de l'économie ou des types particuliers d'accords dans différents secteurs et inviter les parties intéressées à faire part de leurs observations.

2. Les articles 14, 18, 19, 20, 22, 23 et 24 s'appliquent *mutatis mutandis*.

Article 18. Demandes de renseignements

1. Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut, par simple demande ou par voie de décision, demander aux entreprises et associations d'entreprises de fournir tous les renseignements nécessaires.

2. Lorsqu'elle envoie une simple demande de renseignements à une entreprise ou à une association d'entreprises, la Commission indique la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis. Elle indique aussi les sanctions prévues à l'article 23 au cas où un renseignement inexact ou dénaturé serait fourni.

3. Lorsque la Commission demande par décision aux entreprises et associations d'entreprises de fournir des renseignements, elle indique la base juridique et le but de la demande, précise les renseignements demandés et fixe le délai dans lequel ils doivent être fournis. Elle indique également les sanctions prévues à l'article 23 et indique ou inflige les sanctions prévues à l'article 24. Elle indique encore le droit de recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision.

4. Sont tenus de fournir les renseignements demandés, au nom de l'entreprise ou de l'association d'entreprises concernées, les propriétaires des entreprises ou leurs représentants et, dans le cas de personnes morales, de sociétés ou d'associations n'ayant pas la personnalité juridique, les personnes chargées de les représenter selon la loi ou les statuts. Les avocats dûment mandatés peuvent fournir les renseignements demandés au nom de leurs mandants. Ces derniers restent pleinement responsables du caractère complet, exact et non dénaturé des renseignements fournis.

5. La Commission transmet sans délai une copie de la simple demande ou de la décision à l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel est situé le siège de l'entreprise ou de l'association d'entreprises et à l'autorité de concurrence de l'État membre dont le territoire est concerné.

6. À la demande de la Commission, les gouvernements et les autorités de concurrence des États membres fournissent à la Commission tous les

renseignements nécessaires à l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement.

Article 19. Pouvoir de recueillir des déclarations

1. Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut interroger toute personne physique ou morale qui accepte d'être interrogée aux fins de la collecte d'informations relatives à l'objet d'une enquête.

2. Lorsque l'entretien prévu au paragraphe 1 est réalisé dans les locaux d'une entreprise, la Commission informe l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'entretien a lieu. Les agents de l'autorité de concurrence de l'État membre concerné peuvent, si celle-ci le demande, prêter assistance aux agents et aux autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour conduire l'entretien.

Article 20. Pouvoirs de la Commission en matière d'inspection

1. Pour l'accomplissement des tâches qui lui sont assignées par le présent règlement, la Commission peut procéder à toutes les inspections nécessaires auprès des entreprises et associations d'entreprises.

2. Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à une inspection sont investis des pouvoirs suivants :

a) accéder à tous les locaux, terrains et moyens de transport des entreprises et associations d'entreprises ;
b) contrôler les livres ainsi que tout autre document professionnel, quel qu'en soit le support ;
c) prendre ou obtenir sous quelque forme que ce soit copie ou extrait de ces livres ou documents ;
d) apposer des scellés sur tous les locaux commerciaux et livres ou documents pendant la durée de l'inspection et dans la mesure où cela est nécessaire aux fins de celle-ci ;
e) demander à tout représentant ou membre du personnel de l'entreprise ou de l'association d'entreprises des explications sur des faits ou documents en rapport avec l'objet et le but de l'inspection et enregistrer ses réponses.

3. Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à une inspection exercent leurs pouvoirs sur production d'un mandat écrit qui indique l'objet et le but de l'inspection, ainsi que la sanction prévue à l'article 23 au cas où les livres ou autres documents professionnels qui sont requis seraient présentés de manière incomplète et où les réponses aux demandes faites en application du paragraphe 2 du présent article seraient inexactes ou dénaturées. La Commission avise, en temps utile avant l'inspection, l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée.

4. Les entreprises et associations d'entreprises sont tenues de se soumettre aux inspections que la Commission a ordonnées par voie de décision. La décision indique l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et indique les sanctions prévues aux articles 23 et 24, ainsi que le

recours ouvert devant la Cour de justice contre la décision. La Commission prend ces décisions après avoir entendu l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée.

5. Les agents de l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée ainsi que les agents mandatés ou désignés par celle-ci doivent, à la demande de cette autorité ou de la Commission, prêter activement assistance aux agents et aux autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission. Ils disposent à cette fin des pouvoirs définis au paragraphe 2.

6. Lorsque les agents ou les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission constatent qu'une entreprise s'oppose à une inspection ordonnée en vertu du présent article, l'État membre intéressé leur prête l'assistance nécessaire, en requérant au besoin la force publique ou une autorité disposant d'un pouvoir de contrainte équivalent, pour leur permettre d'exécuter leur mission d'inspection.

7. Si, en vertu du droit national, l'assistance prévue au paragraphe 6 requiert l'autorisation d'une autorité judiciaire, cette autorisation doit être sollicitée. L'autorisation peut également être demandée à titre préventif.

8. Lorsqu'une autorisation visée au paragraphe 7 est demandée, l'autorité judiciaire nationale contrôle que la décision de la Commission est authentique et que les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives par rapport à l'objet de l'inspection. Lorsqu'elle contrôle la proportionnalité des mesures coercitives, l'autorité judiciaire nationale peut demander à la Commission, directement ou par l'intermédiaire de l'autorité de concurrence de l'État membre, des explications détaillées, notamment sur les motifs qui incitent la Commission à suspecter une violation des articles 81 et 82 du traité, ainsi que sur la gravité de la violation suspectée et sur la nature de l'implication de l'entreprise concernée. Cependant, l'autorité judiciaire nationale ne peut ni mettre en cause la nécessité de l'inspection ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission. Le contrôle de la légalité de la décision de la Commission est réservé à la Cour de justice.

Article 21. Inspection d'autres locaux

1. S'il existe un soupçon raisonnable que des livres ou autres documents professionnels liés au domaine faisant l'objet de l'inspection qui pourraient être pertinents pour prouver une violation grave de l'article 81 ou 82 du traité sont conservés dans d'autres locaux, terrains et moyens de transport, y compris au domicile des chefs d'entreprises, des dirigeants et des autres membres du personnel des entreprises et associations d'entreprises concernées, la Commission peut ordonner par voie de décision qu'il soit procédé à une inspection dans ces autres locaux, terrains et moyens de transport.

2. La décision indique l'objet et le but de l'inspection, fixe la date à laquelle elle commence et signale que la décision est susceptible de recours devant la Cour de justice. Elle expose notamment les motifs qui ont conduit la Commission à conclure qu'il existe un soupçon au sens du paragraphe 1. La Commission prend ces décisions après avoir consulté l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée.

3. Une décision prise conformément au paragraphe 1 ne peut être exécutée sans autorisation préalable de l'autorité judiciaire nationale de l'État membre concerné. L'autorité judiciaire nationale contrôle que la décision de la Commission est authentique et que les mesures coercitives envisagées ne sont ni arbitraires ni excessives eu égard notamment à la gravité de la violation suspectée, à l'importance des éléments de preuve recherchés, à l'implication de l'entreprise concernée et à la probabilité raisonnable que les livres et documents liés à l'objet de l'inspection soient conservés dans les locaux dont l'inspection est demandée. L'autorité judiciaire nationale peut demander à la Commission, directement ou par l'intermédiaire de l'autorité de concurrence de l'État membre, des explications détaillées sur les éléments qui lui sont nécessaires pour pouvoir contrôler la proportionnalité des mesures coercitives envisagées.

Cependant, l'autorité judiciaire nationale ne peut remettre en cause la nécessité d'une inspection ni exiger la communication des informations figurant dans le dossier de la Commission. Le contrôle de la légalité de la décision de la Commission est réservé à la Cour de justice.

4. Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission pour procéder à une inspection ordonnée conformément au paragraphe 1 disposent des pouvoirs définis à l'article 20, paragraphe 2, points a), b) et c). L'article 20, paragraphes 5 et 6, s'applique *mutatis mutandis*.

Article 22. Enquêtes par les autorités de concurrence des États membres

1. Une autorité de concurrence d'un État membre peut exécuter sur son territoire toute inspection ou autre mesure d'enquête en application de son droit national au nom et pour le compte de l'autorité de concurrence d'un autre État membre afin d'établir une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité. Le cas échéant, les informations recueillies sont communiquées et utilisées conformément à l'article 12.

2. Sur demande de la Commission, les autorités de concurrence des États membres procèdent aux inspections que la Commission juge indiquées au titre de l'article 20, paragraphe 1, ou qu'elle a ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 20, paragraphe 4. Les agents des autorités de concurrence des États membres chargés de procéder aux inspections, ainsi que les agents mandatés ou désignés par celles-ci, exercent leurs pouvoirs conformément à leur législation nationale.

Les agents et les autres personnes les accompagnant mandatés par la Commission peuvent, sur sa demande ou sur celle de l'autorité de concurrence de l'État membre sur le territoire duquel l'inspection doit être effectuée, prêter assistance aux agents de l'autorité concernée.

Chapitre VI. Sanctions

Article 23. Amendes

1. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des amendes jusqu'à concurrence de 1 % du chiffre

d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent lorsque, de propos délibéré ou par négligence :

a) elles fournissent un renseignement inexact ou dénaturé en réponse à une demande faite en application de l'article 17 ou de l'article 18, paragraphe 2 ;
b) en réponse à une demande faite par voie de décision prise en application de l'article 17 ou de l'article 18, paragraphe 3, elles fournissent un renseignement inexact, incomplet ou dénaturé ou ne fournissent pas un renseignement dans le délai prescrit ;
c) elles présentent de façon incomplète, lors des inspections effectuées au titre de l'article 20, les livres ou autres documents professionnels requis, ou ne se soumettent pas aux inspections ordonnées par voie de décision prise en application de l'article 20, paragraphe 4 ;
d) en réponse à une question posée conformément à l'article 20, paragraphe 2, point e), elles fournissent une réponse incorrecte ou dénaturée, ou elles omettent de rectifier dans un délai fixé par la Commission une réponse incorrecte, incomplète ou dénaturée donnée par un membre du personnel, ou elles omettent ou refusent de fournir une réponse complète sur des faits en rapport avec l'objet et le but d'une inspection ordonnée par une décision prise conformément à l'article 20, paragraphe 4 ;
e) des scellés apposés en application de l'article 20, paragraphe 2, point d), par les agents ou les autres personnes les accompagnant mandatés de la Commission, ont été brisés.

2. La Commission peut, par voie de décision, infliger des amendes aux entreprises et associations d'entreprises lorsque, de propos délibéré ou par négligence :

a) elles commettent une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité, ou
b) elles contreviennent à une décision ordonnant des mesures provisoires prises au titre de l'article 8, ou
c) elles ne respectent pas un engagement rendu obligatoire par décision en vertu de l'article 9.

Pour chaque entreprise et association d'entreprises participant à l'infraction, l'amende n'excède pas 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent.

Lorsque l'infraction d'une association porte sur les activités de ses membres, l'amende ne peut dépasser 10 % de la somme du chiffre d'affaires total réalisé par chaque membre actif sur le marché affecté par l'infraction de l'association.

3. Pour déterminer le montant de l'amende, il y a lieu de prendre en considération, outre la gravité de l'infraction, la durée de celle-ci.

4. Lorsqu'une amende est infligée à une association d'entreprises en tenant compte du chiffre d'affaires de ses membres et que l'association n'est pas solvable, elle est tenue de lancer à ses membres un appel à contributions pour couvrir le montant de l'amende.

Si ces contributions n'ont pas été versées à l'association dans un délai fixé par la Commission, celle-ci peut exiger le paiement de l'amende directement par toute entreprise dont les représentants étaient membres des organes décisionnels concernés de l'association.

Après avoir exigé le paiement au titre du deuxième alinéa, lorsque cela est nécessaire pour garantir le paiement intégral de l'amende, la Commission peut exiger le paiement du solde par tout membre de l'association qui était actif sur le marché sur lequel l'infraction a été commise.

Cependant, la Commission n'exige pas le paiement visé aux deuxième et troisième alinéas auprès des entreprises qui démontrent qu'elles n'ont pas appliqué la décision incriminée de l'association et qu'elles en ignoraient l'existence ou s'en sont activement désolidarisées avant que la Commission n'entame son enquête.

La responsabilité financière de chaque entreprise en ce qui concerne le paiement de l'amende ne peut excéder 10 % de son chiffre d'affaires total réalisé au cours de l'exercice social précédent.

5. Les décisions prises en application des paragraphes 1 et 2 n'ont pas un caractère pénal.

Article 24. Astreintes

1. La Commission peut, par voie de décision, infliger aux entreprises et associations d'entreprises des astreintes jusqu'à concurrence de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen réalisé au cours de l'exercice social précédent par jour de retard à compter de la date qu'elle fixe dans sa décision, pour les contraindre :

a) à mettre fin à une infraction aux dispositions de l'article 81 ou 82 du traité conformément à une décision prise en application de l'article 7 ;
b) à respecter une décision ordonnant des mesures provisoires prises en application de l'article 8 ;
c) à respecter un engagement rendu obligatoire par décision en vertu de l'article 9 ;
d) à fournir de manière complète et exacte un renseignement qu'elle a demandé par voie de décision prise en application de l'article 17 ou de l'article 18, paragraphe 3 ;
e) à se soumettre à une inspection qu'elle a ordonnée par voie de décision prise en application de l'article 20, paragraphe 4.

2. Lorsque les entreprises ou les associations d'entreprises ont satisfait à l'obligation pour l'exécution de laquelle l'astreinte a été infligée, la Commission peut fixer le montant définitif de celle-ci à un chiffre inférieur à celui qui résulte de la décision initiale. Les dispositions de l'article 23, paragraphe 4, s'appliquent *mutatis mutandis*.

Chapitre VII. Prescription

Article 25. Prescription en matière d'imposition de sanctions

1. Le pouvoir conféré à la Commission en vertu des articles 23 et 24 est soumis aux délais de prescription suivants :

a) trois ans en ce qui concerne les infractions aux dispositions relatives aux demandes de renseignements ou à l'exécution d'inspections ;
b) cinq ans en ce qui concerne les autres infractions.

2. La prescription court à compter du jour où l'infraction a été commise. Toutefois, pour les infractions continues ou répétées, la prescription ne court qu'à compter du jour où l'infraction a pris fin.

3. La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est interrompue par tout acte de la Commission ou d'une autorité de concurrence d'un État membre visant à l'instruction ou à la poursuite de l'infraction. L'interruption de la prescription prend effet le jour où l'acte est notifié à au moins une entreprise ou association d'entreprises ayant participé à l'infraction. Constituent notamment des actes interrompant la prescription :

a) les demandes de renseignements écrites de la Commission ou de l'autorité de concurrence d'un État membre ;
b) les mandats écrits d'inspection délivrés à ses agents par la Commission ou par l'autorité de concurrence d'un État membre ;
c) l'engagement d'une procédure par la Commission ou par une autorité de concurrence d'un État membre ;
d) la communication des griefs retenus par la Commission ou par une autorité de concurrence d'un État membre.

