Ont participé à la réalisation de cet ouvrage : Christelle Adjémian, Umberto Berkani, Thierry Dahan, Frédérique Daudret-John, Isabelle Douillet, Virginie Guin, Ingalill Laventure, Yannick Le Dorze, Christophe Lemaire, Denis Lescop, Irène Luc, Marie-Hélène Mathonnière, Nadine Mouy, Marthe-Élisabeth Oppelt-Reveneau, François Souty.

Par délibération en date du 5 avril 2005, le Conseil de la concurrence a adopté le présent rapport, établi en application des dispositions de l'article 25 du décret n° 2002-689 du 30 avril 2002, aux termes duquel le Conseil de la concurrence adresse chaque année au ministre chargé de l'Économie un rapport d'activité qui est publié au *Journal officiel de la République française* et qui comporte en annexe les décisions du Conseil mentionnées à l'article L. 464-8 du livre IV du Code de commerce et les avis rendus en application des articles L. 410-2, L. 430-5, L. 462-1, L. 462-2, L. 462-3 et du titre III du même code, ainsi que sur le fondement des articles L. 36-7 (7°) et L. 36-10 de la loi de réglementation des télécommunications.

« En application de la loi du 11 mars 1957 (art. 41) et du Code de la propriété intellectuelle du 1er juillet 1992, complétés par la loi du 3 janvier 1995, toute reproduction partielle ou totale à usage collectif de la présente publication est strictement interdite sans autorisation expresse de l'éditeur. Il est rappelé à cet égard que l'usage abusif et collectif de la photocopie met en danger l'équilibre économique des circuits du livre. »

© La Documentation française, Paris, 2005

ISBN : 2-11-005872-2

Éditorial

Chaque rapport d'activité du Conseil de la concurrence est l'occasion de mettre en lumière les décisions ou avis les plus marquants rendus au cours de l'année écoulée. Cette synthèse ordonnée de la jurisprudence, qui a pour objet d'éclairer les entreprises et les praticiens sur la façon dont l'autorité de concurrence entend mener sa mission, fait en quelque sorte office de « *lignes directrices* », justifiant l'intérêt que portent à ce document tous ceux qui s'intéressent, pour différentes raisons, au droit de la concurrence.

À cet égard, le rapport 2004 ne manque pas à cette tradition. Il n'est pas possible, dans les quelques lignes de l'éditorial qui l'introduit, de résumer tout ce qui en fait l'intérêt : il s'agit plutôt de signaler au lecteur dans quel contexte s'est inscrite l'action du Conseil au cours de cette année.

Pour en rester aux chiffres, l'activité a été très soutenue : avec 142 affaires traitées, soit 42 de plus que le nombre d'affaires entrées, le Conseil a poursuivi de manière volontariste sa politique de résorption du stock, dont les premiers effets ont été ressentis en 2001. Pour la quatrième année consécutive, le nombre des affaires en instance devant le Conseil a diminué, entraînant mécaniquement un raccourcissement du délai moyen de traitement des affaires. Ce résultat doit beaucoup à l'engagement personnel de mon prédécesseur, Marie-Dominique Hagelsteen, qui a présidé le Conseil jusqu'à la fin du mois de juillet 2004 : ce rapport est l'occasion de rendre hommage à son action, ainsi qu'à celle des vice-présidents, dont deux d'entre eux, Frédéric Jenny et Micheline Pasturel, ont également achevé leur mandat au cours de l'été 2004. Plus globalement, je voudrais associer à ces remerciements l'ensemble des vice-présidents – anciens et nouveaux – et membres du collège, dont la contribution aux séances a été à la hauteur des résultats obtenus, mais aussi les rapporteurs généraux et rapporteurs, dont l'implication a été décisive, ainsi que l'ensemble des personnels du Conseil. Tous sont conscients que l'efficacité de l'institution à laquelle ils appartiennent, dépend tout autant de la qualité de ses décisions que de son aptitude à agir dans le temps économique, dans le temps des entreprises, lequel s'est considérablement accéléré au cours des dernières années.

L'effort de 2004 sera poursuivi et intensifié au cours de l'année de 2005. Pour la première fois, des objectifs chiffrés ont été fixés, de manière à donner à

tous un cap mobilisateur : non seulement le stock devrait être ramené à un nombre d'affaires inférieur à l'équivalent de dix-huit mois d'activité, mais encore priorité sera donnée au traitement des affaires les plus anciennes, pour lesquelles un calendrier précis d'instruction et d'audiencement a été établi.

Il sera temps, dans un an, de rendre compte du chemin parcouru, mais les premiers points d'étape qui ont été réalisés montrent que le Conseil est sur la bonne voie.

En 2004 comme l'année précédente, le Conseil est intervenu dans un grand nombre de secteurs économiques, dont deux ont été particulièrement présents. Le premier est celui de la communication au sens large : communications électroniques, poste, cinéma, télévision, câble, droits sportifs de retransmission. Cette place prépondérante s'explique à la fois par le processus continu d'ouverture à la concurrence, le dynamisme des opérateurs et l'innovation technologique qui renouvellent les questions soumises au Conseil. Le second est celui de la construction, du bâtiment et des travaux publics dans lequel persistent – il faut le rappeler, même si les saisines diminuent dans la période récente – des pratiques que le Conseil condamne régulièrement, en rappelant les principes qui s'imposent à propos des appels d'offres lancés par les collectivités publiques.

La jurisprudence dégagée par le Conseil de la concurrence au cours de l'année 2004 est analysée dans le détail tout au long du rapport. Chacune des affaires traitées – qu'il s'agisse d'ententes ou d'abus de position dominante – est l'occasion de rappeler que si la concurrence ne fonctionne pas bien sur un marché, c'est finalement le consommateur qui – aujourd'hui ou demain – en paiera le prix : l'action du Conseil s'inscrit entièrement dans ce constat. Au-delà, on peut caractériser les développements récents de sa pratique décisionnelle par trois tendances :
– un effort de plus grande sélectivité, le Conseil distinguant mieux et plus tôt les affaires qui méritent qu'y soient affectées des ressources significatives d'enquête et d'instruction et celles qui, faute d'éléments probants dans la saisine, peuvent être écartées dès ce stade ;
– la nécessité pour le Conseil, régulateur des marchés, d'expliquer de manière lisible et transparente le choix des instruments auxquels il a recours pour répondre aux préoccupations de concurrence qui sont les siennes : sanction (l'arme de dissuasion qui reste au cœur de son action) ou procédures négociées (transaction ou engagements) qui peuvent aussi, dans certains cas bien choisis, redresser de manière efficace et rapide des comportements ;
– le renforcement de l'analyse économique, notamment dans l'appréciation au cas par cas des effets des comportements unilatéraux des entreprises sur le fonctionnement concurrentiel des marchés.

Sur tous ces sujets – et notamment le développement d'un droit négocié de la concurrence – pointent sans aucun doute des évolutions fortes dont il sera rendu compte plus amplement dans le rapport 2005.

Deux études thématiques figurent dans le rapport annuel 2004. La première, consacrée aux pratiques de remises et rabais, a justement pour objet – sur ce sujet très débattu notamment par la doctrine économique – de présenter la grille d'analyse du Conseil, qui s'attache à rechercher, au cas par cas, les

effets pro ou anticoncurrentiels de ces politiques tarifaires. La seconde s'attache à décrire quel peut être le bon équilibre entre l'exercice des droits de la propriété intellectuelle et le respect du droit de la concurrence, deux dimensions qui, toutes deux légitimes, entretiennent entre elles une dialectique subtile et constamment renouvelée : l'étude très complète qu'y consacre ce rapport est particulièrement intéressante.

Enfin, je ne pourrais conclure cet éditorial sans souligner l'innovation majeure qu'a constituée l'entrée en vigueur, le 1er mai 2004, du règlement européen 1/2003, puis du paquet « *modernisation* » qui introduisent de profonds changements dans l'application des règles de concurrence posées par les articles 81 et 82 du traité CE. Le premier bilan que dresse le rapport après huit mois de fonctionnement du Réseau européen de concurrence (dans lequel le Conseil joue un rôle très actif) est largement positif. Structure de coordination et de coopération souple et pragmatique, il vise une allocation efficace des cas entre autorités et une application homogène du droit communautaire de la concurrence et est devenu en quelques mois un instrument très puissant d'échange, d'enrichissement et de stimulation réciproque.

Mais je m'aperçois que j'ai été trop long, alors que je ne souhaitais donner au lecteur qu'un petit avant-goût de ce que les pages qui suivent lui apprendront sur le Conseil de la concurrence, son activité et le sens de sa mission...

Bruno Lasserre
Président du Conseil de la concurrence

Sommaire

Rapport d'activité 7

Études thématiques 81

Analyse de la jurisprudence 161

Rapport du ministre de l'Économie 323

Textes 343

Index 455

Recours devant la cour d'appel de Paris 481

Liste des décisions et avis 491

Rapport d'activité

Rapport d'activité

Titre I – Actualité législative du droit de la concurrence... 11

Chapitre I – L'ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 11

Chapitre II – La loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit 14

Titre II – Le Conseil de la concurrence 16

Chapitre I – Activité du Conseil en 2004 16

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

Délibérations du Conseil 20

Activité du collège 21
Analyse des saisines 21
Affaires traitées 22
Décisions de sanctions pécuniaires 24

Bilan des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence 26
Taux de recours 26
Bilan qualitatif 26
Les sanctions « *ex post* » 27

Chapitre II – Organisation et fonctionnement 28

L'actualité du collège 28

Les effectifs 28
La répartition des effectifs 28
Mouvement de rapporteurs 28

Budget 30

Chapitre III – Avis et décisions les plus notables 30
Principaux avis rendus en 2004 30
Décisions contentieuses notables 42

Chapitre IV – Activité communautaire et internationale 56
Europe 56
Un sujet d'actualité communautaire : le projet de modernisation de l'article 82 CE 56
L'activité communautaire du Conseil 58
International 71
Les débats actuels relatifs aux actions privées en matière de droit de la concurrence 71
Les activités multilatérales et internationales 74

Rapport d'activité

Actualité législative du droit de la concurrence

■ L'ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 portant adaptation de certaines dispositions du Code de commerce au droit communautaire de la concurrence

La loi nº 2004-237 du 18 mars 2004 a autorisé le Gouvernement à prendre, par voie d'ordonnance, les dispositions législatives requises pour l'application, par les autorités nationales de concurrence et les juridictions nationales, du règlement 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.