4. L'interruption de la prescription vaut à l'égard de toutes les entreprises et associations d'entreprises ayant participé à l'infraction.

5. La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption. Toutefois, la prescription est acquise au plus tard le jour où un délai égal au double du délai de prescription arrive à expiration sans que la Commission ait prononcé une amende ou astreinte. Ce délai est prorogé de la période pendant laquelle la prescription est suspendue conformément au paragraphe 6.

6. La prescription en matière d'imposition d'amendes ou d'astreintes est suspendue aussi longtemps que la décision de la Commission fait l'objet d'une procédure pendante devant la Cour de justice.

Article 26. Prescription en matière d'exécution des sanctions

1. Le pouvoir de la Commission d'exécuter les décisions prises en application des articles 23 et 24 est soumis à un délai de prescription de cinq ans.

2. La prescription court à compter du jour où la décision est devenue définitive.

3. La prescription en matière d'exécution des sanctions est interrompue :

a) par la notification d'une décision modifiant le montant initial de l'amende ou de l'astreinte ou rejetant une demande tendant à obtenir une telle modification ;
b) par tout acte de la Commission ou d'un État membre, agissant à la demande de la Commission, visant au recouvrement forcé de l'amende ou de l'astreinte.

4. La prescription court à nouveau à partir de chaque interruption.

5. La prescription en matière d'exécution des sanctions est suspendue :

a) aussi longtemps qu'un délai de paiement est accordé ;
b) aussi longtemps que l'exécution forcée du paiement est suspendue en vertu d'une décision de la Cour de justice.

Chapitre VIII. Auditions et secret professionnel

Article 27. Audition des parties, des plaignants et des autres tiers

1. Avant de prendre les décisions prévues aux articles 7, 8 et 23 et à l'article 24, paragraphe 2, la Commission donne aux entreprises et associations d'entreprises visées par la procédure menée par la Commission l'occasion de faire connaître leur point de vue au sujet des griefs retenus par la Commission. La Commission ne fonde ses décisions que sur les griefs au sujet desquels les parties concernées ont pu faire valoir leurs observations. Les plaignants sont étroitement associés à la procédure.

2. Les droits de la défense des parties concernées sont pleinement assurés dans le déroulement de la procédure. Elles ont le droit d'avoir accès au dossier de la Commission sous réserve de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués. Le droit d'accès au dossier ne s'étend pas aux informations confidentielles et aux documents internes de la Commission ou des autorités de concurrence des États membres. En particulier, le droit d'accès ne s'étend pas à la correspondance entre la Commission et les autorités de concurrence des États membres ou entre ces dernières, y compris les documents établis en application des articles 11 et 14. Aucune disposition du présent paragraphe n'empêche la Commission de divulguer et d'utiliser des informations nécessaires pour apporter la preuve d'une infraction.

3. Si la Commission le juge nécessaire, elle peut également entendre d'autres personnes physiques ou morales. Si des personnes physiques ou morales justifiant d'un intérêt suffisant demandent à être entendues, il doit être fait droit à leur demande. Les autorités de concurrence des États membres peuvent également demander à la Commission d'entendre d'autres personnes physiques ou morales.

4. Lorsque la Commission envisage d'adopter une décision en application de l'article 9 ou 10, elle publie un résumé succinct de l'affaire et le principal contenu des engagements ou de l'orientation proposée. Les tierces parties intéressées peuvent présenter leurs observations dans un délai qui est fixé par la Commission dans sa publication et qui ne peut pas être inférieur à un mois. La publication tient compte de l'intérêt légitime des entreprises à la protection de leurs secrets d'affaires.

Article 28. Secret professionnel

1. Sans préjudice des articles 12 et 15, les informations recueillies en application des articles 17 à 22 ne peuvent être utilisées qu'aux fins auxquelles elles ont été recueillies.

2. Sans préjudice de l'échange et de l'utilisation des informations prévus aux articles 11, 12, 14, 15 et 27, la Commission et les autorités de concurrence des États membres, leurs fonctionnaires, agents et les autres personnes travaillant sous la supervision de ces autorités, ainsi que les agents et fonctionnaires d'autres autorités des États membres sont tenus de ne pas divulguer les informations qu'ils ont recueillies ou échangées en application du présent règlement et qui, par leur nature, sont couvertes par le secret professionnel.

Cette obligation s'applique également à tous les représentants et experts des États membres assistant aux réunions du comité consultatif en application de l'article 14.

Chapitre IX. Règlements d'exemption

Article 29. Retrait individuel

1. Si la Commission, en vertu de la compétence que lui confère un règlement du Conseil, tel que les règlements nº 19/65/CEE, (CEE) nº 2821/71, (CEE) nº 3976/87, (CEE) nº 1534/91 ou (CEE) nº 479/92, pour appliquer par voie de règlement les dispositions de l'article 81, paragraphe 3, du traité, a déclaré l'article 81, paragraphe 1, inapplicable à certaines catégories d'accords, de décisions d'associations d'entreprises ou de pratiques concertées, elle peut d'office ou sur plainte retirer le bénéfice d'un tel règlement d'exemption lorsqu'elle estime dans un cas déterminé qu'un accord, une décision ou une pratique concertée visé par ce règlement d'exemption produit néanmoins des effets qui sont incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, du traité.

2. Lorsque, dans un cas déterminé, des accords, des décisions d'associations d'entreprises ou des pratiques concertées auxquels s'applique un règlement de la Commission visé au paragraphe 1 produisent des effets incompatibles avec l'article 81, paragraphe 3, du traité sur le territoire d'un État membre, ou sur une partie de ce territoire, qui présente toutes les caractéristiques d'un marché géographique distinct, l'autorité de concurrence de cet État membre peut retirer le bénéfice de l'application du règlement d'exemption par catégorie en cause sur ce territoire.

Chapitre X. Dispositions générales

Article 30. Publication des décisions

1. La Commission publie les décisions qu'elle prend en vertu des articles 7 à 10 et des articles 23 et 24.

2. La publication mentionne le nom des parties intéressées et l'essentiel de la décision, y compris les sanctions imposées. Elle doit tenir compte de l'intérêt légitime des entreprises à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

Article 31. Contrôle de la Cour de justice

La Cour de justice statue avec compétence de pleine juridiction sur les recours formés contre les décisions par lesquelles la Commission a fixé une amende ou une astreinte. Elle peut supprimer, réduire ou majorer l'amende ou l'astreinte infligée.

Article 32. Exclusions du champ d'application

Le présent règlement ne s'applique pas :

a) aux transports maritimes internationaux du type « *services de tramp* » au sens de l'article 1er, paragraphe 3, point a), du règlement (CEE) nº 4056/86 ;

b) aux services de transport maritime assurés exclusivement entre des ports situés dans un même État membre, comme prévu à l'article 1er, paragraphe 2, du règlement (CEE) nº 4056/86 ;
c) aux transports aériens entre les aéroports de la Communauté et des pays tiers.

Article 33. Dispositions d'application

1. La Commission est autorisée à arrêter toute disposition utile en vue de l'application du présent règlement. Ces dispositions peuvent notamment concerner :

a) la forme, la teneur et les autres modalités des plaintes présentées en application de l'article 7, ainsi que la procédure applicable aux rejets de plaintes ;
b) les modalités de l'information et de la consultation prévues à l'article 11 ;
c) les modalités des auditions prévues à l'article 27.

2. Avant d'arrêter une disposition en vertu du paragraphe 1, la Commission en publie le projet et invite toutes les parties intéressées à lui soumettre leurs observations dans un délai qu'elle fixe et qui ne peut être inférieur à un mois. Avant de publier un projet de disposition et d'adopter celle-ci, la Commission consulte le comité consultatif en matière d'ententes et de positions dominantes.

Chapitre XI. Dispositions transitoires, modificatives et finales

Article 34. Dispositions transitoires

1. Les demandes présentées à la Commission en application de l'article 2 du règlement nº 17 et les notifications faites en application des articles 4 et 5 dudit règlement, ainsi que les demandes et notifications correspondantes faites en application des règlements (CEE) nº 1017/68, (CEE) nº 4056/86 et (CEE) nº 3975/87, sont caduques à compter de la date d'application du présent règlement.

2. Les actes de procédure accomplis en application du règlement nº 17 et des règlements (CEE) nº 1017/68, (CEE) nº 4056/86 et (CEE) nº 3975/87 conservent leurs effets pour l'application du présent règlement.

Article 35. Désignation des autorités de concurrence des États membres

1. Les États membres désignent l'autorité ou les autorités de concurrence compétentes pour appliquer les articles 81 et 82 du traité de telle sorte que les dispositions du présent règlement soient effectivement respectées. Les mesures nécessaires pour doter ces autorités du pouvoir d'appliquer lesdits articles sont prises avant le 1er mai 2004. Des juridictions peuvent figurer parmi les autorités désignées.

2. Lorsque l'application du droit communautaire en matière de concurrence est confiée à des autorités administratives et judiciaires nationales, les États membres peuvent assigner différentes compétences et fonctions à ces différentes autorités nationales, qu'elles soient administratives ou judiciaires.

3. Les effets de l'article 11, paragraphe 6, s'appliquent aux autorités désignées par les États membres, y compris aux juridictions qui exercent des fonctions portant sur la préparation et l'adoption des types de décisions prévus à l'article 5. Les effets de l'article 11, paragraphe 6 ne s'appliquent pas aux juridictions lorsqu'elles statuent en qualité d'instances de recours contre les types de décisions visés à l'article 5.

4. Nonobstant le paragraphe 3, dans les États membres où, en vue de l'adoption de certains types de décisions visés à l'article 5, une autorité saisit une autorité judiciaire distincte et différente de l'autorité chargée des poursuites, et pour autant que les conditions énoncées au présent paragraphe soient remplies, les effets de l'article 11, paragraphe 6, sont limités à l'autorité chargée des poursuites en question, qui doit retirer sa demande auprès de l'autorité judiciaire lorsque la Commission ouvre une procédure. Ce retrait doit effectivement mettre fin à la procédure nationale.

Article 36. Modification du règlement (CEE) nº 1017/68

Le règlement (CEE) nº 1017/68 est modifié comme suit :

1) L'article 2 est abrogé.

2) À l'article 3, paragraphe 1, les mots « *L'interdiction édictée par l'article 2* » sont remplacés par les mots « *L'interdiction de l'article 81, paragraphe 1, du traité* ».

3) L'article 4 est modifié comme suit :

a) au paragraphe 1, les termes « Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 2 » sont remplacés par « *Les accords, décisions et pratiques concertées visés à l'article 81, paragraphe 1, du traité* » ;
b) le paragraphe 2 est remplacé par le texte suivant : « *2. Si la mise en œuvre d'accords, de décisions ou de pratiques concertées visés au paragraphe 1 entraîne, dans des cas d'espèce, des effets incompatibles avec les conditions prévues à l'article 81, paragraphe 3, du traité, les entreprises et associations d'entreprises peuvent être obligées à mettre fin à ces effets.* »

4) Les articles 5 à 29 sont abrogés, sauf pour ce qui est de l'article 13, paragraphe 3, qui continue de s'appliquer aux décisions adoptées en vertu de l'article 5 du règlement (CE) nº 1017/68 avant la date d'application du présent règlement, jusqu'à l'expiration desdites décisions.

5) À l'article 30, les paragraphes 2, 3 et 4 sont supprimés.

Article 37. Modification du règlement (CEE) nº 2988/74

L'article suivant est inséré dans le règlement (CEE) nº 2988/74 :
« *Article 7 bis.*
Exclusion du champ d'application
*Le présent règlement n'est pas applicable aux mesures prises en vertu du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité**.* »

Article 38. Modification du règlement (CEE) nº 4056/86

Le règlement (CEE) nº 4056/86 est modifié comme suit :

1) L'article 7 est modifié comme suit :

a) le paragraphe 1 est remplacé par le texte suivant :
« *1. Manquement à une obligation*
*Lorsque les intéressés manquent à une obligation dont est assortie, aux termes de l'article 5, l'exemption prévue à l'article 3, la Commission fait cesser ces contraventions et peut à cette fin, dans les conditions prévues par le règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité***, adopter une décision qui, soit leur interdit ou leur enjoint d'accomplir certains actes, soit leur supprime le bénéfice de l'exemption par catégorie.* » ;
b) le paragraphe 2 est modifié comme suit : i) au point a), les mots « *dans les conditions prévues par la section II* » sont remplacés par les mots « *dans les conditions prévues par le règlement (CE) nº 1/2003* » ; ii) au point c) i), deuxième alinéa, la deuxième phrase est remplacée par le texte suivant : « *Dans le même temps, elle pourra décider si elle accepte des engagements offerts par les entreprises concernées, en vue, entre autres, d'obtenir l'accès au marché pour les compagnies non membres de la conférence, dans les conditions de l'article 9 du règlement (CE) nº 1/2003.* »

2) L'article 8 est modifié comme suit :

a) le paragraphe 1 est supprimé ;
b) au paragraphe 2, les termes « *en application de l'article 10* » sont remplacés par les termes « *en application du règlement (CE) nº 1/2003* » ;
c) le paragraphe 3 est supprimé.

3) L'article 9 est modifié comme suit :

a) au paragraphe 1, les mots « *comité consultatif visé à l'article 15* » sont remplacés par les mots « *comité consultatif visé à l'article 14 du règlement (CE) nº 1/2003* » ;
b) au paragraphe 2, les mots « *comité consultatif visé à l'article 15* » sont remplacés par les mots « *comité consultatif visé à l'article 14 du règlement (CE) nº 1/2003* ».

4) Les articles 10 à 25 sont abrogés, sauf pour ce qui est de l'article 13, paragraphe 3, qui continue de s'appliquer aux décisions adoptées en vertu de l'article 81, paragraphe 3, du traité avant la date d'application du présent règlement, jusqu'à l'expiration desdites décisions.

5) À l'article 26, les mots « *la forme, la teneur et les autres modalités des plaintes visées à l'article 10, des demandes visées à l'article 12, ainsi que les auditions prévues à l'article 23, paragraphes 1 et 2* » sont supprimés.

Article 39. Modification du règlement (CEE) nº 3975/87

Les articles 3 à 19 du règlement (CEE) nº 3975/87 sont abrogés, sauf pour ce qui est de l'article 6, paragraphe 3, qui continue de s'appliquer aux décisions adoptées en vertu de l'article 81, paragraphe 3, du traité avant la date d'application du présent règlement, jusqu'à l'expiration desdites décisions.

Article 40. Modification des règlements nº 19/65/CEE, (CEE) nº 2821/71 et (CEE) nº 1534/91

L'article 7 du règlement nº 19/65/CEE, l'article 7 du règlement (CEE) nº 2821/71 et l'article 7 du règlement (CEE) nº 1534/91 sont abrogés.

Article 41. Modification du règlement (CEE) nº 3976/87

Le règlement (CEE) nº 3976/87 est modifié comme suit :

1) L'article 6 est remplacé par le texte suivant :
« *Article 6*
*Avant de publier un projet de règlement et d'arrêter un règlement, la Commission consulte le comité consultatif visé à l'article 14 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité****.* »

2) L'article 7 est abrogé.

Article 42. Modification du règlement (CEE) nº 479/92

Le règlement (CEE) nº 479/92 est modifié comme suit :

1) L'article 5 est remplacé par le texte suivant :
« *Article 5*
*Avant de publier un projet de règlement et d'arrêter un règlement, la Commission consulte le comité consultatif visé à l'article 14 du règlement (CE) nº 1/2003 du Conseil du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité*****.* »

2) L'article 6 est abrogé.

Article 43. Abrogations des règlements nº 17 et nº 141

1. Le règlement nº 17 est abrogé, sauf pour ce qui est de l'article 8, paragraphe 3, qui continue de s'appliquer aux décisions adoptées en vertu de l'article 81, paragraphe 3, du traité avant la date d'application du présent règlement, jusqu'à l'expiration desdites décisions.

2. Le règlement nº 141 est abrogé.

3. Les références faites aux règlements abrogés s'entendent comme faites au présent règlement.

Article 44. Rapport sur l'application du présent règlement

Cinq ans après la date d'application du présent règlement, la Commission fait rapport au Parlement européen et au Conseil sur le fonctionnement du présent règlement, et notamment sur l'application de son article 11, paragraphe 6, et de son article 17.

Sur la base de ce rapport, la Commission évalue s'il est opportun de proposer au Conseil une révision du présent règlement.

Article 45. Entrée en vigueur

Le présent règlement entre en vigueur le vingtième jour suivant celui de sa publication au *Journal officiel des Communautés européennes*.

Il est applicable à partir du 1er mai 2004.

Le présent règlement est obligatoire dans tous ses éléments et directement applicable dans tout État membre.

Fait à Bruxelles, le 16 décembre 2002.

Par le Conseil
La présidente
M. Fischer Boel

(1) *JO* C 365 E du 19.12.2000, p. 284.
(2) *JO* C 72 E du 21.3.2002, p. 305.
(3) *JO* C 155 du 29.5.2001, p. 73.

* Le titre du règlement n° 17 a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention des articles 85 et 86 du traité.

(4) *JO* 13 du 21.2.1962, p. 204/62. Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1216/1999 (*JO* L 148 du 15.6.1999, p. 5).
(5) Règlement n° 19/65/CEE du Conseil du 2 mars 1965 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (*) à des catégories d'accords et de pratiques concertées (*JO* 36 du 6.3.1965, p. 533/65). Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CE) n° 1215/1999 (*JO* L 148 du 15.6.1999, p. 1). [(*) Le titre des règlements a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention de l'article 85, paragraphe 3, du traité.]
(6) Règlement (CEE) n° 2821/71 du Conseil du 20 décembre 1971 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (*) à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées (*JO* L 285 du 29.12.1971, p. 46). Règlement modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de 1994. [(*) Le titre des règlements a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention de l'article 85, paragraphe 3, du traité.]
(7) Règlement (CEE) n° 3976/87 du Conseil du 14 décembre 1987 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (*) à des catégories d'accords et de pratiques concertées dans le domaine des transports aériens (*JO* L 374 du 31.12.1987, p. 9). Règlement modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de 1994. [(*) Le titre des règlements a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention de l'article 85, paragraphe 3, du traité.]
(8) Règlement (CEE) n° 1534/91 du Conseil du 31 mai 1991 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (*) à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées dans le domaine des assurances (*JO* L 143 du 7.6.1991, p. 1). [(*) Le titre des règlements a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention de l'article 85, paragraphe 3, du traité.]
(9) Règlement (CEE) n° 479/92 du Conseil du 25 février 1992 concernant l'application de l'article 81, paragraphe 3, du traité (*) à des catégories d'accords, de décisions et de pratiques concertées entre compagnies maritimes de ligne (« consortia ») (*JO* L 55 du 29.2.1992, p. 3). Règlement modifié par l'acte d'adhésion de 1994. [(*) Le titre des règlements a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention de l'article 85, paragraphe 3, du traité.]
(10) Règlement (CEE) n° 2988/74 du Conseil du 26 novembre 1974 relatif à la prescription en matière de poursuites et d'exécution dans les domaines du droit des transports et de la concurrence de la Communauté économique européenne (*JO* L 319 du 29.11.1974, p. 1).

(11) *JO* 124 du 28.11.1962, p. 2751/62. Règlement modifié par le règlement n° 1002/67/CEE (*JO* 306 du 16.12.1967, p. 1).
(12) Règlement (CEE) n° 1017/68 du Conseil du 19 juillet 1968 portant application de règles de concurrence aux secteurs des transports par chemin de fer, par route et par voie navigable (*JO* L 175 du 23.7.1968, p. 1). Règlement modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de 1994.
(13) Règlement (CEE) n° 4056/86 du Conseil du 22 décembre 1986 déterminant les modalités d'application des articles 81 et 82 du traité (*) aux transports maritimes (*JO* L 378 du 31.12.1986, p. 4). Règlement modifié en dernier lieu par l'acte d'adhésion de 1994. [(*) Le titre des règlements a été aménagé pour tenir compte de la renumérotation des articles du traité CE, conformément à l'article 12 du traité d'Amsterdam ; il comportait à l'origine la mention de l'article 85, paragraphe 3, du traité.]
(14) Règlement (CEE) n° 3975/87 du Conseil du 14 décembre 1987 déterminant les modalités d'application des règles de concurrence applicables aux entreprises de transports aériens (*JO* L 374 du 31.12.1987, p. 1). Règlement modifié en dernier lieu par le règlement (CEE) n° 2410/92 (*JO* L 240 du 24.8.1992, p. 18).

** *JO* L 1 du 4.1.2003, p. 1.
*** *JO* L 1 du 4.1.2003, p. 1.
**** *JO* L 1 du 4.1.2003, p. 1.
***** *JO* L 1 du 4.1.2003, p. 1.

Règlement intérieur du Conseil de la concurrence

Vu le livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence ;

Vu 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 et, notamment, son article 26 ;

Vu la décision d'organisation prise par la présidente du Conseil de la concurrence le 30 décembre 2002 ;

Article 1

Les saisines sont enregistrées et marquées d'un timbre indiquant leur date d'arrivée au Conseil de la concurrence. Il en est de même des pièces adressées au Conseil au cours de l'instruction.

Lorsqu'une entreprise entreprend auprès du Conseil la démarche prévue par les dispositions de l'article L. 464 -2, III du Code de commerce, l'heure précise d'arrivée de sa demande sera ajoutée à la date.

Article 2

Le bureau de la procédure est ouvert au public du lundi au vendredi de 9 heures à 12 heures et de 14 heures à 17 heures. La consultation des dossiers est autorisée à ces mêmes heures par les parties ou leurs représentants. Ces horaires peuvent être modifiés par décision du président.

Les demandes de copies précisent les références des pièces qui en sont l'objet. Elles sont adressées par écrit au chef du bureau de la procédure et, dans la mesure où elles sont compatibles avec les moyens matériels du Conseil, elles sont satisfaites dans les meilleurs délais, conformément aux dispositions de l'arrêté du 1er octobre 2001 (*Journal officiel* du 2 octobre 2001).

Article 3

Les mémoires et les observations écrites des parties sont adressés au Conseil (bureau de la procédure), suivant les modalités prévues à l'article 30 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, en quinze exemplaires auxquels il convient d'ajouter les copies destinées aux parties en cause. En cas de nécessité, les parties sont invitées à produire des copies supplémentaires.

Tout document produit devant le Conseil doit être rédigé en langue française ou, à défaut, être accompagné d'une traduction.

Article 4

Le calendrier des séances et l'ordre du jour de chaque séance sont arrêtés par le président.

Le calendrier est communiqué aux membres du Conseil et au commissaire du Gouvernement.

L'ordre du jour est adressé, dans les meilleurs délais, aux membres du Conseil, aux parties et au commissaire du Gouvernement. Il est également transmis aux rapporteurs inscrits à la séance.

Article 5

Pour l'application des dispositions du premier alinéa de l'article L. 463-7 du Code de commerce, les parties qui souhaitent assister à une séance doivent aviser de leur intention le secrétaire du Conseil huit jours au moins avant la date fixée et indiquer leurs nom et qualité. Si elles souhaitent, en outre, formuler des observations au cours de la séance, elles devront préciser, dans le même délai, la durée souhaitée de leur intervention orale.

Après avoir pris contact avec les parties, le secrétaire du Conseil les avise des modalités d'organisation de la séance.

Article 6

En cas d'empêchement du rapporteur chargé de l'instruction, le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint désigne un rapporteur qui présente le rapport en séance.

Article 7

Le président de la formation veille au bon déroulement de la séance, qu'il peut, le cas échéant, suspendre.

Article 8

L'ordre des interventions orales en séance est le suivant : le rapporteur, le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint, le commissaire du Gouvernement, enfin, lorsqu'elles sont présentes en application de l'article L. 463-7 du Code de commerce, les parties, dans les conditions fixées conformément à l'article 5 du présent règlement.

Lorsque le Conseil entend une ou plusieurs personnes en application des dispositions de l'article L. 463-7 alinéa 2 du Code de commerce, celles-ci sont introduites dans la salle des séances et entendues séparément à la suite des interventions du rapporteur, du rapporteur général ou du rapporteur général adjoint et du commissaire du Gouvernement. Elles peuvent être, le cas échéant, confrontées. Elles sont invitées à quitter la salle à la suite de leur audition.

Article 9

Le secrétaire du Conseil ou un agent délégué par lui rédige et signe avec le président de séance le procès-verbal chronologique des séances, qui

mentionne le nom des personnes présentes, ainsi que les éventuels incidents intervenus au cours de la séance.

En cas d'empêchement du président de séance, le procès verbal est signé soit par un des vice présidents ayant assisté à la séance, soit par le membre le plus ancien ayant assisté à la séance.

En cas d'empêchement du secrétaire de séance, le procès verbal est signé par le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint présent lors de la séance.

Article 10

Chaque décision ou avis fait l'objet d'une minute établie en un seul exemplaire et conservée avec le procès verbal de la séance sous la responsabilité du secrétaire du Conseil. Elle est pourvue d'un numéro de code chronologique correspondant à la nature de l'affaire.

La minute des décisions est signée par le président de séance et le secrétaire de séance, la minute des avis est signée par le président de séance et le rapporteur général ou le rapporteur général adjoint ayant assisté à la séance.

En cas d'empêchement du président de séance, la minute est signée soit par un des vice-présidents ayant assisté à la séance, soit par le membre le plus ancien ayant assisté à la séance.

En cas d'empêchement du secrétaire de séance, la minute est signée par le secrétaire du Conseil ou un agent délégué par lui.

En cas d'empêchement du rapporteur général ayant assisté à la séance, la minute est signée par le rapporteur général adjoint appelé à le suppléer et, en cas d'empêchement du rapporteur général adjoint ayant assisté à la séance, la minute est signée par le rapporteur général.

Article 11

Les ampliations des décisions et des avis sont certifiées conformes par le secrétaire du Conseil ou un agent délégué par lui.

Article 12

Pour l'application de l'article 41 du décret du 30 avril 2002 la provision doit être consignée à la caisse des dépôts et consignations.

Article 13

Pour l'application des dispositions de l'article L. 450-4 alinéa 11 du Code de commerce, la mise en demeure de venir chercher les pièces est adressée à l'occupant des lieux par le rapporteur général ou un rapporteur général adjoint.

Adopté par le Conseil de la concurrence siégeant en section III A, le 22 octobre 2003.

Pour le Conseil de la concurrence
La présidente,
Marie-Dominique Hagelsteen

Décision d'organisation de la présidente du Conseil de la concurrence

La présidente du Conseil de la concurrence,

Vu le livre IV du Code de commerce,

Vu le décret n° 2002-689 du 30 avril 2002 fixant les modalités d'application du livre IV du Code de commerce relatif à la liberté des prix et de la concurrence et notamment son article 26,

Vu l'avis du comité technique paritaire en date du 20 décembre 2002,

Décide

Article 1er

Le président est responsable du fonctionnement du Conseil et prend toute disposition nécessaire à cet effet. L'ensemble des services est placé sous sa responsabilité.

Article 2

Le rapporteur général anime et contrôle l'activité des rapporteurs dans les conditions définies par l'article 20 du décret 2002-689 du 30 avril 2002.

Il dirige, sous l'autorité du président, les services du Conseil.

Article 3

Les services du Conseil comprennent :

– les services d'instruction ;
– les services spécialisés ;
– le secrétariat général.

Article 4

Les services d'instruction sont composés du rapporteur général, des rapporteurs généraux adjoints et des rapporteurs permanents ou extérieurs. Ils comprennent aussi les cellules juridiques et économiques qui mettent leur expertise à la disposition du Conseil et des rapporteurs. La cellule Europe en tant qu'elle est chargée de veiller à la mise en œuvre du règlement 17, notamment après sa modernisation, fait partie des services d'instruction.

Article 5

Les services spécialisés comprennent :

– le service de la communication qui est chargé de la communication interne et externe du Conseil ;
– le service des affaires internationales qui est composé : du chargé des affaires bilatérales et européennes qui assure les relations avec les autorités étrangères de concurrence et avec les autorités communautaires et dirige la cellule Europe ; du chargé des affaires multilatérales qui assure la représentation du Conseil et sa liaison avec les différentes organisations internationales qui traitent du droit de la concurrence.

Article 6

Le secrétariat général est dirigé par un secrétaire général. Il comprend le bureau de la procédure, le secrétariat du Conseil, le bureau de l'informatique, le bureau du budget et des affaires générales, le bureau des ressources humaines et le bureau de la documentation.

Article 7

Le bureau de la procédure est chargé de la mise en état des dossiers du Conseil. À ce titre, il s'assure de la constitution et du suivi des dossiers à toutes les phases de la procédure. Il contrôle le respect des délais, veille à la régularité matérielle des documents versés aux débats ainsi qu'au bon déroulement de la consultation des dossiers par les parties. À cet effet, il lui appartient d'effectuer l'envoi des pièces nécessaires. Il procède à l'archivage des dossiers contentieux une fois les voies de recours épuisées.

Article 8

Le secrétariat du Conseil élabore, en liaison avec le rapporteur général et le président du Conseil, le calendrier et l'ordre du jour des séances. Il assure le secrétariat des séances et notifie les décisions du Conseil conformément à l'article 46 du décret 2002-689 du 30 avril 2002.