L'ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 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 de concurrence nationales et communautaire du réseau.

Article 1 : Spécialisation en matière de concurrence de certaines juridictions judiciaires

Si la spécialisation des juridictions judiciaires en matière de concurrence avait été prévue par la loi NRE de 2001, l'article 1 de l'ordonnance modifie l'article L. 420-7 du Code de commerce sur deux points : d'une part, il permet de spécialiser aussi les cours d'appel (et non plus seulement les juridictions de première instance) et, d'autre part, il étend cette spécialisation aux articles 81 et 82 du traité (alors qu'avant, seul le droit national était concerné).

Article 2 : Enquête simple

Cet article prévoit que le ministre peut autoriser des agents d'une autre autorité nationale de concurrence qui demande l'assistance des autorités françaises (DGCCRF ou Conseil) à assister l'agent de la DGCCRF ou le rapporteur du Conseil dans ce cadre.

Article 3 : Enquête lourde

Ce nouvel article permet d'adapter le Code de commerce aux nouveaux pouvoirs d'enquête de la Commission européenne en prévoyant notamment qu'elle peut, avec l'autorisation du juge, procéder à des inspections dans des locaux autres que professionnels. Il donne également aux enquêteurs nationaux, à l'instar de la Commission, le pouvoir d'apposer des scellés sur tous locaux commerciaux, documents et supports d'information.

Article 4 : Avis rendu par le Conseil de la concurrence à la demande d'une juridiction

Cet article étend la possibilité pour les juridictions de consulter le Conseil de la concurrence sur les pratiques anticoncurrentielles définies aux articles 81 et 82 du traité (et non plus seulement aux articles L. 420-1, L. 420-2 et L. 420-5 du Code de commerce).

Article 5 : Nouveaux actes interruptifs de prescription

Pour tenir compte du travail en réseau des autorités de concurrence, cet article introduit de nouveaux actes interruptifs de prescription de la procédure suivie devant le Conseil. Il s'agit des actes tendant à la recherche, la constatation ou la sanction des faits visés dans la saisine par la Commission ou une autorité nationale de concurrence d'un autre État membre.

Article 6 : Allongement du délai de prescription

La prescription des faits dont le Conseil est saisi passe de trois à cinq ans, qui constitue la durée de la prescription communautaire.

Article 7 : Nouvelles décisions de rejet ou de clôture de cas

Pour tenir compte du fonctionnement en réseau des autorités de concurrence, le Conseil peut prononcer quatre catégories de nouvelles décisions :
– le Conseil peut rejeter une saisine au motif qu'une autre autorité nationale de concurrence ou la Commission a déjà traité le cas ;
– le Conseil peut rejeter ou suspendre une saisine au motif qu'une autre autorité nationale de concurrence traite également le cas ;

– le Conseil peut clore une affaire pour laquelle il s'était saisi d'office et ce quelle qu'en soit la raison ;
– le président du Conseil donne acte des dessaisissements effectués par la Commission (sur la base de l'article 11, paragraphe 6, du règlement nº 1/2003).

Article 8 : Compétence « internationale » du Conseil

Cet article modifie l'article L. 462-9 du Code de commerce car plusieurs de ses dispositions n'étaient pas conformes au règlement nº 1/2003. Plus précisément, les dispositions de l'article L. 462-9 (à l'exception du dernier alinéa qui permet au Conseil de conclure des conventions avec d'autres autorités de concurrence) sont écartées, quand les dispositions du règlement nº 1/2003 sont applicables.

Il précise également quels sont les documents que le Conseil doit transmettre à la Commission au titre de l'article 11, paragraphe 4, du règlement. Il s'agit d'un résumé de l'affaire ainsi qu'un document exposant l'orientation envisagée, qui peuvent être la notification de griefs ou le rapport mentionnés à l'article L. 463-2.

Article 9 : Secret des affaires

Cet article modifie les règles françaises sur la protection du secret des affaires afin de renforcer la protection desdits secrets tout en garantissant une pleine efficacité des procédures de concurrence.

Article 10 : Engagements et astreintes

Cet article introduit deux innovations importantes :
– en premier lieu, le Conseil obtient la possibilité d'adopter des décisions acceptant et rendant obligatoires des engagements proposés par les entreprises ;
– en second lieu, le Conseil obtient le pouvoir d'assortir ses décisions d'astreintes.

Article 11 : Respect des mesures conservatoires, des injonctions ou des engagements

Le Conseil obtient la possibilité de sanctionner le non-respect des mesures conservatoires, injonctions et engagements visés aux articles L. 464-1 et L. 464-2 du Code de commerce.

Article 12 : Recouvrement des astreintes

Cet article prévoit le mécanisme de recouvrement des astreintes (identique aux sanctions).

Article 13 : Protection du secret des affaires dans les publications de décisions

Dans le prolongement de l'article 9, le Conseil pourra prévoir une publication limitée de ses décisions pour tenir compte de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués

Article 14 : Aménagement rédactionnel

Cet article complète l'article L. 470-6 du Code de commerce en prévoyant que pour la mise en œuvre des articles 81 à 83 du traité, les autorités nationales de concurrence disposent des pouvoirs qui leur sont reconnus par le règlement nº 1/2003.

■ La loi nº 2004-1343 du 9 décembre 2004 de simplification du droit

L'article 83 de cette loi introduit en droit français de la concurrence la notification de simples projets de concentration.

Le premier alinéa de l'article L. 430-3 du Code de commerce est ainsi rédigé :
« *L'opération de concentration doit être notifiée au ministre chargé de l'Économie avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique. Le renvoi au ministre chargé de l'Économie de tout ou partie d'un cas de concentration notifié à la Commission européenne vaut notification au sens du présent article* ».

L'article 83 introduit également la possibilité, pour le ministre de l'Économie, de se pourvoir en cassation, même en l'absence de recours préalable devant la cour d'appel.

L'article L. 464-8 est complété par un alinéa ainsi rédigé :
« *Le ministre chargé de l'Économie peut, dans tous les cas, former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris* ».

Cette disposition vient remédier à une situation de blocage. Il convient en effet de rappeler que la jurisprudence de la Cour de cassation et de la cour d'appel de Paris conduisait le ministre, alors même qu'il approuvait en tous points la décision rendue par le Conseil, à former un recours devant la juridiction d'appel, afin de pouvoir ultérieurement se pourvoir en cassation. Dans un arrêt rendu le 19 juin 2001, Seco Desquenne, la Cour de cassation a subordonné 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 alors institué pour le ministre de former des recours incidents « *purement conservatoires* » par lesquels, afin de préserver son droit à agir ultérieurement devant la Cour de

cassation, il demandait la confirmation de la décision du Conseil. Après s'être prononcée en faveur de la recevabilité de tels recours incidents [1], la cour d'appel a, par la suite, décidé 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, 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 [2]. Depuis ce revirement jurisprudentiel, le ministre, alors même qu'il approuvait la décision rendue par le Conseil, se voyait contraint, en cas de recours formé par les entreprises, de la contester devant la cour d'appel (le plus souvent, en sollicitant une aggravation des sanctions prononcées par le Conseil ou la qualification et la sanction de pratiques non retenues par le Conseil) afin de préserver son droit à agir dans le cadre d'un éventuel pourvoi en cassation.

1. Cour d'appel de Paris, 4 février 2003, Sogec Gestion.

2. Cour d'appel de Paris, 17 juin 2003, SNR Roulements ; 17 juin 2003, Transports déménagements Roussel ; 24 juin 2003, Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts ; 2 juillet 2003, RDTA ; 4 juillet 2003, Groupe Camif.

Le Conseil de la concurrence

Activité du Conseil en 2004

Conformément au choix de présentation arrêté en 2003, 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 2004, le Conseil a enregistré 100 saisines nouvelles, dont 70 saisines contentieuses (fond et demandes de mesures conservatoires) et 30 demandes d'avis. Ce chiffre est quasi identique à celui de l'année précédente et donc en dessous de la moyenne des dix dernières années, comme le montre le tableau suivant qui retrace l'évolution du nombre des saisines contentieuses et demandes d'avis depuis 1995.

Tableau 1 : Saisines nouvelles

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Saisines contentieuses	130	115	93	135	109	109	102	82	79	70
Demandes d'avis	19	27	27	29	27	35	25	26	18	30
Total	*149*	*142*	*120*	*164*	*136*	*144*	*127*	*108*	*97*	*100*

Le nombre global de saisines nouvelles est en légère hausse par rapport à l'année précédente, mais sans retrouver le niveau des années antérieures. Cette stabilisation autour du palier de 100 saisines par an s'explique pour partie par une plus grande sélectivité des saisines ministérielles et aussi par un meilleur filtrage des demandes dès leur arrivée. En effet, les saisines manifestement irrecevables pour défaut de qualité à 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.