Article 9

Le bureau de l'informatique est chargé de la gestion du parc et du réseau informatique du Conseil et de la conception de certaines applications. Il suit l'élaboration et la mise en place des applications spécifiques au Conseil qui sont confiées à des prestataires extérieurs.

Article 10

Le bureau du budget et des affaires générales élabore et exécute le budget, prépare les marchés et veille à leur exécution. Il assure la tenue de la comptabilité et gère les régies de recettes et d'avances. Il est chargé du fonctionnement du service général (logistique, reprographie, surveillance) ainsi que de l'hygiène et de la sécurité en ce qui concerne les immeubles.

Article 11

Le bureau des ressources humaines est chargé du recrutement et de la gestion du personnel, de la formation, du suivi médical des agents et de l'action sociale. Il est chargé du fonctionnement des secrétariats, du service du courrier et de l'accueil.

Article 12

Le bureau de la documentation assure la documentation interne et externe du Conseil. La bibliothèque et les banques de données auxquelles est abonné le Conseil sont placées sous sa responsabilité.

Marie-Dominique Hagelsteen

Composition du Conseil de la concurrence, à partir du 13 janvier 2003

■ Membres ou anciens membres du Conseil d'État, de la Cour des comptes, de la Cour de cassation ou des autres juridictions administratives ou judiciaires

Marie-Dominique Hagelsteen, conseiller d'État, présidente

Micheline Pasturel, conseiller honoraire à la Cour de cassation, vice-présidente

Philippe Nasse, conseiller maître à la Cour des comptes, vice-président

Françoise Aubert, conseiller à la Cour de cassation, membre

André Gauron, conseiller maître à la Cour des comptes, membre

Bruno Lasserre, conseiller d'État, membre

Bernard Piot, vice-président honoraire du tribunal de commerce de Paris, membre

Marie-Madeleine Renard-Payen, conseiller à la Cour de cassation, membre

■ Personnalités choisies en raison de leur compétence en matière économique ou en matière de concurrence et de consommation

Frédéric Jenny, professeur d'économie à l'Essec, vice-président

Martine Behar-Touchais, professeur de droit à l'université Paris V, membre

Reine-Claude Mader-Saussaye, secrétaire général de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie, membre

Anne Perrot, professeur de sciences économiques à l'université Paris I, membre

■ Personnalités exerçant ou ayant exercé leurs activités dans les secteurs de la production, de la distribution, de l'artisanat, des services ou des professions libérales

Jean-Pierre Bidaud, président honoraire de la chambre des métiers de la Haute-Vienne, membre

Christian Charrière-Bournazel, avocat au barreau de Paris, membre

Bruno Flichy, ancien président directeur général du Crédit du Nord, membre

Jacques Ripotot, président de Francap-Distribution, membre

Georges Robin, président de l'Institut de liaisons et d'études des industries de consommation, membre

Sections du Conseil de la concurrence, au 22 janvier 2003

Section I

Philippe Nasse, vice-président, Françoise Aubert, Jean-Pierre Bidaud, Christian Charrière-Bournazel, Bruno Lasserre, Reine-Claude Mader-Saussaye, Anne Perrot, Bernard Piot, membres.

Section II

Frédéric Jenny, vice-président, Martine Behar-Touchais, Bruno Flichy, André Gauron, Bruno Lasserre, Marie-Madeleine Renard-Payen, Georges Robin, membres.

Section III A

Marie-Dominique Hagelsteen, présidente, Micheline Pasturel, vice-présidente, Frédéric Jenny et Philippe Nasse, vice-présidents, Martine Behar-Touchais, Jean-Pierre Bidaud, Bruno Flichy, André Gauron, Marie-Madeleine Renard-Payen, Jacques Ripotot, membres.

Section III B

Marie-Dominique Hagelsteen, présidente, Micheline Pasturel, vice-présidente, Frédéric Jenny et Philippe Nasse, vice-présidents, Françoise Aubert, Christian Charrière-Bournazel, Bruno Lasserre, Reine-Claude Mader-Saussaye, Anne Perrot, Bernard Piot, Georges Robin, membres.

Section IV

Micheline Pasturel, vice-présidente, Martine Behar-Touchais, Bruno Flichy, André Gauron, Reine-Claude Mader-Saussaye, Anne Perrot, Bernard Piot, Jacques Ripotot, membres.

■ Décision du 22 janvier 2003 relative à l'affectation d'un membre du Conseil de la concurrence

Par décision de la présidente du Conseil de la concurrence en date du 22 janvier 2003, M^me^ Martine Behar-Touchais, professeure à l'université Paris V, est affectée aux sections II, IV et III A du Conseil de la concurrence.

Nomination d'un commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence

Par arrêté du ministre de l'Économie et des Finances en date du 4 février 2003, M. Benoît Parlos, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, a été désigné pour exercer les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence.

En cas d'empêchement de M. Benoît Parlos, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, les fonctions du commissaire de Gouvernement sont exercées par :
– M. Noël Diricq, chef de service à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (arrêté du 30 octobre 1997) ;
– M^{me} Caroline Montalcino, sous-directrice à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (arrêté du 20 novembre 1998) ;
– M. Luc Valade, chef de service à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes (arrêté du 23 novembre 2000).

Charte de déontologie

La présente charte s'applique aux membres et au personnel du Conseil de la concurrence.

1. – Rappel des principes de déontologie s'appliquant à toute personne travaillant au Conseil de manière permanente ou temporaire

1.1. – Principes applicables à tous

1.1.1. – Le respect du secret professionnel

En application de l'article 226-13 du Code pénal, la révélation d'une information à caractère secret par une personne qui en est dépositaire, soit par état, soit par profession, soit en raison d'une fonction ou d'une mission temporaire, est interdite.

Il convient de rappeler que la connaissance par d'autres personnes des faits révélés n'est pas de nature à leur enlever leur caractère confidentiel et secret. Au sein du Conseil, le secret professionnel porte, notamment, sur les saisines, le contenu de l'instruction, la teneur du délibéré et le résultat de ce dernier avant son prononcé ou, en matière d'avis ; avant sa publication.

1.1.2. L'obligation de discrétion

L'obligation de discrétion est prévue dans les statuts de la fonction publique. Elle s'impose pour tous les faits, informations ou documents, dont les personnes ont connaissance à l'occasion de l'exercice de leurs fonctions et s'applique à l'intérieur même du Conseil.

1.1.3. Le devoir de réserve

Cette obligation résulte d'une construction jurisprudentielle par laquelle il est imposé à l'agent de ne pas nuire au renom de son administration ou de celle à laquelle il a appartenu.

Ces règles et principes valent particulièrement dans le cas de publications et d'interventions publiques. Si celles-ci sont le fait d'agents du Conseil et qu'elles portent sur des sujets de la compétence du Conseil, il convient que les agents en avisent le rapporteur général.

Les membres du Conseil, lorsqu'ils interviennent publiquement ou font des publications en excipant de leur qualité de membres, doivent aviser le président du sens de leurs interventions ou publications.

■ 1.2. – Deux principes ne s'adressent qu'aux personnes exerçant une fonction permanente au Conseil

Les membres permanents du Conseil et ses agents ne peuvent exercer une activité privée lucrative que dans le cadre des dérogations prévues à l'article 3 du décret du 29 octobre 1936.

Ils peuvent, notamment, produire des œuvres littéraires, scientifiques ou artistiques.

Les enseignements, consultations et expertises privés sont soumis à l'autorisation du président et ne doivent pas s'exercer contre l'État.

Ces obligations sont le corollaire des dispositions de l'article 25 de la loi du 13 juillet 1983, qui rappelle que les fonctionnaires doivent consacrer l'intégralité de leur activité professionnelle aux tâches qui leur sont confiées.

Ce même article indique également qu'ils ne peuvent prendre, par eux-mêmes ou par personne interposée, dans une entreprise soumise au contrôle de l'administration à laquelle ils appartiennent, des intérêts de nature à compromettre leur indépendance.

2. – Les règles particulières au Conseil de la concurrence

L'article L. 461-2 du Code de commerce précise qu'« *aucun membre ne peut délibérer dans une affaire où il a un intérêt ou s'il représente ou a représenté une des parties intéressées* » et que « *tout membre du Conseil est tenu d'informer le président des intérêts qu'il détient ou vient d'acquérir et des fonctions qu'il exerce dans une activité économique* ».

Par analogie, le rapporteur général et les rapporteurs généraux adjoints ne pourront accomplir aucun acte relatif à une affaire où ils ont un intérêt direct ou par personne interposée. Les rapporteurs, de la même manière, ne pourront instruire une affaire où ils ont un intérêt, qu'il soit direct ou par personne interposée. Cette règle s'applique également aux agents du bureau de la procédure.

Toujours par analogie, compte tenu de leurs responsabilités et de leurs fonctions, le rapporteur général, les rapporteurs généraux adjoints, ainsi que les rapporteurs, sont invités à tenir le président du Conseil informé des intérêts qu'ils détiennent ou viennent d'acquérir.

Toute personne travaillant pour le Conseil, présidents, membres, rapporteur général, rapporteurs généraux adjoints, rapporteurs, agents, stagiaires, rémunérés ou non, est tenue au secret professionnel pour les actes accomplis ou renseignements dont elle a pu avoir connaissance en raison de ses fonctions.

Après qu'une décision ou un avis aura été rendu, les membres non permanents du Conseil de la concurrence et les rapporteurs extérieurs, lorsqu'ils ne disposent pas de moyens de destruction appropriés, transmettront au Conseil les documents qu'ils ont eu en leur possession à l'occasion de l'affaire en cause ou préviendront le Conseil pour que celui-ci puisse organiser leur destruction.

Par ailleurs, il est rappelé que l'article 10-1 de l'ordonnance 67-833 du 28 septembre 1967 modifié dispose que : « *Est puni de deux ans d'emprisonnement et d'une amende de 10 millions de francs dont le montant peut être porté au-delà de ce chiffre, jusqu'au décuple du montant du profit éventuellement réalisé, sans que l'amende puisse être inférieure à ce même profit, le fait, pour les personnes disposant, à l'occasion de l'exercice de leur profession ou de leurs fonctions, d'informations privilégiées sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de réaliser ou de permettre sciemment de réaliser, soit directement, soit par personne interposée, une ou plusieurs opérations avant que le public ait connaissance de ces informations.*

Est puni de six mois d'emprisonnement et de 100 000 F d'amende le fait, pour toute personne disposant dans l'exercice de sa profession ou de ses fonctions d'une information privilégiée sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur

les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de la communiquer à un tiers en dehors du cadre normal de sa profession ou de ses fonctions.

Est puni des peines prévues au premier alinéa le fait, pour toute personne, de répandre sciemment dans le public par des voies et moyens quelconques des informations fausses ou trompeuses sur les perspectives ou la situation d'un émetteur dont les titres sont négociés sur un marché réglementé ou sur les perspectives d'évolution d'un instrument financier admis sur un marché réglementé, de nature à agir sur les cours. »

Le délit d'initié prévu par ces dispositions s'applique, de manière équivalente, aux agents et aux membres du Conseil.

Il est donc conseillé aux membres et agents du Conseil de ne pas adhérer à un club d'investissement. En revanche, ils peuvent sans risque :
– investir au sein d'organismes de placement collectif ;
– confier la gestion de leur portefeuille à un tiers professionnel dans le cadre d'un mandat de gestion.

Dans le cas où ces personnes décideraient de gérer directement leur portefeuille, elles devront veiller à ne pas opérer, pour leur propre compte, sur une valeur ou un produit financier qui, à leur connaissance, touche à une affaire soumise à examen ou instruction de la part du Conseil.

Sans préjudice des poursuites pénales envisageables, le président du Conseil tirera toutes conséquences du non-respect, par les personnes désignées, des règles à caractère obligatoire rappelées par la présente charte.

Index

Index

Index thématique 483

Index par secteur d'activité (codes NAF)..... 493

Index par entreprise ou organisme..... 497

Index thématique

A

Absence d'éléments suffisamment probants, *V. Recevabilité, Rejet*

Abus de dépendance économique

– Conditions-Appréciation de la dépendance économique : 03-D-11 ; 03-D-14 ; 03-D-42

Abus de position dominante

– Appréciation de la position dominante
– Appartenance à un grand groupe : 03-D-01 ; 03-D-61
– Détention d'une position dominante sur un marché connexe : 03-D-09 ; 03-D-41 ; 03-D-59
– Détention d'une supériorité dans la gestion, l'innovation technique, l'action commerciale : 03-D-01 ; 03-D-09 ; 03-D-59
– Influence déterminante : 03-D-13
– Intégration verticale : 03-D-09 ; 03-D-59
– Monopole de droit / légal : 03-D-02 ; 03-D-18 ; 03-D-24 ; 03-D-26 ; 03-D-35 ; 03-D-44 ; 03-D-50 ; 03-MC-01 ; 03-MC-03
– Monopole de fait : 03-D-35 ; 03-D-38 ; 03-D-44 ; 03-D-72 ; 03-MC-02 ; 03-MC-03 ; 03-A-18
– Ouverture récente du secteur à la concurrence – existence d'un opérateur historique : 03-D-15
– Parts de marché : 03-MC-01 ; 03-D-09 ; 03-D-20 ; 03-D-41 ; 03-D-61
– Pratiques abusives
– Aides commerciales, commissions, partenariat : 03-D-26 ; 03-D-38 ; 03-D-51
– Agissements déloyaux : 03-D-15
– Clause d'exclusivité : 03-D-01 ; 03-D-26 ; 03-MC-01 ; 03-MC-02 ; 03-MC-03 ; 03-MC-04
– Discrimination : 03-D-09 ; 03-D-38 (non retenu) ; 03-D-50 (non retenu) ; 03-D-59
– Droit des marques : 03-MC-02
– Effet sensible : 03-D-24 (non retenu) ; 03-D-26 (non retenu)
– Entraves à l'entrée / l'accès d'un concurrent sur le marché ; moyens autres que ceux relevant de la concurrence par les mérites : 03-D-01 ; 03-D-09 ; 03-D-61
– Imposition de pressions, de menaces, d'exigences non justifiées, de manœuvres dilatoires : 03-D-61
– Pratique de nature à induire la confusion entre prestations : 03-D-15
– Modification de sa politique commerciale : 03-D-14 (non retenu) ; 03-D-20 (non retenu)
– Pratiques dilatoires / procédures judiciaires abusives : 03-D-41 ; 03-D-59 (non retenu)
– Pratiques mises en œuvres par un acheteur : 03-D-11 (non retenu) ; 03-D-22 (non retenu)
– Pratique de dénigrement : 03-D-28
– Prix abusivement élevés : 03-D-18 (non retenu)
– Prix franco : 03-D-20
– Publicité : 03-D-15 (non retenu) ; 03-D-38 (non retenu)
– Refus d'accès : 03-D-41 (non retenu) ; 03-D-72 (non retenu) ; 03-MC-04