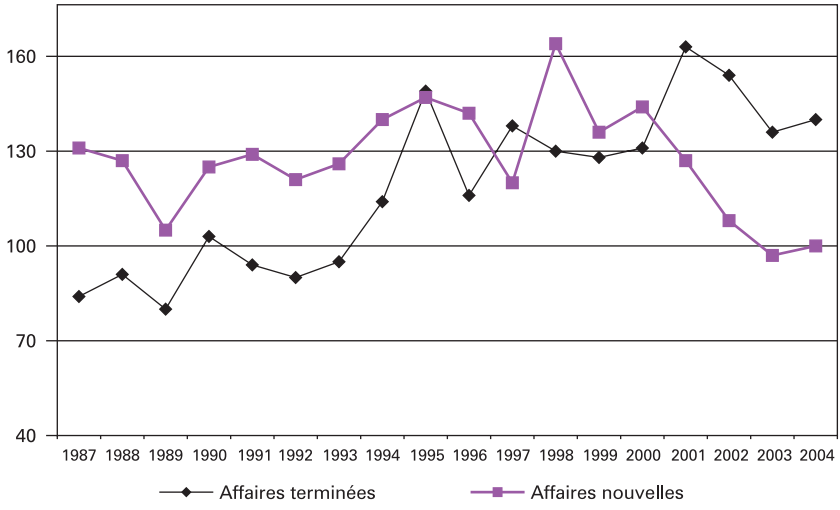
Affaires terminées

En 2004, 142 dossiers ont été terminés, ce qui correspond à la moyenne sur les dix dernières années (139 affaires par an entre 1995 et 2004).

Tableau 2 : Affaires terminées

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Affaires contentieuses	130	98	111	108	106	96	138	130	108	112
Demandes d'avis	19	18	27	22	22	35	25	24	28	30
Total	*149*	*116*	*138*	*130*	*128*	*131*	*163*	*154*	*136*	*142*

Ce résultat confirme le caractère exceptionnel des résultats de l'année 2001, qui s'expliquait par la sortie d'un grand nombre de dossiers qui se retrouvaient prescrits, en application de la jurisprudence de la Cour de cassation énoncée dans son arrêt du 17 juillet 2001.



État du stock des affaires en instance

Comme en 2002 et en 2003, 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 31/12/2003	2004		Nombre d'affaires en cours au 31/12/2004
		Affaires nouvelles	Affaires closes	
Affaires au fond	274	48	91	231
Mesures conservatoires	5	17	18	4
Respect d'injonction	4	5	3	6
Avis	13	30	30	13
Total	*296*	*100*	*142*	*254*

Pour la quatrième année consécutive, le stock d'affaires en cours baisse sensiblement et se situe désormais nettement en dessous de la barre des 300 affaires. Il est à noter que la diminution du stock est due à un effort particulier sur les saisines au fond, le nombre des affaires closes étant deux fois supérieur à celui des affaires nouvelles. Les mesures prises pour accélérer le traitement des dossiers au fond commencent donc à porter leurs fruits.

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

Tableau 4 : État du stock

	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001	2002	2003	2004
Stock au 1er janvier	307	307	333	315	377	404	417	381	335	296
Affaires nouvelles	149	142	120	192	155	144	127	108	97	100
Affaires terminées	149	116	138	130	128	131	163	154	136	142
Variation du stock	0	+26	-18	+62	+27	+13	-36	-46	-39	-42
Stock au 31 décembre	307	333	315	377	404	417	381	335	296	254

L'inflexion très nette de la situation depuis l'année 2000 se confirme en 2004 et la diminution du stock se poursuit à un rythme soutenu.

Indicateur d'évolution du stock

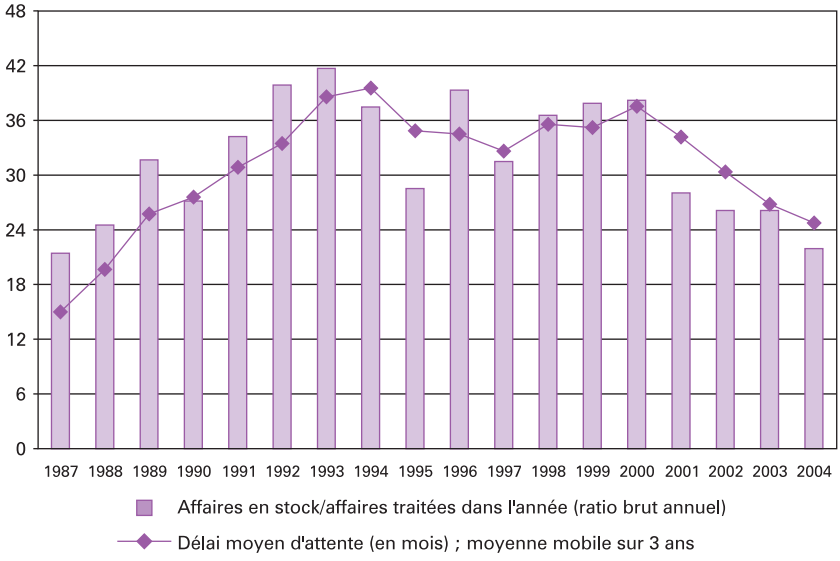
Depuis 2002, le Conseil présente un indicateur d'encombrement de l'institution égal au ratio « *affaires en stock/affaires traitées dans l'année* », qui donne un délai théorique d'écoulement du stock ou délai théorique d'attente pour les nouveaux dossiers.

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 favorable s'accentue depuis quatre ans, puisque le délai moyen d'attente est passé de 38 mois en 2000 à 24 mois en 2004. Bien qu'encore trop élevé, ce délai prévisionnel retrouve le niveau connu à l'époque de la création du Conseil et s'éloigne très sensiblement du niveau moyen de 36 mois connu pendant les années 1990.

La diminution du stock constatée depuis quatre ans et l'amélioration des délais prévisionnels ne signifient pas que l'apurement des affaires anciennes est terminé. L'année 2005 connaîtra d'ailleurs la sortie d'un grand nombre de dossiers contentieux de fond anciens. En effet, le Conseil s'est donné pour objectif de réduire le stock des affaires pendantes à un chiffre inférieur à celui correspondant à 18 mois d'activité, en s'attaquant en priorité aux affaires les plus anciennes. Cet effort exceptionnel devrait radicalement rajeunir l'âge moyen du stock.

Pour les affaires terminées en 2004, la durée moyenne globale de traitement a été proche de 3 ans et demi, mais ce chiffre masque de fortes dispersions individuelles.

Cette dispersion est particulièrement nette entre les différentes catégories de saisines. Les traitements les plus rapides concernent les avis rendus au Gouvernement et aux autorités de régulation (deux mois et demi), les avis concentration (trois mois) et les décisions accordant des mesures conservatoires (3,8 mois). Les affaires de fond (quatre ans et quatre mois) et les avis juridictionnels, soumis à la procédure contradictoire (trois ans) demandent davantage de temps.

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.

Indicateur d'ancienneté du stock

Année de saisine	En stock au 31/12/2002	En stock au 31/12/2003	En stock au 31/12/2004
1995*	19	10	6
1996	20	13	8
1997	25	15	8
1998	49	31	16
1999	49	32	18
2000	45	38	26
2001	68	58	47
2002	60	37	27
2003		62	40
2004			58
Stock total	335	296	254

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

L'analyse qualitative du stock des affaires, présentée ci-dessus, est destinée à apprécier l'ancienneté de ce stock et son évolution. La baisse globale du stock d'une quarantaine d'affaires entre 2004 et 2003 touche toutes les années.

On relève comme chaque année que beaucoup d'affaires de l'année 2004 ont été terminées en 2004 (-42 %). Ce phénomène s'explique par le traitement rapide des mesures conservatoires, des avis, des rejets et irrecevabilités.

Délibérations du Conseil

L'activité globale du Conseil est identique à celle de 2003, 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 sur les cinq dernières années.

Tableau 5 : Séances du Conseil

	2000	2001	2002	2003	2004
Séances	109	106	100	100	109

En 2004, la répartition des séances entre les différentes formations s'est faite de la façon suivante : cinquante-cinq réunions en sections, cinquante-quatre en commission permanente.

Activité du collège

L'ensemble des statistiques de cette 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 6 : Origine des saisines au fond

	2000	2001	2002	2003	2004
Ministre chargé de l'Économie	20	16	11	16	10
Entreprises	40	41	34	34	31
Organisations professionnelles	9	3	4	4	1
Associations de consommateurs	3	5	4	2	0
Collectivités territoriales	2	2	0	1	0
Autres (y compris irrecevables)	7	8	0	0	0
Saisines d'office	5	6	5	2	6
Respect d'injonction	0	4	0	3	5
Total	*86*	*85*	*58*	*62*	*53*

Le nombre de saisines au fond est le plus faible depuis cinq ans. Cette situation s'explique pour une bonne part, par la baisse des saisines ministérielles, il est vrai en partie compensée par la hausse des saisines en respect d'injonction.

Demandes de mesures conservatoires

Tableau 7 : Demandes de mesures conservatoires

2000	2001	2002	2003	2004
23	17	24	17	17

Ces demandes sont relativement stables sur longue période. 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.

En 2004, les demandes ont été exclusivement le fait d'entreprises, contrairement à l'année précédente où l'une avait été présentée par le ministre chargé de l'Économie et deux par des organisations professionnelles.

Demandes d'avis

En 2004, trente demandes d'avis ont été adressées au Conseil. Ce chiffre se rapproche du score des années 1998/2000 (voir tableau 1) :
– trois sur le fondement de l'article L. 410-2 qui prévoit que le Conseil est obligatoirement consulté sur les textes réglementant les prix ;
– trois sur le fondement de l'article L. 430-5 du Code du 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 ;
– dix sur le fondement de l'article L. 462-1 du Code du 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 ;
– quatre sur le fondement de l'article L. 462-2 du Code du commerce, qui prévoit que le Conseil est obligatoirement consulté sur les projets de textes restreignant la concurrence ;
– une sur la base de l'article L. 462-3 qui prévoit que le Conseil peut être consulté par des juridictions ;
– cinq 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 ;
– quatre à la demande de l'Autorité de régulation des télécommunications.

Affaires traitées

Catégories de décisions

Le nombre total de décisions rendues en 2004 s'est élevé à 105.

Le tableau suivant retrace l'évolution du nombre des décisions contentieuses depuis 2000, avec leur répartition par catégories.

Tableau 8 : Décisions

	2000	2001	2002	2003	2004
Affaires instruites au fond : – décisions de sanctions (pécuniaires et autres) – décisions prononçant un non-lieu	53 *36* *17*	56 *30* *26*	47 *13* *34*	56 *21* *35*	60 *26* *34*
Mesures conservatoires	18	8	9	4	2
Décisions d'irrecevabilité et de rejet	19	23	28	16	17
Décisions de classement/désistement	15	20	10	26	22
Autres			7	1	2*
Sous-total décisions finales	*105*	*107*	*101*	*103*	*103*
Sursis à statuer	7	10	6	0	2
Total	*112*	*117*	*107*	*103*	*105*

* Une décision en respect d'injonction et une décision établissant une pratique sans la sanctionner.

L'augmentation du nombre de décisions relatives à des affaires au fond est à noter. On constate une stabilisation des décisions de rejet et d'irrecevabilité. Si l'on prend en compte le fait que deux décisions de sursis à statuer (qui ne clôturent pas un dossier) sont intervenues cette année, le nombre de décisions finales est identique à celui de l'année précédente.

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 8). En 2004, dix demandes de mesures conservatoires ont été rejetées, et quatre ont fait l'objet d'un classement à la suite d'un désistement de la partie saisissante.

Avis

Le Conseil a rendu vingt-huit avis en 2004 qui se répartissent de la manière suivante : quatre portent sur des questions de concentration (article L. 430-5), trois sur un projet de texte réglementant les prix (L. 410-2), dix sur des questions générales de concurrence (L. 462-1), quatre sur un projet de texte réglementaire instituant un régime nouveau (L. 462-2), cinq avis de clémence (L. 464-2 III), deux avis sur demande de l'ART.

Résultats par secteurs économiques

Le tableau suivant présente les secteurs économiques dans lesquels le Conseil est intervenu, à la fois au titre de son activité contentieuse et de son activité consultative. Seuls les secteurs dans lesquels le Conseil est intervenu au moins trois fois ont été retenus.

Comme pour les années précédentes, les secteurs de la construction et celui des postes et télécommunications sont en tête, même si l'ordre est inversé en 2004. La très forte présence des affaires de télécommunications s'explique par la poursuite de l'ouverture de ce secteur à la concurrence, par le dynamisme des opérateurs et par l'émergence constante et rapide de nouvelles technologies.

Se distinguent particulièrement cette année les secteurs de l'édition et de l'imprimerie, en raison de la présence de plusieurs affaires de presse mais également les activités récréatives, sportives et culturelles (cinéma, TV par ADSL, câble, droits sportifs de retransmission...).

Les affaires relatives à des appels d'offres publics ont représenté 18 décisions, principalement dans le secteur construction, BTP et voirie, ce qui explique la place toujours prépondérante de ce secteur économique dans le tableau 9.

Tableau 9 : Secteurs économiques

	Nombre de décisions et avis
Postes et télécommunications	14
Construction	12
Édition, imprimerie et reproduction (presse)	11
Activités récréatives, culturelles et sportives	7
Services fournis principalement aux entreprises	7
Commerce de détail et réparation d'articles domestiques	5
Industrie chimique (produits pharmaceutiques, cosmétiques, engrais)	5
Industries alimentaires	4
Transports terrestres	4
Services personnels	4
Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur	3

Décisions de sanctions pécuniaires

Montant des sanctions

Le Conseil prononce trois catégories de sanctions : sanction pécuniaire, injonction et publication de la décision. En 2004, vingt-six décisions ont donné lieu à des sanctions pécuniaires, pour un montant total de 50 229 728 euros.

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

Tableau 10 : Décisions de sanctions pécuniaires

	2000	2001	2002	2003	2004
Nombre de décisions prononçant des sanctions pécuniaires	28	30	12	19	26
Nombre d'entreprises ou groupes d'entreprises sanctionnés	67	116	103	57	91
Montant des sanctions	14,6 M€ [1] 189 M€ [2]	51,2 M€	64,3 M€	88,5 M€	49,3 M€
Nombre d'organisations professionnelles sanctionnées	4	3	8	4	46 [3]
Montant des sanctions	0,06 M€	0,03 M€	0,5 M€	0,05M€	0,9 M€
Montant total des sanctions	189,1 M€ [2]	51,2 M€	64,8 M€	88,5 M€	50,2 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.
3. Le nombre particulièrement élevé d'organisations professionnelles relevé en 2004 est essentiellement imputable à la décision 04-D-49, relative à des pratiques dans le secteur de l'insémination bovine qui mettait en cause 42 structures départementales.

L'année 2004 se caractérise à la fois par une augmentation du nombre de décisions de sanctions et d'entreprises sanctionnées et par une diminution du montant total des amendes.

Toutefois, la mesure de l'effectivité des sanctions demande de prendre en compte les décisions de la cour d'appel pouvant les diminuer ou les augmenter. De ce point de vue, on peut relever une situation opposée entre 2003 et 2004, le montant de 2003 étant ramené de 88,5 millions à 60,9 millions d'euros (voir dans ce même chapitre – Bilan des recours contre les décisions

du Conseil de la concurrence), alors que celui de 2004 a été d'ores et déjà majoré de 20 millions d'euros, du fait de l'arrêt de la cour d'appel du 11 janvier 2005 (la cour a prononcé le doublement de la sanction initialement prononcée pour non-respect d'injonction dans la décision 04-D-18). Seule une étude rétrospective sur longue période serait à même de donner une image fidèle de la réalité des sanctions.

Après le chiffre exceptionnel de l'année 2003, le taux moyen des sanctions pour les entreprises (montant des sanctions / nombre d'entreprises sanctionnées) se situe à un niveau comparable à celui des années 2001 et 2002, l'année 2000 ayant présenté un caractère atypique.

Tableau 11 : Taux moyen de sanction par entreprise

	2000	2001	2002	2003	2004
Taux moyen (en M€)	0,22 (hors banque) 2,82 (avec banque)	0,44	0,62	1,55	0,54

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 puisqu'il atteint un taux de 96,67 % (voir le rapport du ministre au Conseil, quatrième partie).

Pratiques sanctionnées

Le tableau suivant présente les pratiques sanctionnées par le Conseil en 2004, en fonction d'une typologie communément admise : abus de position dominante, ententes (soumissions concertées, obstacles à l'accès au marché, répartition de marché, ententes de prix) et non-respect d'injonction. C'est la première fois que les abus de position dominante représentent une catégorie presque aussi importante que les ententes. C'est également la première fois que le Conseil sanctionne des abus de dépendance économique. 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 12 : Nature des pratiques sanctionnées

Catégories	Nombre de pratiques
Abus de position dominante	11
Abus de dépendance économique	2
Ententes	15
– soumissions concertées	7
– obstacle à l'accès au marché	2
– répartition de marché	1
– ententes de prix	5
Non-respect d'injonction	2

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 13 : Secteurs économiques les plus sanctionnés

Secteurs économiques	Montant des sanctions (en M€)
Postes et télécommunications	40
Industries alimentaires	5
Commerce de gros et intermédiaires du commerce	1

Bilan des recours contre les décisions du Conseil de la concurrence

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).

Taux de recours

En 2004, 22 décisions du Conseil ont fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel, sur un total de 81 décisions rendues (décisions « *D* » et mesures conservatoires « *MC* »), ce qui représente un taux de recours de 27 %. Ce taux est en ligne avec celui des années précédentes, comme le montre le tableau ci-dessous.

Tableau 14 : Taux de recours

	2004	2003	2002	2001
Nombre de recours	22	19	27	19
Nombre de décisions total (D+MC)	81	76	87	91
Taux de recours	27 %	25 %	31 %	21 %

Bilan qualitatif

Les arrêts consécutifs aux recours formés contre des décisions 2004 ne sont pas encore tous connus à la date de rédaction du présent rapport (3 mai 2005), certains recours étant toujours pendants devant la cour d'appel.

Un bilan qualitatif sur les trois années précédentes montre cependant que les décisions du Conseil de la concurrence sont dans leur grande majorité confirmées par la cour d'appel de Paris.

Tableau 15 : Suivi qualitatif des recours

	2004 [1]	2003	2002	2001
Nombre de recours introduits	**22**	**19**	**27**	**19**
Nombre de décisions confirmées	**12**	**17**	**19**	**13**
– arrêts de rejet et désistements	8	16	18	13
– réformation partielle/confirmation du fond	4 [2]	1 [3]	1 [4]	0
Réformation (partielle ou totale)	**3**	**1**	**6**	**3**
Annulation (totale ou partielle)	**1**	**1**	**2**	**3**
Total recours examinés	**16**	**19**	**27**	**19**
Affaires pendantes	6	0	0	0
% décisions confirmées/total recours examinés	75 %	89 %	70 %	68 %

1. Chiffres provisoires (6 affaires pendantes au 3 mai 2005).
2. Décisions 04-D-07, 04-D-18, 04-D-39 et 04-MC-02.
3. Décision 03-MC-02.
4. Décision 02-MC-04.