– Refus de vente : 03-D-44 (non retenu) ; 03-D-61 ;
– Remises, ventes liées, de fidélité : 03-D-01 ; 03-D-02 (non retenu) ; 03-D-15 ; 03-D-35 ; 03-D-61 ; 03-MC-01 ; 03-MC-04
– Rupture brutale de relations commerciales : 03-D-59
– Subventions croisées – aides commerciales – prix prédateurs : 03-D-26 ; 03-D-44 ; 03-D-62

Accès au dossier

– Délai de consultation : 03-D-12

Accord horizontal / Entente horizontale

– Entente horizontale en matière d'appel d'offres : 03-D-01 ; 03-D-07 ; 03-D-10 ; 03-D-19 ; 03-D-21 ; 03-D-29 ; 03-D-34 ; 03-D-46 ; 03-D-47 ; 03-D-54 ; 03-D-55 ; 03-D-63
– Entente horizontale entre entreprises du même secteur : 03-D-11 ; 03-D-12 ; 03-D-17 ; 03-D-29 ; 03-D-31 ; 03-D-37 ; 03-D-40 ; 03-D-45 ; 03-D-47
– Entente horizontale organisée au sein d'un groupement : 03-D-03 ; 03-D-04 ; 03-D-06 ; 03-D-19 ; 03-D-30 ; 03-D-36 ; 03-D-46 ; 03-D-52 ; 03-D-68

Accord intragroupe (entente)

– 03-D-01 ; 03-D-07 ; 03-D-63

Accord vertical

– Conditions générales de vente
– Clause d'exclusivité : 03-D-01
– Imposition de prix (entente sur les prix) : 03-D-39 ; 03-D-40
– Interdiction de vente par correspondance : 03-D-69
– Ristournes : 03-D-45
– Distribution / réseau de distribution
– Aide commerciale : 03-D-66 ; 03-D-67
– Concession : 03-D-66 ; 03-D-67
– Distribution sélective : 03-D-42 ; 03-D-53 ; 03-D-60
– Exclusivité territoriale & sélection des distributeurs : 03-D-42
– Franchise : 03-D-39
– Importation parallèles : 03-D-66 ; 03-D-67
– Notion d'accord : 03-D-66
– Prise en compte du règlement d'exemption européen CE n° 2790/1999 : 03-D-19 ; 03-D-39 ; 03-D-40 ; 03-D-42 ; 03-D-53 ; 03-D-59 ; 03-D-60
– Prix imposés : 03-D-20 ; 03-D-39 ; 03-D-45
– Effet sensible, *V. ce mot*

Acte administratif et réglementaire, *V. Compétence organique*

Activité de production, de distribution et de service, *V. Compétence matérielle*

Affectation du commerce entre Etats membres, *V. Droit communautaire*

Agence locale, *V. Imputabilité*

Agents habilités à procéder aux enquêtes, *V. Enquête*

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, *V. aussi Procès-verbal*

– 03-D-12

Autorité de la chose jugée

– 03-D-03 ; 03-D-46

Avis relatifs à des projets de décrets

– 03-A-05 ; 03-A-06 ; 03-A-07 ; 03-A-08

B

Barèmes de prix, Barèmes professionnels, *V. Conditions générales de vente ; Entente*

– 03-D-36

Barrières à l'entrée *V. aussi Marché pertinent*

– 03-D-01

Boycott (exclusion ; menace d'exclusion ; refus d'accès)

– 03-D-06 ; 03-D-68

C

Cession d'entreprises, *V. Imputabilité*

Compétence

– Compétence du Conseil de la concurrence : 03-D-03 ; 03-D-13 ; 03-D-14 ; 03-D-18 ; 03-D-23 ; 03-D-25 ; 03-D-27 ; 03-D-30 ; 03-D-33 ; 03-D-36 ; 03-D-41 ; 03-D-48 ; 03-D-52 ; 03-D-56 ; 03-D-67 ; 03-D-72

– Compétence en matière d'avis : 03-A-01

Concentration

– 03-A-03 ; 03-A-15

Concertation

– Accord, *V. Entente*

– Échange d'informations : 03-D-10 ; 03-D-36 ; 03-D-47

– Parallélisme de comportements : 03-D-17 ; 03-D-45

– Preuve, *V. ce mot*

Conditions générales de vente, *V. également Accord vertical / Conditions générales de vente*

– 03-D-11 ; 03-D-13 ; 03-D-45

Conseil de la concurrence

– Avis, *V. Compétence consultative*

– Compétence, *V. ce mot*

– Décision, *V. Sanctions*

– Instruction, *V. Enquête ; Procès-verbal ; Droits de la défense ; Notification des griefs ; Rapport*

– Saisine, *V. ce mot*

– Séance, *V. ce mot*

Contribution au progrès économique, *V. également Exemptions*

– 03-D-36

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 pouvoirs, *V. Imputabilité*

Délégation de service public

– 03-A-02

Délimitation du marché, *V. Marché pertinent*

De minimis

– 03-D-53

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 communautaire

– Affectation du commerce entre États-membres : 03-D-01 ; 03-D-40
– Primauté du droit communautaire : 03-MC-03
– Prise en compte du droit communautaire : 03-D-01 ; 03-D-17 ; 03-D-67 ; 03-D-66 ; 03-D-69 ; 03-MC-03 ; 03-A-09

Droits de la défense

– Contradictoire
  – Information sur les sanctions encourues : 03-D-40
  – Point de départ du contradictoire : 03-D-22
– Défaut d'audition par le rapporteur : 03-D-36
– Délai de réponse : 03-D-12 ; 03-D-29 ; 03-D-31 ; 03-D-40
– Durée de la procédure : 03-D-10 ; 03-D-26 ; 03-D-29 ; 03-D-35 ; 03-D-45
– Impartialité : 03-D-07
– Loyauté des enquêteurs : 03-D-07 ; 03-D-15 ; 03-D-40 ; 03-D-46
– Notification des griefs complémentaires, *V. ce mot*
– Notification des griefs, *V. ce mot*
– Procès équitable, *V. Impartialité ; Contradictoire ; Publicité des séances*

E

Échanges d'informations, *V. également Entente*

– Échanges d'informations sur la fixation, la hausse des prix : 03-A-09 ; 03-D-01 ; 03-D-12 ; 03-D-17 ; 03-D-36 ; 03-D-45 ; 03-D-47 ; 03-D-54
– Échanges d'informations avant la remise des offres : 03-D-07 ; 03-D-10 ; 03-D-17 ; 03-D-19 ; 03-D-21 ; 03-D-29 ; 03-D-46 ; 03-D-47 ; 03-D-54 ; 03-D-55

Effet sensible

– 03-D-01 ; 03-D-21 ; 03-D-26 ; 03-D-33 ; 03-D-38 ; 03-D-39 ; 03-D-53 ; 03-D-69

Enquête

– Absence de signature de la demande d'enquête : 03-D-21
– Comportement et pouvoirs des enquêteurs : 03-D-07 ; 03-D-15
– Habilitation des enquêteurs : 03-D-54
– Régularité des enquêtes mises en œuvre par un rapporteur : 03-D-21
– Régularité des procès-verbaux d'enquête, *V. Procès-verbal*
– Opposabilité des documents saisis : 03-D-12
– Utilisation d'enquête antérieure à la saisine : 03-D-26

Entente

– Accord horizontal, *V. ce mot*
– Accord intragroupe : 03-D-01 ; 03-D-07 ; 03-D-29 ; *V. aussi Offre en groupement*
– Accord sur les prix, *V. Appel d'offres, Barèmes de prix, Fixation des prix, Prix imposés* : 03-D-12 ; 03-D-17 ; 03-D-36 ; 03-D-40 ; 03-D-45
– Accord vertical, *V. ce mot*
– Adhésion à un organisme professionnel : 03-D-51 ; 03-D-54
– Appel d'offres : *V. accord horizontal*
– Association regroupant les intervenants du marché / Groupement : 03-D-36 ; 03-D-46
– Boycott, *V. ce mot*
– Cession de droits exclusifs : 03-MC-01

– Clause d'exclusivité : 03-D-01 ; 03-D-21
– Clause ou engagement de non-concurrence : 03-D-12 ; 03-D-40
– Concertation sur la fixation / la hausse des prix : 03-D-12
– Concertation horizontale : *V. accord horizontal*
– Conditions générales de vente : 03-D-45, *V. Accord vertical*
– Coopération commerciale : 03-D-45, *V. Accord vertical*
– Déférencement : 03-D-11
– Distribution exclusive, *V. Accord vertical*
– Distribution sélective, *V. Accord vertical*
– Échanges d'informations sur la fixation / la hausse des prix : 03-A-09 ; 03-D-01 ; 03-D-12 ; 03-D-17 ; 03-D-47 ; 03-D-54
– Échanges d'informations avant la remise des offres : 03-D-07 ; 03-D-10 ; 03-D-17 ; 03-D-19 ; 03-D-21 ; 03-D-29 ; 03-D-36 ; 03-D-45 ; 03-D-46 ; 03-D-47 ; 03-D-54 ; 03-D-55
– 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 : 03-D-22 ; 03-D-29
– Exemption, *V. ce mot*
– Fixation de prix : 03-D-12 ; 03-D-17 ; 03-D-36 ; 03-D-37 ; 03-D-40 ; 03-D-45 ; 03-D-46 ; 03-D-54
– Groupement d'entreprises membre de l'entente : 03-D-07 ; 03-D-19 ; 03-D-46
– Maître d'ouvrage : 03-D-55
– Mise en commun des moyens de production : 03-D-21
– Objet anticoncurrentiel, *V. ce mot*
– Offre de couverture : 03-D-12 ; 03-D-54 ; 03-D-55
– Organisation professionnelle : 03-D-03 ; 03-D-04 ; 03-D-36 ; 03-D-46 ; 03-D-54 ; 03-D-68
– Organisme de certification : 03-D-13
– Parallélisme de comportements : 03-D-17
– Prix discriminatoires, *V. aussi Discrimination*
– Prix imposés : 03-D-20 ; 03-D-29 ; 03-D-39 ; 03-D-40 ; 03-D-45, *V. aussi Accord vertical*
– Relation mère-filiales : 03-D-29
– Remise de fidélité / ristournes : 03-D-35 ; 03-D-45 *V. aussi Abus de position dominante / Pratiques abusives ; Accord vertical / Conditions générales de vente*
– Répartition du marché : 03-D-01 ; 03-D-12 ; 03-D-29 ; 03-D-40 ; 03-D-46 ; 03-D-55 ; 03-D-54
– Volonté d'exclusion d'un concurrent : 03-D-21 ; 03-D-40 ; 03-D-46

Entreprise, *V. aussi Compétence organique ; Recevabilité ; Saisine*

Exclusivité, *V. aussi Accord vertical*

– Clause d'exclusivité : 03-D-01 ; 03-D-21

Exemption (art. 10, devenu art. L. 420-4 du Code de commerce)

– Contribution au progrès économique : 03-A-17
– Exemption légale : 03-D-03 ; 03-D-04

F

Faits nouveaux, *V. Saisine*

Faisceau d'indices, *V. Preuve*

Filiale, *V. Accord intragroupe ; Imputabilité*

Franchise, *V. Ententes verticales*

– 03-D-39

Fusion, *V. Imputabilité*

G

Groupement d'entreprises

- Association d'entreprises / Association professionnelle : 03-D-03 ; 03-D-04 ; 03-D-36
- Création d'un groupement en réponse à un appel d'offres : 03-D-46

I

Impartialité, *V. Droits de la défense*

Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles

- Absorption d'entreprises : 03-D-17 ; 03-D-21 ; 03-D-41
- Cession d'entreprises : 03-D-12
- Changement de dénomination : 03-D-07 ; 03-D-36
- Fusion d'entreprises : 03-D-01 ; 03-D-10 ; 03-D-12 ; 03-D-17 ; 03-D-45
- Groupe d'entreprises / Relations mères-filiales : 03-D-01 ; 03-D-17
- Liquidation judiciaire et plan de cession de l'auteur des pratiques : 03-D-12
- Persistance de la personnalité juridique de l'auteur des pratiques : 03-D-01 ; 03-D-07 ; 03-D-10

Injonction, *V. aussi Sanction*

- De prendre certaines mesures : 03-D-09
- De s'abstenir de certaines pratiques : 03-D-03 ; 03-D-04
- Examen du respect des injonctions : 03-D-43
- 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*

Intérêt à agir, *V. Saisine*

Irrecevabilité

- 03-D-25 ; 03-D-27 ; 03-D-38 ; 03-D-48 ; 03-D-49 ; 03-D-56 ; 03-D-57 ; 03-D-70 ; 03-D-71 ; 03-D-72

L

Liquidation judiciaire, *V. Imputabilité*

M

Marché

- Marché pertinent
- Délimitation du marché de produits : 03-D-01 ; 03-D-09 ; 03-D-11 ; 03-D-12 ; 03-D-15 ; 03-D-17 ; 03-D-18 ; 03-D-23 ; 03-D-26 ; 03-D-28 ; 03-D-29 ; 03-D-32 ; 03-D-35 ; 03-D-36 ; 03-D-39 ; 03-D-41 ; 03-D-42 ; 03-D-44 ; 03-D-50 ; 03-D-53 ; 03-D-59 ; 03-D-60 ; 03-D-61 ; 03-D-62 ; 03-D-72 ; 03-MC-03
- Délimitation géographique du marché : 03-D-01 ; 03-D-11 ; 03-D-12 ; 03-D-15 ; 03-D-17 ; 03-D-18 ; 03-D-23 ; 03-D-24 ; 03-D-26 ; 03-D-33 ; 03-D-38 ; 03-D-41 ; 03-D-42 ; 03-D-61 ; 03-D-72
- Délimitation du marché dans le cadre d'un appel d'offres : 03-D-61
- Répartition de marché, *V. Entente* : 03-D-12 ; 03-D-40 ; 03-D-54
- Marché oligopolistique : 03-D-17

Mesures conservatoires

- Recevabilité de la saisine au fond : 03-MC-01 ; 03-MC-02 ; 03-MC-03 ; 03-MC-04 ; 03-D-42 ; 03-D-59

– Conditions de fond de la demande de mesures conservatoires
– Atteinte grave aux intérêts de l'entreprise : 03-MC-01 ; 03-MC-03 ; 03-MC-04
– Atteinte grave aux intérêts du secteur ou à l'économie : 03-MC-01 ; 03-MC-02 ; 03-MC-03 ; 03-MC-04
– Atteinte grave aux intérêts des consommateurs : 03-MC-01 ; 03-MC-02
– Urgence ; Immédiateté de l'atteinte : 03-D-59 ; 03-MC-04
– Liens de causalité entre les pratiques et le trouble allégué : 03-MC-01 ; 03-MC-04
– Liens entre la mesure demandée et la saisine au fond : 03-D-42
– Délais de procédure / dépôt de pièces hors délai : 03-D-41 ; 03-D-42 ; 03-MC-02 ; 03-MC-03 ; 03-MC-04
– Étendue des investigations : 03-D-23
– Nature des mesures conservatoires : 03-MC-01 ; 03-MC-02 ; 03-MC-03 ; 03-MC-04