Des tableaux récapitulatifs détaillés comprenant les références des décisions frappées de recours et celles des arrêts correspondants sont disponibles en fin d'ouvrage pour les années 2001, 2002 et 2003. En ce qui concerne l'année 2004, le tableau proposé (en fin d'ouvrage également) mentionne les références de toutes les décisions 2004 ayant fait l'objet d'un recours et indique les références des arrêts déjà connus à la date de bouclage du présent rapport. Ce document sera complété dans le rapport de l'année suivante.

Les sanctions « *ex post* »

Sur 19 décisions de sanctions prononcées par le Conseil en 2003, 8 ont fait l'objet d'un recours.

Sur ces 8 recours, 2 seulement ont abouti à une réformation dans le sens d'une réduction du montant des sanctions. Le montant total des sanctions 2003 passe donc de 88,5 millions d'euros à 60,9 millions d'euros, cette diminution étant essentiellement imputable à l'annulation de la décision relative à l'affaire des carburants (03-D-17) (27 millions d'euros).

Tableau 16 : Les sanctions 2003 après passage en cour d'appel

N° de la décision	Sanctions Conseil	Sanctions après passage en cour d'appel	Arrêt cour d'appel
03-D-01	4 385 000	4 385 000	pas d'appel
03-D-07	138 724	138 724	18/11/03-rejet
03-D-09	600 000	600 000	pas d'appel
03-D-10	1 189 500	1 189 500	pas d'appel
03-D-12	**2 177 400**	**1 602 400**	**25/11/2003-réformation partielle**
03-D-15	7 000	7 000	pas d'appel
03-D-17	**27 000 000**	**0**	**09/12/03-annulation**
03-D-29	303 000	303 000	pas d'appel
03-D-35	7 800 000	7 800 000	30/03/04-rejet
03-D-36	20 000	20 000	pas d'appel
03-D-40	255 000	255 000	pas d'appel
03-D-43	40 000 000	40 000 000	06/04/04-rejet
03-D-45	3 870 100	3 870 100	21/09/04-rejet
03-D-46	363 371	363 371	30/03/04-rejet
03-D-47	68 000	68 000	pas d'appel
03-D-54	68 000	68 000	pas d'appel
03-D-55	110 000	110 000	pas d'appel
03-D-61	160 000	160 000	pas d'appel
03-D-68	20 000	20 000	29/06/04-rejet
Total	**88 535 095**	**60 960 095**	

Organisation et fonctionnement

L'actualité du collège

Plusieurs changements importants ont marqué la vie du collège en 2004 et ont conduit à un profond renouvellement de sa composition.

Mme Marie-Dominique Hagelsteen, dont les fonctions de présidente ont pris fin le 29 juillet 2004 après six ans à la tête de l'institution, n'a pas souhaité demander le renouvellement de son mandat et, par décret du 26 juillet 2004, M. Bruno Lasserre, conseiller d'État et précédemment membre du collège, a été nommé président.

Mme Micheline Pasturel, dont le mandat de vice-présidente a pris fin à la même date, a été remplacée par Mme Françoise Aubert, conseiller à la Cour de cassation, doyenne de la chambre commerciale et également précédemment membre du collège (décret du 7 septembre 2004).

Enfin, M. Frédéric Jenny, vice-président, a été nommé conseiller à la Cour de cassation en service extraordinaire à compter du 1er septembre et a été remplacé par Mme Anne Perrot, professeur d'université, précédemment membre du collège (décret du 29 septembre 2004).

En tant que membres du collège, M. Bruno Lasserre et Mme Françoise Aubert ont été remplacés respectivement par M. Edmond Honorat, conseiller d'État (décret du 26 juillet 2004) et par Mme Pierrette Pinot, conseiller à la Cour de cassation (décret du 7 septembre 2004). Enfin, Mme Anne Perrot a été remplacée, comme membre du collège, par M. Emmanuel Combe, professeur à l'université de Paris I (décret du 14 février 2005).

Au total, six postes sur dix-sept ont été renouvelés parmi lesquels trois postes sur quatre de président et vice-présidents.

Les effectifs

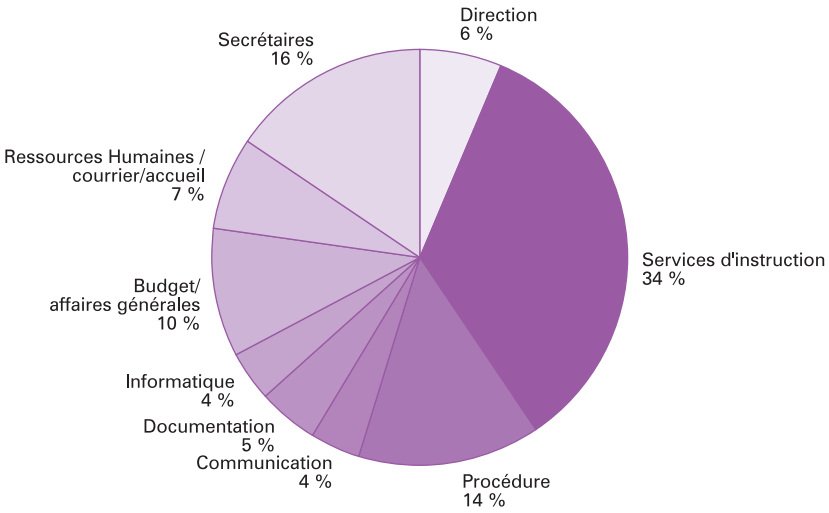
La répartition des effectifs

Le graphique de la page suivante, qui présente la répartition des effectifs par grandes fonctions au 1er décembre 2004, met en évidence la part prépondérante des effectifs dont l'activité est rattachée à l'instruction des dossiers : services d'instruction *stricto sensu*, c'est-à-dire rapporteurs et assistants, mais aussi service de la procédure, soit un total de 48 %. Il faut également tenir compte des secrétaires qui sont directement rattachées aux rapporteurs qui représentent environ la moitié du nombre de secrétaires. Au total, plus de 50 % des effectifs sont affectés à l'instruction des dossiers.

Mouvement de rapporteurs

En 2004, comme les années précédentes, les services d'instruction du Conseil ont connu d'importants mouvements de personnel mais, à la différence des années précédentes, le nombre des arrivées (seize rapporteurs) est nettement supérieur à celui des départs (dix rapporteurs).

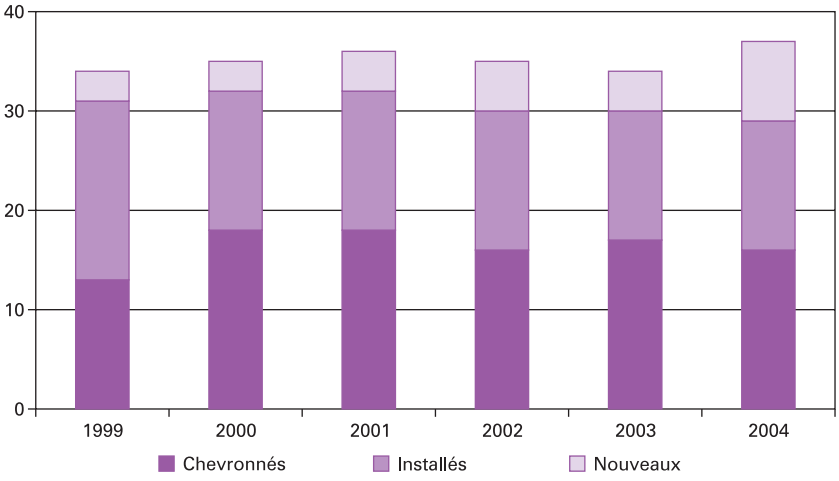
Répartition des effectifs *(voir commentaire page précédente)*



Les recrutements effectués ont permis d'assurer la diversité et la complémentarité des compétences, de plus en plus nécessaires pour répondre à la variété des dossiers contentieux et des demandes d'avis soumis au Conseil. C'est ainsi qu'ont été recrutés plusieurs économistes, des spécialistes du droit communautaire et un ingénieur en télécommunications.

Le graphique suivant 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* ».

Tableau 17 : Équivalent temps plein en rapporteurs



En 2004, la force de travail s'est nettement améliorée grâce à l'arrivée de nouveaux rapporteurs. Autre signe encourageant, la part des rapporteurs « *chevronnés* » et « *installés* » s'est quasiment stabilisée par rapport aux deux années antérieures (29 en 2004 contre 30 en 2002 et 2003), même si elle reste encore inférieure à celle des années 2000 et 2001 (32). Mais 2004, compte tenu des recrutements effectués, devrait être la dernière année d'érosion de cet indicateur et la part des rapporteurs d'expérience devrait remonter en 2005.

Budget

Dans le contexte de rigueur budgétaire qui a caractérisé l'année 2004, le budget du Conseil est resté quasiment stable, passant globalement de 8,6 à 8,5 millions d'euros. Cette stabilité s'est retrouvée dans chacune des deux composantes du budget, c'est-à-dire les crédits de fonctionnement, qui se sont élevés à 2,6 millions d'euros et les crédits de personnel, d'un montant de 5,9 millions d'euros.

■ Avis et décisions les plus notables

Ce chapitre a pour vocation de résumer de façon synthétique les décisions et avis qui ont marqué l'année.

Principaux avis rendus en 2004

Avis 04-A-04 du 29 janvier 2004, relatif à une demande de la Fédération nationale des taxis indépendants concernant la réglementation de l'activité des taxis

Saisi par la Fédération nationale des taxis indépendants, le Conseil de la concurrence a rendu un avis sur les obstacles à la concurrence que pourraient constituer certains aspects de la législation régissant l'activité des chauffeurs de taxis.

En se substituant aux règles usuelles de la concurrence, la réglementation doit viser le même but : l'adaptation de l'offre à la juste satisfaction de la demande

Sans remettre en cause l'analyse donnée dans son avis 87-A-01 du 18 mars 1987 relatif à la réglementation des courses de taxi, dans lequel il a considéré que l'industrie du taxi « *constitue un service d'intérêt collectif utilisant la voie publique* », le Conseil a rappelé qu'il convenait d'examiner plus généralement les moyens d'améliorer les services rendus par la profession dans le sens de l'intérêt des consommateurs.

Il a notamment constaté, que faute de coordination des décisions entre communes limitrophes, la réglementation conférant au maire une compétence de principe pour la délivrance des autorisations de stationnement, conduit à un cloisonnement géographique des secteurs d'intervention des taxis et à une restriction de l'offre. En effet, si le stationnement d'un taxi peut être limité au territoire de la commune qui en a délivré l'autorisation, sa circulation s'opérera nécessairement sur un plus grand nombre de communes, limitrophes ou périphériques. Le périmètre communal ne constitue donc pas une zone économique pertinente pour le fonctionnement d'un service de taxis.

Le Conseil a également rappelé qu'en se substituant aux règles usuelles de la concurrence, la réglementation doit cependant viser le même but : l'adaptation de l'offre à la juste satisfaction de la demande. En l'espèce, cet objectif global recouvre plusieurs composantes :
– adapter, en volume, l'offre de taxis à la demande sur des zones géographiques économiquement pertinentes ;
– unifier les règles de prises en charge pour éviter la circulation des taxis à vide ;
– assurer la répartition harmonieuse des taxis à l'intérieur de ces zones et durant les diverses périodes de la journée, de façon à ne pas pénaliser une partie de la demande.

Les voies d'amélioration du système

Le Conseil a indiqué plusieurs instruments de régulation qui pourraient être simultanément utilisés pour atteindre cet objectif :
– le découpage de zones économiquement pertinentes de coopération entre communes pour la mise en place de services communs de taxis. Ces zones sont, de fait, déjà souvent observables : ville-centre et communes périphériques, territoire d'un central d'appel radio, zone de desserte d'un aéroport, etc. Cette reconnaissance pourrait être efficacement pilotée par l'autorité préfectorale ;
– la révision du *numerus clausus* dans certaines communes : dès lors qu'est définie la zone géographique sur laquelle l'exploitation économique d'un taxi est pertinente, la gestion du *numerus clausus* n'a de sens que globalement pour la zone et non commune par commune pour les communes de la zone. L'évolution du nombre des autorisations ne peut être opérée sans une vérification périodique de la satisfaction réelle des habitants de la zone quant à leur service de taxi.

Le Conseil a signalé, à cet égard, que l'évolution des prix sur le marché secondaire des licences est également un bon indicateur du degré de tension pouvant exister entre l'offre et la demande sur le marché du service de taxis. Dans les zones où les prix sont très élevés par rapport aux moyennes nationales, les pouvoirs publics ne devraient pas hésiter à augmenter sensiblement le nombre des taxis en activité.

Il a également préconisé une gestion coordonnée des autorisations pour le stationnement, la circulation et les règles de prise en charge, de tarif d'approche et de retour des taxis des différentes communes, au sein de zones pertinentes.

Par ailleurs, le Conseil a indiqué que la structure tarifaire offre un moyen efficace pour corriger certaines imperfections, couramment observées et dues au manque ou à l'excès de l'offre de taxis en certains lieux ou à certaines heures. D'une manière générale, il convient de tenir compte de la concentration des taxis sur certaines zones de prise en charge et pour certaines courses, pour ajuster les tarifs et permettre à une partie de l'offre de se consacrer à des zones géographiques alternatives dans des conditions économiques viables. Cette utilisation de la souplesse tarifaire paraît plus rationnelle que le maintien d'un cloisonnement géographique inadapté et de restrictions à la prise en charge des clients, pour obtenir un service effectif des zones périphériques.

La nécessité de mener des études statistiques concernant la demande ainsi que des enquêtes qualitatives régulières auprès des usagers

Le Conseil a enfin estimé qu'il ne sera pas possible de procéder à ces adaptations sans mieux connaître l'activité réelle des taxis (aussi bien sur le plan quantitatif que qualitatif), et la nature de la demande (y compris la demande potentielle non servie). Il a, à cet égard, déploré que le projet de mise en place d'indicateurs statistiques d'activité des taxis, lancé en 2000 par la Direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, n'ait pas abouti. Il a vivement encouragé la reprise de ce travail, qui devrait être complété par des enquêtes de satisfaction auprès des usagers.

Avis 04-A-09 du 28 mai 2004 relatif à un projet de décret sur la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives

Saisi par le ministre de l'Économie d'une demande d'avis sur un projet de décret relatif à la commercialisation des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions sportives, le Conseil a émis un avis globalement favorable au texte qui lui a été soumis.

L'exclusivité conférée aux ligues professionnelles pour la commercialisation des droits sportifs peut se justifier d'un point de vue économique

Le Conseil a considéré que l'exclusivité attribuée aux ligues pour la commercialisation des droits de retransmission en direct des manifestations sportives n'est pas contraire aux règles de concurrence dans la mesure où elle est justifiée par la nature des compétitions sportives et par le progrès économique résultant d'une commercialisation centralisée de ces droits.

Il a notamment estimé que cette centralisation est un facteur d'amélioration de la production et de la distribution des droits audiovisuels relatifs aux compétitions organisées par les ligues et qu'elle procure un avantage économique incontestable, tant aux opérateurs médias qu'aux clubs et aux téléspectateurs, du fait de la qualité des produits qu'elle permet d'obtenir et du financement équilibré des clubs qu'elle assure.

Les clubs doivent cependant pouvoir commercialiser les droits audiovisuels inexploités

- **Les droits non commercialisés par les ligues**

Le Conseil a relevé que l'existence de droits inexploités, non offerts aux clubs souhaitant les commercialiser, peut poser des problèmes de concurrence dans la mesure où ce gel pourrait résulter d'une entente entre la ligue et certains clubs ou constituer une utilisation abusive par la ligue de ses droits exclusifs ayant pour objet de limiter ou de contrôler la production et la commercialisation des droits audiovisuels. Si le choix de ne pas vendre certains droits du direct est fait par les ligues (par exemple pour ne pas dévaloriser les droits déjà commercialisés), ce choix peut limiter de manière excessive les possibilités pour les clubs de faire diffuser les matchs auxquels ils participent, notamment par des chaînes locales. C'est pourquoi le Conseil a recommandé d'inclure dans le décret la possibilité pour les clubs de commercialiser les droits non vendus par les ligues.

Le Conseil a noté que le projet de décret, en ce qu'il autorise la commercialisation par les clubs de tous les droits relatifs au « *différé* », constitue un progrès dans le sens d'une plus large ouverture des marchés.

- **Les droits non utilisés par les diffuseurs**

Le Conseil a estimé que l'existence de droits acquis par les chaînes mais non utilisés constituerait une atteinte à la concurrence d'autant plus vive qu'un opérateur dominant pourrait avoir acquis de nombreux droits en exclusivité et, par cette pratique, assécher l'offre de programmes sportifs pour faire monter les prix payés par les consommateurs ou s'entendre avec la ligue ou les clubs pour ne diffuser que les matchs de certains clubs.

La loi du 16 juillet 1984 prévoit que, si la diffusion en direct d'extraits significatifs de la manifestation ou de la compétition sportive n'est pas assurée par le service cessionnaire, un autre service de communication peut en assurer la diffusion partielle ou intégrale. Le décret d'application de cette loi n'ayant toujours pas été pris au jour de la publication de l'avis, le Conseil a souligné l'intérêt qu'il y aurait à élaborer ce texte, d'une part, pour préciser les conditions dans lesquelles ces droits reviendraient aux clubs pour les matchs disputés par eux et, d'autre part, pour fixer les modalités de la diffusion par un autre service de communication audiovisuelle.

L'attribution de tous les lots à un seul opérateur, mieux-disant sur chacun d'eux, ne saurait constituer en soi une pratique prohibée

Comme l'a énoncé le Conseil dans sa décision 03-MC-01 du 23 janvier 2003, l'attribution exclusive d'un bien à une entreprise dominante peut avoir des effets restrictifs de concurrence. Tel peut être le cas, en particulier, des droits audiovisuels de certaines manifestations sportives, comme celles de football, compte tenu de l'engouement qu'elles suscitent dans le public, dont la possession peut conduire à l'éviction de concurrents sur les marchés avals de la publicité et du marketing liés à ces événements ou de la diffusion télévisuelle en accès libre ou payant.

Sur ce point, le projet de décret prévoit explicitement que « *la ligue doit rejeter les propositions d'offres globales ou couplées ainsi que celles assorties de compléments de prix* » mais il autorise implicitement l'acquisition de tous les lots par un seul opérateur, dès lors que cet opérateur est le mieux-disant sur chacun des lots.

Le Conseil n'a pas eu d'objection à cette solution et n'a pas estimé opportun d'ajouter dans le décret une disposition qui préjugerait du résultat final de l'appel d'offres, en exigeant, par exemple, que les lots soient attribués à, au moins, deux opérateurs. Une telle obligation, qui aurait pour effet d'instaurer un élément de prévisibilité des résultats de la vente, pourrait avoir des effets négatifs pour la concurrence et la valorisation des lots. Sous réserve d'une appréciation *in concreto* du déroulement loyal de l'appel d'offres dans le cadre d'une saisine contentieuse, l'attribution de tous les lots à un seul opérateur mieux-disant sur chacun d'eux, ne saurait donc constituer, à elle seule, une pratique prohibée.