Monopole, *V. Abus de position dominante*

N

Non-lieu

– 03-D-02 ; 03-D-06 ; 03-D-13 ; 03-D-18 ; 03-D-19 ; 03-D-20 ; 03-D-24 ; 03-D-28 ; 03-D-30 ; 03-D-32 ; 03-D-33 ; 03-D-34 ; 03-D-50 ; 03-D-51 ; 03-D -53 ; 03-D-58 ; 03-D-62 ; 03 – D-69

Non établi

– 03-D-11 ; 03-D-14 ; 03-D-16 ; 03-D-22 ; 03-D-26 ; 03-D-31 ; 03-D-37 ; 03-D-39 ; 03-D-44 ; 03-D-60 ; 03-D-63 ; 03-D-66 ; 03-D-68 ;

Notification des griefs

– Abandon des griefs au stade du rapport : 03-D-44
– Auteur : 03-D-31 ; 03-D-35
– Clarté dans l'énoncé d'un grief : 03-D-01 ; 03-D-45
– Destinataire : 03-D-12
– Étendue : 03-D-54
– Motivation : 03-D-40
– Nature (non administrative) : 03-D-35
– Notification aux parties (délégation de compétence au rapporteur général adjoint) : 03-D-40
– Pièces annexées : 03-D-21

Notification des griefs complémentaires

– 03-D-55 ; 03-D-68

Notification du Rapport, *V. Rapport*

Nullité d'acte de procédure / de la procédure devant le Conseil de la concurrence, *V. Procès-verbal*

O

Organisations professionnelles

– Agrément, *V. Entente*
– Barèmes professionnels, *V. Entente*
– Boycott, *V. Entente*
– Contrat d'assurance collective : 03-D-03 ; 03-D-04
– Règlement intérieur : 03-D-66

P

Parts de marché, *V. Abus de position dominante*

Personnes publiques, *V. aussi Compétence organique*

– Domaine public, *V. Compétence organique*

– Marchés publics, *V. Appel d'offres ; Entente ; Marché*
– Mission de service public, *V. Compétence organique*
– Prérogatives de puissance publique, *V. Compétence organique*

Pièces, *V. Accès au dossier*

– Utilisation d'une pièce d'une autre procédure : 03-D-23

Position dominante, *V. Abus de position dominante*

Pratiques concertées, *V. Entente*

Pratiques discriminatoires, *V. Entente ; Abus de position dominante*

Prescription

– Acquisition de la prescription : 03-D-05 ; 03-D-08 ; 03-D-52 ; 03-D-65
– Actes interruptifs : 03-D-06 ; 03-D-07 ; 03-D-12 ; 03-D-19 ; 03-D-31 ; 03-D-37 ; 03-D-40 ; 03-D-45 ; 03-D-65 ; 03-D-68
– Effet : 03-D-06 ; 03-D-19 ; 03-D-37 ; 03-D-40 ; 03-D-45 ; 03-D-68
– Point de départ : 03-D-07 ; 03-D-36
– Pratique continue : 03-D-40 ; 03-D-45 ; 03-D-52
– Suspension de la prescription : 03-D-19

Preuve

– Motivation des dénonciations : 03-D-12
– Opposabilité des documents saisis : 03-D-54
– Valeur probatoire des indices : 03-D-06 ; 03-D-12 ; 03-D-19 ; 03-D-31 ; 03-D-34 03-D-54

Prix abusivement bas

– 03-A-14

Procédure

– Audition de témoins : 03-D-12
– Disjonction de saisine : 03-D-68
– Durée : 03-D-10 ; 03-D-26 ; 03-D-35 ; 03-D-45
– Intervention accessoire : 03-D-03
– Jonction d'enquêtes : 03-D-26

Procès-verbal

– Établissement du procès-verbal : 03-D-54
– Mentions du procès-verbal
– Obligatoires : Informations sur l'objet de l'enquête : 03-D-15 ; 03-D-17 ; 03-D-26 ; 03-D-31 ; 03-D-40
– Non obligatoires : Questions posées : 03-D-07 ; 03-D-12 ; 03-D-36
– Opposabilité du procès-verbal : 03-D-26
– Règles applicables : 03-D-12

Publicité de la décision, *V. Sanction*

Q

Qualité à agir, *V. Saisine*

R

Rapport

– Abandon de grief au stade du rapport : 03-D-44
– Contenu et pièces annexes : 03-D-21
– Défaut de datation du rapport : 03-D-35
– Défaut de signature du rapport : 03-D-35
– Effet sur le Conseil : 03-D-21

Recevabilité

– Au regard du règlement intérieur du Conseil : 03-D-06
– Éléments devant être joints à la saisine : 03-D-06 ; 03-D-17

– Mesures conservatoires : 03-MC-01 ; 03-MC-02 ; 03-MC-03 ; 03-MC-04

Remise, *V. Abus de position dominante / Pratiques abusives / Accord vertical / Conditions générales de vente ; Entente*

Respect d'injonction

– 03-D-43

Restriction de concurrence, *V. Effet anticoncurrentiel ; Effet sensible*

Restructuration d'entreprise, *V. Imputabilité*

S

Saisine

– Conditions générales de recevabilité, *V. Recevabilité*
– Intérêt à agir : 03-D-66
– Nature de la saisine : 03-D-26
– Qualité à agir : 03-D-26 ; 03-D-42 ; 03-D-49 ; 03-D-70 ; 03-D-71 ; 03-MC-03

Sanction

– Dommage à l'économie
– Durée des pratiques : 03-D-10 ; 03-D-12 ; 03-D-15 ; 03-D-17 ; 03-D-46
– Effets structurels : 03-D-15
– Étendue des effets sur l'économie : 03-D-01 ; 03-D-12 ; 03-D-29 ; 03-D-35 ; 03-D-46 ; 03-D-47 ; 03-D-54 ; 03-D-55
– Caractéristiques des pratiques : 03-D-07
– Injonctions
– Examen de respect d'injonction : 03-D-43
– Injonction de faire : 03-D-09 ; 03-D-10
– Injonction de ne pas faire : 03-D-03 ; 03-D-04
– Loi nouvelle plus sévère / loi du 15 mai 2001, augmentant le montant maximum des sanctions (non application) : 03-D-01 ; 03-D-09 ; 03-D-10 ; 03-D-12 ; 03-D-15 ; 03-D-17 ; 03-D-35 ; 03-D-36 ; 03-D-40 ; 03-D-43 ; 03-D-45 ; 03-D-46 ; 03-D-54 ; 03-D-55 ; 03-D-61 ; 03-D-68
– Publication de la décision : 03-D-01 ; 03-D-07 ; 03-D-09 ; 03-D-10 ; 03-D-12 03-D-35 ; 03-D-45 ; 03-D-47 ; 03-D-68
– Sanctions pécuniaires :
– Chiffre d'affaires ou cotisations : 03-D-01 ; 03-D-07 ; 03-D-09 ; 03-D-10 ; 03-D-12 ; 03-D-15 ; 03-D-17 ; 03-D-29 ; 03-D-35 ; 03-D-36 ; 03-D-40 ; 03-D-43 ; 03-D-45 ; 03-D-46 ; 03-D-47 ; 03-D-54 ; 03-D-55 ; 03-D-61 ; 03-D-68
– Dispense de sanctions pécuniaires : 03-D-21
– Dommage causé au maître d'ouvrage : 03-D-61
– Éléments individuels : 03-D-15 ; 03-D-40
– Gravité des pratiques : 03-D-07 ; 03-D-21 ; 03-D-29 ; 03-D-35 ; 03-D-46 ; 03-D-47 ; 03-D-54 ; 03-D-55 ; 03-D-61 ; 03-D-62 ; 03-D-68
– Non-respect d'injonction : 03-D-43
– Transmission du dossier au procureur de la République : 03-D-12
– Tromperie de l'acheteur public : 03-D-55
– Sanctions pécuniaires réduites (application de l'art. L. 464-2-II) : 03-D-10 ; 03-D-45

Séance

– Audition de témoins : 03-D-12
– Intervention volontaire de tiers : 03-D-04

Seuil de sensibilité, *V. Effet sensible*

T

Tarifs, *V. Barèmes*

Territorialité, *V. Extraterritorialité*

Transaction

– 03-D-10 ; 03-D-45

Transmission du dossier au procureur de la République, *V. Sanctions*

– Transmission à la Commission des pratiques commerciales : 03-D-11

U

Urgence, *V. Mesures conservatoires*

V

Ventes liées, *V. Abus de position dominante*

Visites et saisies, *V. Enquête*

Index par secteur d'activité (codes NAF)

01 – Production de la culture et de l'élevage

Culture fruitière
03-D-36

14 – Autres industries extractives

Production de sables et de granulats
03-D-19

Activités extractives n.c.a
03-D-21

22 – Édition, imprimerie et reproduction

Édition de journaux
03-MC-04 ; 03-D-06 ; 03-A-03 ; 03-D-62

23 – Cokéfaction, raffinage, industries nucléaires

Raffinage de pétrole
03-D-41

24 – Industrie chimique

Fabrication d'autres produits pharmaceutiques
03-D-28 ; 03-D-72

Fabrication de gaz industriels
03-D-01

Fabrication de parfums et de produits pour la toilette
03-D-53

Fabrication de médicaments
03-D-72 ; 03-D-35

Fabrication de produits azotés et d'engrais
03-D-58

Fabrication de produits agrochimiques
03-D-58

26 – Fabrication d'autres produits minéraux non métalliques

Fabrication d'éléments en béton pour la construction
03-D-12

Fabrication de produits minéraux non métalliques n.c.a
03-D-21

29 – Fabrication de machines et d'équipements

Fabrication d'équipements de levage et de manutention
03-D-02

30 – Fabrication de machines de bureau et matériels informatiques

Machines de bureau
03-D-45

31 – Fabrication de machines et appareils électriques

Fabrication d'accumulateurs et de piles électriques
03-D-40

33 – Fabrication d'instruments médicaux, de précision, d'optique et d'horlogerie

Fabrication d'appareils médico-chirurgicaux
03-D-29

Fabrication de lunettes
03-D-32

Horlogerie
03-D-60

34 – Industrie automobile

Construction de véhicules automobiles
03-D-66

35 – Fabrication d'autres matériels de transport

Fabrication de motocycles
03-D-42

40 – Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur

Distribution et commerce d'électricité
03-D-50

Distribution de combustibles gazeux
03-D-26

Production d'électricité
03-D-26 ; 03-D-54 ; 03-D-50

Production et distribution de chaleur
03-D-44 ; 03-D-26

41 – Captage, traitement et distribution d'eau

Captage, traitement et distribution d'eau
03-D-10

45 – Construction

Construction de bâtiments divers
03-D-63 ; 03-D-12

Construction de chaussées routières et de sols sportifs
03-D-21 ; 03-D-34 ; 03-D-55 ; 03-DA-01

Construction d'ouvrages d'art
03-D-08

Installation d'équipements thermiques et de climatisation
03-D-51

Installation d'eau et de gaz
03-D-10

Réalisation de couvertures par éléments
03-D-63

Travaux de charpente
03-D-63

Réalisation de réseaux
03-D-13 ; 03-A-14

Menuiserie métallique, serrurerie
03-D-16

Construction de lignes électriques et de télécommunications
03-D-54 ; 03-A-02

Terrassements divers, démolition
03-D-56

50 – Commerce et réparation automobile

Commerce et réparation de motocycles
03-D-42

Commerce de véhicules automobiles
03-D-66 ; 03-D-67 ; 03-D-68 ; 03-D-70

Commerce de détail et de carburant
03-D-17 ; 02-A-09

51 – Commerce de gros et intermédiaires du commerce

Commerce de gros de boissons
03-D-20

Commerce de gros de fruits et légumes
03-D-36

Commerce de gros de produits pharmaceutiques
03-D-35 ; 03-D-29 ; 03-D-28

Commerce de gros de combustibles
03-D-41 ; 02-A-09

Intermédiaires du commerce de gros
03-D-11

Commerce de gros et de produits chimiques
03-D-58

Commerce de gros d'autres machines et équipements de bureau
03-D-45

Commerce de gros de machines-outils
03-D-14

Centrales d'achats non alimentaires
03-D-39

Commerce de gros de produits pharmaceutiques
03-D-69 ; 03-D-28 ; 03-D-72

Intermédiaires du commerce en meubles, articles de ménage et quincaillerie
03-D-39

Autres commerces de gros de biens de consommation
03-D-60

52 – Commerce de détail et réparation d'articles domestiques

Commerce de détail de livres, journaux et papeterie
03-D-09 ; 03-MC-04

Commerce de détail de tabac
03-D-65

Commerce de détail d'horlogerie et de bijouterie
03-D-60

Commerce de détail de parfumerie et de produits de beauté
03-D-53

Commerce de détail de fleurs
03-D-38

Supermarchés
03-D-06

Commerce de détail divers en magasin spécialisé
03-D-45

60 – Transports terrestres

Transport de voyageurs par taxis
03-D-71

Transports ferroviaires
03-D-02

Transports urbains de voyageurs
03-D-46

64 – Postes et télécommunications

Postes nationales
03-A-06

Télécommunications (hors transmission audiovisuelle)
03-MC-02 ; 03-A-07 ; 03-A-08 ; 03-A-13 ; 03-D-43

Transmission d'émissions de radio et de télévision
03-MC-01 ; 03-MC-03

65 – Intermédiation financière

Banques
03-A-17 ; 03-D-64

66 – Assurance

Assurance dommages
03-D-03 ; 03-D-04 ; 03-D-31 ; 03-A-19

Assurance relevant du Code de la mutualité
03-D-09

67 – Auxiliaires financiers et d'assurance

Auxiliaires d'assurance
03-D-30 ; 03-A-19

71 – Location sans opérateur

Location de machines et équipements pour la construction
03-D-14

Location de machines et équipements divers
03-D-61

72 – Activités informatiques

Édition de logiciels
03-D-23

Traitement de données
03-A-15 ; 03-D-62

Activités de banques de données en ligne
03-D-43

74 – Services fournis principalement aux entreprises

Analyses, essais et inspections techniques
03-D-05

Gestion de supports de publicité
03-D-25

Ingénierie, études techniques
03-D-22 ; 03-D-62

Métreurs, géomètres
03-A-18

Agences, conseil en publicité
03-A-01

Services annexes à la production
03-A-01

75 – Administration publique

Activités générales de sécurité sociale
03-D-48

Administration publique générale
03-A-05 ; 03-A-07 ; 03-A-08 ; 03-D-30

Justice
03-D-27

85 – Santé et action sociale

Ambulances
03-D-47

Pratique dentaire
03-D-37 ; 03-D-52 ; 03-D-69

Pratique médicale
03-D-24

90 – Assainissement, voirie et gestion des déchets

Autres travaux d'assainissement et de voirie
03-D-07 ; 03-D-13 ; 03-D-61

Traitement des autres déchets solides
03-D-61

91 – Activités associatives

Organisations associatives
03-D-49

Organisations professionnelles
03-D-42 ; 03-A-18

Organisations patronales et consulaires
03-D 30

92 – Activités récréatives, culturelles et sportives

Activités artistiques
03-D-57

Autres activités sportives
03-A-01 ; 03-MC-01

Distribution de films cinématographiques
03-D-18

Édition de chaînes généralistes
03-MC-01

Édition de chaînes thématiques
03-MC-01 ; 03-D-59

Production de programmes de télévision
03-MC-01 ; 03-D-59 ; 03-D-18

Gestion d'installations sportives
03-D-08

93 – Services personnels

Pompes funèbres
03-D-15 ; 03-D-33 ; 03-D-38

Index par entreprise ou organisme

A

Adeline
03-D-06

Aéroports de Paris
03-D-25

Air liquide (L')
03-D-01

Allo Taxi SA (les Taxis Bleus)
03-D-71

AlpSignalisation
03-D-07

Ambulances des 2 vallées
03-D-47

Amfor
03-D-39

Apex (société)
03-D-54

Appia
03-D-21

ASSO (Association syndicale des spécialistes en orthopédie dento-faciale)
03-D-37