Au total, même s'il n'a pas exclu que l'attribution de tous les lots à un opérateur qui serait en position dominante, puisse avoir des effets sur certains marchés de services audiovisuels, le Conseil a estimé que la limitation de la durée des contrats à trois ans, est propre à atténuer les risques d'élimination d'entreprises dont l'équilibre économique dépendrait de l'acquisition d'au moins une partie de ces droits audiovisuels sportifs. En toute hypothèse, il a précisé qu'il appartient à ces entreprises d'apprécier l'ensemble des risques économiques attachés au gain ou à la perte de chaque lot pour établir leurs propositions, comme il appartient aux ligues professionnelles de prévoir éventuellement, dans le cadre général posé par le décret, des dispositifs qui seraient de nature à éviter l'attribution de tous les lots à un seul opérateur sans remettre en cause la maximisation de leurs recettes.

Avis 04-A-15 du 28 juillet 2004 relatif à la convention-type « Département innovant »

Saisi par l'Autorité de régulation des télécommunications (ART), le Conseil de la concurrence a examiné la convention-type « *Département innovant* » élaborée par France Télécom dont l'objet est d'établir un partenariat entre France Télécom et un département pour développer sur son territoire une couverture internet haut débit par la technologie ADSL.

La saisine de l'ART

La loi n° 2004-575 sur l'économie numérique, entrée en vigueur le 21 juin 2004, a ajouté au Code des collectivités territoriales un article (L. 1425-1) qui donne aux collectivités territoriales une nouvelle compétence pour créer, exploiter ou mettre à la disposition d'opérateurs des réseaux publics locaux de télécommunications et pour fournir des services aux utilisateurs finaux. Dès janvier 2004, France Télécom a lancé son projet de convention de « *Département innovant* » en direction des collectivités locales, afin de leur proposer un partenariat visant notamment à déterminer leurs besoins. Cette convention prend l'aspect d'une simple déclaration d'intention des parties signataires, dans laquelle France Télécom rappelle le calendrier de mise en

place de l'ADSL dans ses répartiteurs et les efforts supplémentaires qu'elle pourrait envisager et le département énonce ses priorités pour l'équipement ADSL de son territoire.

Un certain nombre de présidents de conseils généraux ont alors demandé à l'ART une analyse juridique de cette convention. Devant l'ampleur prise par cette opération (50 départements avaient déjà signé une telle convention en avril 2004), l'ART a sollicité à son tour l'avis du Conseil de la concurrence au regard du droit de la concurrence, de celui applicable aux collectivités territoriales et du Code des marchés publics.

Le Conseil a émis un certain nombre de réserves

Le Conseil de la concurrence a souligné au préalable que, compte tenu du refus de France Télécom de lui communiquer des conventions déjà signées, il a été amené à se prononcer uniquement sur la base d'un document type, lequel n'a qu'une simple valeur indicative pour l'établissement de conventions individuelles avec les départements. Les observations du Conseil de la concurrence ont été articulées autour de trois axes :
– la convention-type contient des dispositions contradictoires : son préambule proclame que la mise en œuvre du partenariat ne conférera aucune exclusivité ni privilège en matière d'informations, de promotion et d'aides financières en faveur de France Télécom, alors que d'autres dispositions de la même convention paraissent en contradiction avec ces principes ;
– un partenariat « *Département innovant* » peut avoir des conséquences sur le jeu local de la concurrence, dans la mesure où les informations sur la demande locale, collectées par France Télécom dans le cadre d'une telle convention, peuvent lui procurer un avantage concurrentiel lorsqu'il s'agira de satisfaire cette demande ;
– l'égalité d'accès des candidats à la commande publique doit être préservée. Dans la mesure où un département signataire d'une convention « *Département innovant* » pourra être amené à lancer ultérieurement un appel d'offres pour la réalisation de certaines infrastructures ou la prestation de certains services, le Conseil a estimé que la convention était susceptible de poser problème en ce qui concerne l'égalité d'accès aux informations sur le besoin local, la façon dont pourra être défini le cahier des charges et enfin les conditions d'octroi d'éventuelles subventions de la part de la collectivité.

Les recommandations du Conseil de la concurrence

Compte tenu des ambiguïtés relevées dans la convention, lesquelles conduisent à des incertitudes quant aux modalités de sa mise en œuvre, le Conseil a suggéré plusieurs recommandations afin de prendre en compte, d'une part, la situation de position dominante de France Télécom sur la boucle locale, dont l'accès est indispensable pour commercialiser des raccordements haut débit ADSL, et d'autre part, le fait que les informations sur la demande locale sont obtenues par l'intermédiaire d'une collectivité publique.

Il a d'abord estimé que *« l'ensemble des informations relatives à la demande locale fournies par les conseils généraux et recueillies dans le cadre du partenariat devrait être exclu de l'engagement de confidentialité prévu à l'article 13 ».* Il a ensuite noté que *« le caractère public et accessible de ces*

informations dans le même délai que celui réservé à France Télécom devrait être assuré pour les autres opérateurs ». Il a enfin considéré que *« la délimitation du champ d'attribution d'éventuelles subventions publiques à France Télécom justifie un renvoi explicite aux règles posées en la matière à l'article L. 1425-1 du Code des collectivités territoriales* ».

Par ailleurs, le Conseil a appelé « *l'attention des collectivités sur les conséquences juridiques de la signature d'une convention de partenariat avec France Télécom suivie, dans un second temps, du lancement d'un appel d'offres en matière de télécommunications locales. Les informations obtenues par France Télécom ne devront pas conduire à une rupture d'égalité entre les candidats à la commande publique, ni mettre cette entreprise en situation d'abuser de sa position dominante au sens de l'article 82 du traité CE ou de l'article L. 420-2 du Code de commerce* ».

Avis 04-A-16 du 28 juillet 2004 relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB

Le contexte de l'avis

Cet avis a été rendu à la demande du ministre de l'Économie en application des dispositions des articles L. 430-1 à L. 430-7 du Code de commerce, relatifs au contrôle des opérations de concentration.

Il faisait suite à l'annulation par le Conseil d'État (arrêt du 6 février 2004) d'une décision du 5 juillet 2002, par laquelle le ministre de l'Économie avait autorisé l'acquisition par le groupe SEB d'une partie des actifs du groupe Moulinex. Le ministre avait, dans cette décision, considéré que l'opération permettait au groupe SEB de renforcer la position dominante qu'il occupait sur neuf des marchés du petit électroménager, mais qu'en tout état de cause, le groupe Moulinex était voué à disparaître et que cette disparition aurait renforcé la position de SEB sur ces marchés, non moins que l'opération de concentration elle-même. Le Conseil de la concurrence avait rendu sur cette opération un avis en date du 15 mai 2002 dans lequel il avait exposé que l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés. Le Conseil d'État a jugé que l'analyse qui soutenait l'application que le ministre avait faite de l'exception de l'entreprise défaillante [3] était erronée. Il a notamment estimé qu'il n'était pas établi qu'en cas de liquidation, la marque Moulinex n'aurait pas été reprise par des concurrents du groupe SEB.

Il faut également rappeler que l'opération avait dans un premier temps, été notifiée à la Commission européenne, le 13 novembre 2001, et avait fait l'objet, le 8 janvier 2002, d'un renvoi partiel à l'État français (au titre de l'article 9, paragraphe 2, point a, du règlement concentration), aux fins de l'examen des effets de l'opération sur les marchés nationaux. Par une autre décision du même jour, la Commission s'était également prononcée sur les conséquences de l'opération pour les 14 autres marchés européens affectés et avait notamment demandé des engagements dans neuf pays, consistant en l'octroi par SEB

3. Cf. rapport 2002, p. 122.

d'une licence exclusive de fabrication des produits de la marque Moulinex pendant cinq ans. Or, cette décision a fait l'objet d'une annulation partielle par le TPICE (arrêt « *Babyliss* » du 3 avril 2003), le Tribunal considérant que la Commission n'avait pas appliqué, sur les marchés où elle n'avait pas exigé d'engagements, le raisonnement qu'elle indiquait avoir suivi sur les autres marchés géographiques examinés. La Commission européenne a donc repris l'analyse de ces cinq marchés et a, au terme d'un examen de seconde phase, autorisé l'opération sans condition (décision du 11 novembre 2003).

Une analyse a posteriori des effets constatés d'une concentration

Dans l'arrêt du 6 février 2004, le Conseil d'État a précisé que les effets de l'opération sur la concurrence devaient être réexaminés, au vu de la situation constatée à la date de sa décision. En conséquence, contrairement aux cas les plus fréquents dans lesquels les opérations de concentration font l'objet de la part des autorités de la concurrence d'un examen « *a priori* », les effets de la concentration réalisée en 2001 ont été analysés sur la base de constatations objectives et quantifiées faites sur les marchés concernés pendant une période s'étendant jusqu'aux premiers mois de l'année 2004, notamment en ce qui concerne l'évolution des parts de marché, des prix et le comportement des concurrents et des distributeurs. Treize marchés du secteur du petit électroménager ont été analysés : friteuses électriques, grille-pains, cafetières électriques, machines expresso, bouilloires, fours posables, barbecues et grils électriques, cuiseurs vapeur, appareils à sandwiches et à gaufres, préparateurs culinaires, appareils pour repas informels (raclette, pierrades, etc.), fers à vapeur et centrales vapeur.