Association de défense du monde rural
03-D-36

Association interprofessionnelle de la fraise du Lot-et-Garonne
03-D-36

Association Orion ticket neige
03-D-31

Associations de généalogistes
03-D-49

Atos investissement 4
03-A-15

Auto import (SA)
03-D-68

Auto Nice transport
03-D-46

Autocars Baie des Anges
03-D-46

Autorité de Régulation des Télécommunications
03-A-13

Auxeroises d'Équipement familial
03-D-39

B

Balland-Germain SARL
03-D-47

Banque populaire de la région économique de Strasbourg
03-D-64

Barreau des avocats d'Albertville
03-D-04

Barreau des avocats de Marseille
03-D-03

Baudin Chateauneuf
03-D-63

Béton mécanique (Le)
03-D-12

Beugnet SA (société routière)
03-D-21

BP France
03-D-17

C

Caen (ville de)
03-D-55

Caffier
03-D-39

Canal Plus
03-MC-01

CAP (Centrale du prothésiste dentaire)
03-D-69

Carboxyque française
03-D-01

Carboxyque santé
03-D-01

Carrefour France
03-D-45

Cartier (société)
03-D-60

Casino Guichard Perrachon
03-D-11 ; 03-D-45

CBI
03-D-39

CCB SA (*Coca-Cola* Beverages)
03-D-20

Ceac-Exide
03-D-40

Cegetel
03-MC-02

Centrale Clim
03-D-51

Centre national des professionnels de l'automobile (CNPA)
03-D-42 ; 03-D-68

CFPO
03-D-01

Chambre syndicale d'agents généraux d'assurances des Hauts-de-Seine
03-D-30

Chambre syndicale d'agents généraux d'assurances d'Eure-et-Loir
03-D-30

Chambre syndicale d'agents généraux d'assurances du Val-d'Oise
03-D-30

Cis Bio International (société)
03-D-72

CLCV (Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie)
03-A-17

Clips
03-D-16

CNSD (Confédération nationale des syndicats dentaires)
03-D-52

Cochery Bourdin
03-D-10

Coignières Cuisines/Bains
03-D-39

Comareg (société)
03-A-03

Comité régional de ski de Savoie
03-D-31

Communauté d'agglomération de Caen (grand Caen)
03-A-02

Compagnie générale des espaces verts (CGEV)
03-D-55

Comptoir du bâtiment
03-D-12

Confédération nationale de la distribution pétrolière
03-D-26

Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes
03-D-52

Conseil national des professionnels de l'automobile (CNPA)
03-D-66

Coop Prayssac (coopérative des fruits et légumes des coteaux de Prayssac)
03-D-36

Coopérative agricole Granlot
03-D-36

Coopérative agricole Valprim
03-D-36

Coopérative de la région agricole marmandaise (Cadram)
03-D-36

Cora
03-D-11

Crapie
03-D-07

Crédit de l'Est
03-D-68

CSA (Conseil supérieur de l'audiovisuel)
03-A-08

Cuisines & bains du Gier
03-D-39

Cyclopharma Laboratoires (société)
03-D-72

D

De Sand (société)
03-D-50

Defaye Distribution
03-D-36

DEM
03-D-39

Desmoules Pose
03-D-07

Dideco France
03-D-29

Duc et Préneuf (société)
03-D-55

Dyneff (SA)
03-D-41

E

EDF-GDF
03-D-26

EDF-GDF services Cannes
03-D-51

Esso Saf
03-D-17

Établissements Arnold René (sarl)
03-D-47

Euroform
03-D-39

Eurovia
03-D-10

Experian Holding France (société)
03-A-15

La Fare-les Oliviers (commune de)
03-DA-01

F

Fédération des agents généraux d'assurance (FNSAGA)
03-D-30

Fédération du bâtiment et des travaux publics de Haute-Savoie (fédération BTP 74)
03-A-14

Fédération française de ski
03-D-31

Fédération française de squash
03-D-08

Fédération française de tennis
03-A-01

Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances
03-A-19

Fédération française des sociétés d'assurance (FFSA)
03-D-30

Fédération nationale des boissons (FNB)
03-D-20

Fédération nationale des transports de voyageurs des Alpes-Maritimes (FNTV06)
03-D-46

Fera
69 03-D-21

Fonecta (anciennement Sonera France)
03-D-43

France Antilles (société)
03-A-03

France Télécom
03-MC-02 ; 03-D-22 ; 03-D-44

G

GDF
03-D-44

Gephav (société)
03-D-53

GIE AMGI
03-D-05

GLEM
03-D-18

Goupil
03-D-15

Groupe Canal Plus
03-D-59

Groupement des concessionnaires automobiles Peugeot (GCAP)
03-D-67

Groupement des concessionnaires Renault (GCR)
03-D-66

Groupement des entreprises mutuelles d'assurances (GEMA)
03-A-09

Guigues
03-D-10

H

Haulotte France (groupe Pinguely-Haulotte)
03-D-14

Hawker (anciennement Oldham France SA)
03-D-40

Hersant
03-A-03

Holopanoragramme (société)
03-D-25

Honda Motor France
03-D-42

Honda Motor South
03-D-42

Hospality Group (société)
03-A-01

Hydrovolt (société)
03-D-50

I

I>Télé
03-D-59

Industrielle du béton (L')
03-D-12

Institut national de l'audiovisuel
03-D-18

Intec Innovations
03-D-08

ITM Entreprises (Intermarché)
03-D-06

Ivoclar Division France (SA)
03-D-69

J

Jean-Louis Bernard Consultants (société)
03-D-62

Johnson & Johnson
03-D-32

Jungheinrich France
03-D-40

K

Kawasaki Motor France
03-D-42

Kiosque
03-MC-01

L

Deux M primeurs
03-D-36

La Rivière (société)
03-D-36

Laboratoires Sandoz
03-D-35

Lacroix Signalisation
03-D-07

Lafarge Béton préfa (LBP)
03-D-12

LCI
03-D-59

Les docks des pétroles d'Ambès
03-D-41

Les Lilas (SA)
03-D-47

LifeScan France
03-D-28

Ligue de football professionnel
03-MC-01

Lilloise équipement familial
03-D-39

Lobilak
03-D-06

M

Magstar
03-D-57

Mahe
03-D-39

Majuscule et distributeurs associés
03-D-45

Malouine d'équipement familial
03-D-39

Marcout-Soulhol (SARL)
03-D-60

Mardis (SARL)
03-D-65

Martin (société autocars)
03-D-46

MBK
03-D-42

Messageries lyonnaises de presse (Les)
03-MC-04

MGEN (Mutuelle générale de l'éducation nationale)
03-D-37

Morin système et architectonique
03-D-12

Motana-Derbi
03-D-42

Moulin cuisines
03-D-39

N

Neopost France (SA)
03-D-23

Neveu
03-D-39

Nice excursion Euroriviera
03-D-46

Nissan
03-D-66

Noblet Distribution
03-D-45

Normandie béton
03-D-12

Nouvelles Messageries de la presse parisienne
03-D-09 ; 03-MC-04

Novalab France
03-D-28

Novartis Pharma SA (anciennement Sandoz)
03-D-35

O

Opéra
03-D-11

Ordre des avocats du barreau du Val-d'Oise
03-D-27

Ortho-Chimical Diagnostics France
03-D-28

Ortolan
03-D-36

P

Perrier SA
03-D-21

Pétroles Shell
03-D-17

Peugeot
03-D-42 ; 03-D-67

Piaggio
03-D-42

Picardie Signalisation
03-D-07

Pistre Service plus
03-D-39

Plus international
03-D-39

Pompes funèbres des trois B (société)
03-D-38

Pont-à-Mousson
03-D-13

Préfa 26
03-D-12

Préfabrication O-P Lafarge (OPL)
03-D-12

Préfall
03-D-12

Primso (Les primeurs du Sud-Ouest)
03-D-36

Prisma Presse
03-D-06

Produits béton du Maine
03-D-12

Produits industriels lorrains (PIL)
03-D-13

Publishing
03-A-03

Q

Qualibat
03-D-16

R

Ranger
03-D-39

RATP
03-D-24

Rebel (SARL)
03-D-65

Régie municipale des pompes funèbres de Toulouse
03-D-33

Relais H
03-D-09

Renault (société)
03-D-66

Républicain lorrain
03-D-68

S

ASF (société autoroutes du sud de la France)
03-DA-01

SA Rhône-Alpes-Méditerranée
03-D-41

SACFEL (Société aiguillonnaise de commercialisation de fruits et légumes)
03-D-36

Santa Azur
03-D-46

Sapac Magasins populaires
03-D-45

SBGCA (société des boissons gazeuses de la Côte d'Azur)
03-D-20

SCI Bat
03-D-23

SEM (SARL Sud équipements matériels)
03-D-14

SEMIACS
03-D-46

Signalisation Centrale (La)
03-D-07

Signaux Girod
03-D-07

Signaux Laporte
03-D-07

SMAC Aciéroïd
03-D-63

SNCF
03-D-02

SNEF
03-D-10

Socarel
03-D-12

Société Électricité de Strasbourg
03-D-50

Société Parcs et sports
03-D-55

Société Pétrolière du Bec d'Ambès
03-D-41

Société Pompes funèbres générales du Sud-Ouest
03-D-33

Société Sud-boissons
03-D-20

Sodif
03-D-13

Sofadis
03-D-39

Sogea construction
03-D-63

Solprim
03-D-36

Sorin Biomedica France
03-D-29

Sotradex
03-D-56

Sovaac
03-D-09

Super Cuisines
03-D-39

Suzuki France
03-D-42

Symap
03-D-06

Syndicat des énergies renouvelables (SER)
03-D-54

Syndicat des professionnels européens de l'automobile (SPEA)
03-D-66 ; 03-D-67 ; 03-D-68

Syndicat des spécialistes en orthopédie dento-faciale (SSFODF)
03-D-37

Syndicat européen des mandataires et intermédiaires d'assurance (SEMIA)
03-D-30

Syndicat national des téléphériques de France
03-D-31

T

TDF (Télédiffusion de France)
03-MC-03

Temega
03-D-57

Ternetix (SA)
03-D-23

Texas Instruments France
03-D-45

TF1
03-D-59

Total Énergie
03-D-54

Total Fina Elf France
03-D-17

Total France (société)
03-D-41

Towercast (société)
03-MC-03

TPS
03-D-59

TPS Gestion
03-MC-01

Transmosel (société)
03-D-47

Transport régional des Alpes-Maritimes (TRAM)
03-D-46

Transports autocars Nice-Plan du Var (TAANP)
03-D-46

Tribunal de grande instance de Paris
03-A-01

Tuxedo
03-D-09

U

Union nationale des économistes de la construction et des coordonnateurs (UNTEC)
03-A-18

Union nationale pour l'intérêt de l'orthopédie dento-faciale (UNI-ODF)
03-D-37

Universal Music Belgique
03-D-57

Universal Music France (société)
03-D-57

Urban BTP
03-D-63

URSSAF
03-D-48

V

Valorena (société)
03-D-61

Vaural
03-D-06

VDL (Coopérative agricole de la vallée du Lot)
03-D-36

Vergnet (société)
03-D-54

VHB-Varta
03-D-40

Vinci Construction (société)
03-D-63

Vistakon
03-D-32

Vivendi Universal
03-A-03

Volkswagen France (société/groupe)
03-D-70

Y

Yamaha Motor France
03-D-42

Recours devant la cour d'appel de Paris

Recours devant la cour d'appel de Paris

	Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
03-D-07 du 4 février 2003	relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales	18/11/2003 Rejet
03-D-12 du 3 mars 2003	concernant le secteur des escaliers préfabriqués en béton	25/11/2003 Réformation
03-D-17 du 31 mars 2003	relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes	09/12/2003 Annulation
03-D-25 du 28 mai 2003	relative à une saisine de la société Holopanoragramme	25/11/2003 Rejet
03-D-27 du 4 juin 2003	relative à des pratiques de la maison de justice et du droit du quartier Saint-Christophe de Cergy-Pontoise (Val-d'Oise)	24/02/2004 Rejet
03-D-35 du 24 juillet 2003	relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires Sandoz, devenus en 1997 Novartis Pharma SA sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux	30/03/2004 Rejet
03-D-42 du 18 août 2003	relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles	Affaire pendante
03-D-43 du 12 septembre 2003	relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999	Affaire pendante
03-D-45 du 25 septembre 2003	relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire	Affaire pendante
03-D-46 du 30 septembre 2003	relative à des pratiques concernant un marché public de transport occasionnel d'élèves dans le département des Alpes-Maritimes	30/03/2004 Rejet
03-D-52 du 18 novembre 2003	relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'Ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Savoie et la Confédération nationale des syndicats dentaires à l'encontre de M. X..., prothésiste dentaire	Affaire pendante
003-D-60 du 17 décembre 2003	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'horlogerie de luxe	Affaire pendante
03-D-66 du 23 décembre 2003	relative aux pratiques mises en œuvre par la société Renault et le Groupement des concessionnaires Renault (GCR) dans le secteur de la distribution automobile	Affaire pendante
03-D-67 du 23 décembre 2003	relative aux pratiques mises en œuvre par Peugeot et le Groupement des concessionnaires automobiles Peugeot (GCAP) dans le secteur de la distribution automobile	Affaire pendante
03-D-68 du 23 décembre 2003	relative aux pratiques mises en œuvre par le Centre national des professions de l'automobile (CNPA) dans le secteur de la distribution automobile	Affaire pendante

	Décisions (sur des demandes de mesures conservatoires)	Arrêts cour d'appel
03-MC-01 du 23 janvier 2003	relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société TPS	29/04/03 Homologation de l'accord signé par les parties le 17/04/2003
03-MC-02 du 5 mars 2003	relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Cegetel	29/04/03 Réformation partielle
03-MC-03 du 1er décembre 2003	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Towercast à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société TéléDiffusion de France (TDF)	08/01/04 Rejet
03-MC-04 du 22 décembre 2003	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Les Messageries lyonnaises de presse	12/02/2004 Rejet

Liste des décisions et avis

Liste des décisions et avis

Décisions

Décision n° 03-D-01 du 14 janvier 2003 relative au comportement de sociétés du groupe l'Air liquide dans le secteur des gaz médicaux

Décision n° 03-D-02 du 15 janvier 2003 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion de marchés passés dans le secteur de la manutention, du levage et du stockage de tubes pour gazoducs

Décision n° 03-D-03 du 16 janvier 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau des avocats de Marseille en matière d'assurances

Décision n° 03-D-04 du 16 janvier 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par le barreau d'Albertville en matière d'assurances

Décision n° 03-D-05 du 23 janvier 2003 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de l'entretien et de la réparation des analyseurs de gaz d'échappement

Décision n° 03-D-06 du 29 janvier 2003 relative à une saisine de la société Prisma Presse dans le secteur de la presse magazine économique

Décision n° 03-D-07 du 4 février 2003 relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés d'achat de panneaux de signalisation routière verticale par des collectivités locales

Décision n° 03-D-08 du 12 février 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par la Fédération française de squash

Décision n° 03-D-09 du 14 février 2003 relative à la saisine de la société Tuxedo relative à des pratiques constatées sur le marché de la diffusion de la presse sur le domaine public aéroportuaire

Décision n° 03-D-10 du 20 février 2003 relative à des pratiques constatées lors d'un appel d'offres lancé par le Port autonome de Marseille

Décision n° 03-D-11 du 21 février 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la centrale de référencement Opéra

Décision n° 03-D-12 du 3 mars 2003 concernant le secteur des escaliers préfabriqués en béton

Décision n° 03-D-13 du 11 mars 2003 relative à une saisine de la SARL Produits industriels lorrains (PIL)

Décision n° 03-D-14 du 11 mars 2003 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires de la société Sud Équipements Matériels

Décision nº 03-D-15 du 17 mars 2003 relative à la situation de la concurrence dans le secteur des pompes funèbres de Vitré et des communes limitrophes

Décision nº 03-D-16 du 25 mars 2003 relative à une saisine de la société CLIPS

Décision nº 03-D-17 du 31 mars 2003 relative à des pratiques sur le marché de la distribution des carburants sur autoroutes

Décision nº 03-D-18 du 10 avril 2003 relative à une saisine de la société GLEM

Décision nº 03-D-19 du 15 avril 2003 relative à des pratiques relevées sur le marché des granulats dans le département de l'Ardèche

Décision nº 03-D-20 du 18 avril 2003 relative à des pratiques imputables à la société *Coca-Cola* Beverages, à la société des Boissons et à la société des Boissons gazeuses de la Côte d'Azur

Décision nº 03-D-21 du 18 avril 2003 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des enrobés bitumineux de la région Rhône-Alpes

Décision nº 03-D-22 du 24 avril 2003 relative à des pratiques de France Télécom sur le marché des relevés topographiques

Décision nº 03-D-23 du 12 mai 2003 relative à la saisine de la SA Ternetix et de la SCI Bat

Décision nº 03-D-24 du 26 mai 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la RATP dans le domaine des prestations médicales assurées à ses salariés

Décision nº 03-D-25 du 28 mai 2003 relative à une saisine de la société Holopanoragramme

Décision nº 03-D-26 du 4 juin 2003 relative à une saisine de la Confédération nationale de la distribution pétrolière à l'encontre des pratiques d'EDF et GDF sur le marché du chauffage domestique

Décision nº 03-D-27 du 4 juin 2003 relative à des pratiques de la maison de justice et du droit du quartier Saint-Christophe de Cergy-Pontoise (Val-d'Oise)

Décision nº 03-D-28 du 6 juin 2003 relative à une saisine présentée par la société Novalab France

Décision nº 03-D-29 du 13 juin 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par les sociétés Sorin Biomédica France et Dideco France dans le secteur du matériel médical de la circulation extracorporelle

Décision nº 03-D-30 du 2 juillet 2003 relative aux saisines du Syndicat européen des mandataires et intermédiaires d'assurances (SEMIA) et des chambres syndicales d'agents généraux d'assurances d'Eure-et-Loir, des Hauts-de-Seine et du Val-d'Oise

Décision nº 03-D-31 du 2 juillet 2003 relative au secteur de l'assurance ski

Décision nº 03-D-32 du 2 juillet 2003 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des lentilles de contact jetables

Décision nº 03-D-33 du 3 juillet 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par la régie municipale des pompes funèbres de Toulouse

Décision nº 03-D-34 du 9 juillet 2003 relative à des pratiques anticoncurrentielles concernant deux marchés de travaux de terrassement et de réalisation de chaussées en Gironde

Décision nº 03-D-35 du 24 juillet 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par les laboratoires Sandoz, devenus en 1997 Novartis Pharma SA sur le marché de certaines spécialités pharmaceutiques destinées aux hôpitaux

Décision nº 03-D-36 du 29 juillet 2003 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des fraises produites dans le Sud-Ouest

Décision nº 03-D-37 du 29 juillet 2003 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'une convention conclue entre la Mutuelle générale de l'éducation nationale et le Syndicat des spécialistes français en orthopédie dento-faciale

Décision nº 03-D-38 du 30 juillet 2003 relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par Mme X..., en sa qualité d'exploitante à titre individuel du commerce de fleurs Le Lys d'Albret, contre la société Pompes funèbres rurales des trois B

Décision nº 03-D-39 du 4 septembre 2003 relative à la situation de la concurrence dans le réseau de franchise créé par la société Plus international

Décision nº 03-D-40 du 5 septembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des batteries industrielles

Décision nº 03-D-41 du 4 août 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la SA DYNEFF à l'encontre de la société Total France et certaines de ses filiales sur les marchés afférents à la commercialisation de produits pétroliers raffinés dans le sud de la France

Décision nº 03-D-42 du 18 août 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par Suzuki et autres sur le marché de la distribution des motocycles

Décision nº 03-D-43 du 12 septembre 2003 relative au respect des injonctions prononcées à l'encontre de la société France Télécom par la cour d'appel de Paris dans son arrêt du 29 juin 1999

Décision nº 03-D-44 du 17 septembre 2003 relative à des pratiques relevées dans les secteurs du chauffage collectif au gaz et des compteurs d'énergie thermique

Décision nº 03-D-45 du 25 septembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire

Décision nº 03-D-46 du 30 septembre 2003 relative à des pratiques concernant un marché public de transport occasionnel d'élèves dans le département des Alpes-Maritimes

Décision nº 03-D-47 du 22 octobre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par les ambulanciers de montagne du département des Vosges

Décision nº 03-D-48 du 22 octobre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par l'Urssaf de la Haute-Vienne

Décision nº 03-D-49 du 27 octobre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la généalogie

Décision nº 03-D-50 du 6 novembre 2003 relative à la saisine des sociétés Hydrovolt et De Sand contre des pratiques mises en œuvre par la société Électricité de Strasbourg

Décision nº 03-D-51 du 6 novembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par EDF-GDF services Cannes dans le cadre du réseau Climsure

Décision nº 03-D-52 du 18 novembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par le Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes de la Haute-Savoie et la Confédération nationale des syndicats dentaires à l'encontre de M. X..., prothésiste dentaire

Décision nº 03-D-53 du 26 novembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Biotherm dans le secteur de la commercialisation des produits cosmétiques et d'hygiène corporelle

Décision nº 03-D-54 du 28 novembre 2003 relative à des pratiques relevées sur le marché des énergies renouvelables

Décision nº 03-D-55 du 4 décembre 2003 relative à un marché public passé par le District urbain du pays de Montbéliard pour la réfection de la pelouse d'un stade de football

Décision nº 03-D-56 du 9 décembre 2003 relative à une saisine de la société Sotradex

Décision nº 03-D-57 du 9 décembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par les sociétés Universal Music France et Universal Music Belgique sur le marché du disque

Décision nº 03-D-58 du 9 décembre 2003 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la production et de la distribution du mancozèbe et du cymoxanil ainsi que de leurs produits dérivés

Décision nº 03-D-59 du 9 décembre 2003 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés I>Télé et Groupe Canal Plus

Décision nº 03-D-60 du 17 décembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'horlogerie de luxe

Décision nº 03-D-61 du 17 décembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la fourniture et de la location de chariots à déchets au CHU de Nantes

Décision nº 03-D-62 du 18 décembre 2003 relative à des pratiques relevées lors de l'attribution d'un marché d'étude par l'agglomération dijonnaise

Décision nº 03-D-63 du 19 décembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre d'un marché de travaux pour la construction d'un hémicycle et de bureaux pour le Parlement européen de Strasbourg (lot gros œuvre, charpente métallique et couverture)

Décision nº 03-D-64 du 19 décembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre par la Banque populaire de la région économique de Strasbourg

Décision nº 03-D-65 du 22 décembre 2003 relative aux pratiques relevées dans le secteur de la commercialisation des cigarettes dans l'île de la Réunion

Décision n° 03-D-66 du 23 décembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par la société Renault et le Groupement des concessionnaires Renault (GCR) dans le secteur de la distribution automobile

Décision n° 03-D-67 du 23 décembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par Peugeot et le Groupement des concessionnaires automobiles Peugeot (GCAP) dans le secteur de la distribution automobile

Décision n° 03-D-68 du 23 décembre 2003 relative aux pratiques mises en œuvre par le Centre national des professions de l'automobile (CNPA) dans le secteur de la distribution automobile

Décision n° 03-D-69 du 26 décembre 2003 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution de produits pour prothésistes dentaires

Décision n° 03-D-70 du 26 décembre 2003 relative à une saisine de M. Christian X... concernant des pratiques mises en œuvre par la société/groupe Volkswagen France

Décision n° 03-D-71 du 29 décembre 2003 relative à des pratiques de la société Allo Taxis

Décision n° 03-D-72 du 30 décembre 2003 relative à une saisine de la société Cyclopharma Laboratoires à l'encontre des pratiques mises en œuvre par la société Cis Bio International sur le marché des produits radio pharmaceutiques

■ Mesures conservatoires

Décision n° 03-MC-01 du 23 janvier 2003 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société TPS

Décision n° 03-MC-02 du 5 mars 2003 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Cegetel

Décision n° 03-MC-03 du 1er décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Towercast à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société TéléDiffusion de France (TDF)

Décision n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Les Messageries lyonnaises de presse

■ Avis

Avis n° 02-A-09 du 25 juin 2002 relatif à un projet de décret réglementant les prix des carburants dans les départements de la Guadeloupe et de la Martinique

Avis n° 03-A-01 du 10 janvier 2003 relatif à une demande d'avis du tribunal de grande instance de Paris, concernant la situation de la concurrence dans le

domaine du sport et du tennis en particulier, au regard du titre III de l'ordonnance du 1er décembre1986, devenu le livre IV du Code de commerce

Avis nº 03-A-02 du 18 mars 2003 relatif aux conditions propres à assurer le libre jeu de la concurrence entre les candidats lors d'une procédure de délégation de service public

Avis nº 03-A-03 du 20 mars 2003 relatif à l'acquisition de la société Comareg par la société France Antilles

Avis nº 03-A-04 du 21 mars 2003 portant sur le projet de lignes directrices relatives à l'analyse des concentrations et aux procédures de contrôle élaboré par la DGCCRF

Avis nº 03-A-05 du 25 avril 2003 relatif à un projet de décret réformant le Code des marchés publics

Avis nº 03-A-06 du 16 mai 2003 relatif au projet de loi sur la transposition de la directive 97/67/CE concernant les règles communes de développement du marché intérieur des services postaux de la communauté et l'amélioration de la qualité de service, modifiée par la directive 2002/39/CE du 10 juin 2002, modifiant le Code des postes et télécommunications et portant création d'une autorité de régulation pour le secteur postal

Avis nº 03-A-07 du 21 mai 2003 relatif à une demande d'avis du ministre de la Culture et de la Communication et de la ministre déléguée à l'Industrie concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques

Avis nº 03-A-08 du 26 mai 2003 relatif à une demande d'avis complémentaire du ministre de la Culture et de la Communication et de la ministre déléguée à l'Industrie concernant un projet de loi relatif aux communications électroniques

Avis nº 03-A-09 du 6 juin 2003 relatif à un indice d'évolution du coût de la réparation automobile

Avis nº 03-A-10 du 11 juillet 2003 relatif au projet de décret fixant les tarifs de vente de l'électricité aux clients non éligibles

Avis nº 03-A-11 du 15 juillet 2003 relatif à une demande présentée par un juge d'instruction de Nice sur des pratiques tarifaires imputables à la chambre syndicale des maîtres cochers et artisans taxis de la ville de Nice

Avis nº 03-A-12 du 15 juillet 2003 relatif à une demande d'avis du tribunal de commerce de Versailles concernant une plainte déposée par la SA Usines Merger à l'encontre des sociétés Giat Industries, Gitech Sa, Foc Transmissions et CMD

Avis nº 03-A-13 du 18 juillet 2003 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

Avis nº 03-A-14 du 25 juillet 2003 relatif à la demande d'avis présentée par la Fédération du bâtiment et des travaux publics de Haute-Savoie sur un bordereau de prix unitaires dans le cadre de la passation de marchés d'eau et d'assainissement de la Haute-Savoie

Avis nº 03-A-15 du 25 juillet 2003 relatif à l'acquisition de la société Atos Investissement quatre par la société Experian Holding France

Avis nº 03-A-16 du 5 septembre 2003 relatif à la séparation comptable des activités des opérateurs de gaz naturel

Avis nº 03-A-17 du 18 septembre 2003 relatif à une demande de la Confédération du logement et du cadre de vie sur les conditions de commercialisation du porte-monnaie électronique Monéo

Avis nº 03-A-18 du 15 octobre 2003 relatif à un projet d'ouvrage élaboré par l'Union nationale des économistes de la construction et des coordonnateurs (UNTEC)

Avis nº 03-A-19 du 17 novembre 2003 relatif à une demande de la Fédération française des courtiers d'assurances et de réassurances portant sur les conditions de négociation des contrats de coassurance des risques industriels

Avis nº 03-A-20 du 29 décembre 2003 relatif au règlement des ventes de l'Office national des forêts

Avis nº 03-A-21 du 31 décembre 2003 relatif à la position de la Mutualité fonction publique sur le marché des prestations sociales au profit des agents publics

■ Décisions relatives à des demandes d'avis

Décision nº 03-DA-01 du 30 décembre 2003 relatif aux conséquences de la privatisation de la société ASF sur les règles du droit de la concurrence applicables à la passation de ses marchés de travaux.