Le Conseil a ainsi constaté que, sur l'ensemble des marchés concernés, les parts du nouveau groupe en 2003 étaient sensiblement inférieures au cumul des parts de marché du groupe SEB et du groupe Moulinex en 2000. Ce recul est essentiellement imputable à la chute des parts de marché des produits Moulinex, qui ont disparu des rayons pour plusieurs raisons. D'une part, les difficultés du groupe et sa reprise par SEB ont conduit les distributeurs à remplacer les produits de la marque Moulinex par d'autres marques dès la fin de l'année 2001. D'autre part, le groupe SEB a arrêté la production des produits les moins compétitifs, particulièrement dans le bas de gamme, voire de certaines gammes dans leur totalité (fours compacts Moulinex, barbecues Moulinex, fers Krups, cuiseurs à riz Moulinex). Les parts de marché perdues par la marque Moulinex ont été redistribuées entre les autres marques du nouveau groupe, les grandes marques concurrentes, les produits à marque distributeurs et les produits « *sans marque* ».

Les principaux concurrents du groupe SEB (Philips, De Longhi, Babyliss) soutenaient que les pertes de parts de marché des produits de la marque Moulinex n'étaient que temporaires et seraient rapidement récupérées. Suivant l'analyse faite par la Commission européenne dans sa décision du 11 novembre 2003, le Conseil a toutefois estimé que les parts de marché perdues – au profit d'autres marques notoires ou du fait que la fabrication de certains produits, devenue non rentable, ait dû être arrêtée – ne pourraient être récupérées qu'au prix d'investissements dans des produits innovants ou des campagnes de publicité. Les gains de parts de marché seraient alors imputables aux mérites propres du groupe et non à l'opération de 2001.

Le Conseil s'est également appuyé sur les évolutions de prix relevées sur les marchés concernés en 2002 et 2003. En dépit des problèmes de lecture de ces observations liés à leur caractère très globalisant et au rythme rapide des lancements de nouveaux produits sur ces marchés, il n'a pas relevé d'évolutions qui auraient indiqué que l'opération aurait eu pour effet de renforcer le pouvoir de marché du nouveau groupe.

Le rôle des importations à bas prix et de la grande distribution

Par ailleurs, le Conseil a noté que certaines des évolutions constatées sur ces marchés confirmaient l'analyse qu'il avait faite dans son précédent avis du 15 mai 2002. Il avait alors notamment estimé que les concurrents du groupe SEB sur les marchés du petit électroménager (Philips, Gillette-Braun, De Longhi/Kenwood, Bosch/Siemens) étaient de grands groupes d'envergure internationale, de taille et/ou de réputation au moins équivalente à celle du groupe SEB/Moulinex, et qu'ils étaient en mesure d'exercer une pression concurrentielle effective sur la nouvelle entité. De fait, ces groupes ont également bénéficié de la disparition des rayons de nombreux produits de marque Moulinex. Le Conseil a noté que les évolutions constatées illustraient le rôle moteur joué sur ces marchés par l'innovation, les positions des différents producteurs ayant été sensiblement bouleversées sur quelques marchés par l'apparition de nouveaux produits.

De même, les données analysées par le Conseil confirment la pénétration accrue de ces marchés par des produits d'entrée de gamme, en provenance de pays à moindres coûts de fabrication, qu'il s'agisse des marques de distributeurs (MDD) ou de produits « *sans marque* ». La présence des produits *« sans marque »*, particulièrement sur les linéaires du *hard-discount*, qui exerce une forte pression sur les prix de vente au détail du petit électroménager, est cependant plus forte pour les produits à faible contenu technologique (bouilloires, grille-pains, cafetières filtres) que pour les produits plus sophistiqués, comme les robots ou les machines expressos, pour lesquels les impératifs de sécurité limitent la compression des coûts de fabrication.

Enfin, les éléments recueillis auprès des distributeurs ont confirmé que la détention par le groupe SEB d'un portefeuille de six marques notoires et sa présence sur l'ensemble des gammes du petit électroménager n'avaient pas été de nature à contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution et à contraindre l'accès aux linéaires des concurrents. Il n'est pas apparu que les conditions commerciales consenties par SEB/Moulinex à la grande distribution auraient été modifiées ou renégociées en sa faveur à la suite de l'opération. De plus, l'évolution du nombre de références recensées sur les linéaires de la grande distribution montre que la présence du groupe SEB ne s'est pas accrue aux dépens des autres fabricants.

Sur la base de ces considérations, le Conseil de la concurrence a été d'avis que la concentration résultant du plan de reprise partielle d'actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB arrêté par le tribunal de commerce de Nanterre n'a pas été et n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés. Le ministre de l'Économie a repris cette analyse dans une lettre du 16 août 2004 autorisant la concentration.

Avis 04-A-17 du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques

Le Conseil a rendu à l'ART un premier avis dans le cadre de la procédure de consultation prévue par l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques, dans sa rédaction issue de la loi relative aux communications électroniques et aux services de communication audiovisuelle du 3 juin 2004 : « *L'Autorité de régulation des télécommunications détermine, au regard notamment des obstacles au développement d'une concurrence effective, et après avis du Conseil de la concurrence, les marchés du secteur des communications électroniques pertinents, en vue de l'application des articles L. 38, L. 38-1 et L. 38-2. Après avoir analysé l'état et l'évolution prévisible de la concurrence sur ces marchés, l'autorité établit, après avis du Conseil de la concurrence, la liste des opérateurs réputés exercer une influence significative sur chacun de ces marchés, au sens des dispositions de l'alinéa suivant.* »

Cette loi assure notamment la transposition en droit national d'un ensemble de six directives communautaires adoptées le 7 mars 2002, portant réforme de la réglementation applicable au secteur des télécommunications et qui se sont substituées au cadre réglementaire qui avait été adopté au début des années quatre-vingt-dix. Le nouveau cadre doit permettre de prendre en compte les avancées déjà réalisées dans le processus d'ouverture à la concurrence du secteur concerné, en allégeant les dispositifs réglementaires contraignant *a priori* le libre jeu de la concurrence. Le système d'autorisation de l'activité des opérateurs et fournisseurs de télécommunications et d'homologation ministérielle préalable des tarifs de détail de l'opérateur historique, mis en place par la loi de 1996 est donc abrogé et remplacé par un système d'obligations conditionnelles. De même, sont substituées à la notion d'opérateurs « *exerçant une influence significative sur un marché* » – parce que dépassant un seuil en part de marché sur des marchés limitativement énumérés par les textes communautaires – les notions de « *marché pertinent* » et d'« *opérateur en position dominante* ». Les opérateurs « *dans une position équivalente à une position dominante* » pourront se voir imposer des obligations sur les marchés sur lesquels subsistent des obstacles au développement d'une concurrence effective.

Cette première consultation portait sur la délimitation des marchés pertinents et sur les situations de dominance sur le marché de gros de la terminaison d'appel vocal sur les réseaux mobiles en France.

Le Conseil a constaté que le fonctionnement de ce marché, qui s'est construit sur les déséquilibres tarifaires nés du système de « *bill and keep* » (les opérateurs mobiles ne se facturent pas entre eux les terminaisons sur leurs réseaux), a généré des solutions techniques inefficaces destinées à contourner la facturation des terminaisons d'appel « *fixe vers mobile* » (les « *hérissons* »), n'a pas permis un développement suffisant de la concurrence au bénéfice du consommateur. De plus, ni la disparition prochaine du système de « *bill and keep* », ni l'essor prévisible des opérateurs mobiles virtuels (MVNO) ne lui sont apparus comme susceptibles de créer à eux seuls une

pression concurrentielle efficace sur le niveau des charges de terminaison d'appel à l'horizon 2007, terme de l'analyse sur laquelle portait l'avis du Conseil.

Dans ces conditions, le Conseil s'est déclaré favorable au passage des opérateurs alternatifs vers l'interconnexion directe. Pour que cette migration – qui implique des investissements importants et de nombreuses négociations avec les opérateurs mobiles – puisse se dérouler sans heurt, il a admis qu'il est nécessaire de mettre en place une phase transitoire de réorientation du marché, durant laquelle les outils de la régulation *ex ante* apparaissent mieux adaptés à sa gestion, que ceux de la régulation *ex post*.

Le Conseil de la concurrence a estimé qu'une telle régulation peut s'appliquer aux trois opérateurs mobiles (Orange, SFR et Bouygues Télécom) qui exercent chacun une influence significative sur leur marché de gros respectif de terminaison d'appels en métropole. Elle doit être limitée dans le temps et recourir à des outils strictement proportionnés à la nature des obstacles identifiés dans l'analyse concurrentielle du marché.

De la même manière, le Conseil sera amené à se prononcer à la demande de l'ART sur les 17 autres marchés « *potentiellement régulables* » prédéfinis par la Commission européenne.

Avis 04-A-18 du 18 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Union fédérale des consommateurs (UFC-Que Choisir) relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée

Le Conseil de la concurrence a été saisi par l'Union fédérale des consommateurs (UFC-Que Choisir) d'une demande d'avis relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée. Cette association de consommateurs souhaitait notamment savoir si le développement des *marges arrière* peut avoir pour effet de limiter le libre jeu de la concurrence par les prix, et ce au détriment des consommateurs.

À titre d'observation liminaire, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'une commission d'experts a été désignée à l'été 2004 par le Gouvernement. Cette commission, présidée par M. Guy Canivet, était « *chargée de faire le bilan de la législation existante et de proposer les mesures appropriées pour faciliter les relations entre les fournisseurs et les distributeurs* [...] ». Pour ce faire, elle a pris en compte des intérêts publics plus larges que ceux qui relèvent de la compétence du Conseil de la concurrence. Aussi le Conseil a-t-il souligné que son avis ne se substituait en aucune manière au travail effectué par cette commission mais permettait d'apporter l'éclairage particulier, sur le sujet, de l'autorité de concurrence qui souhaite contribuer utilement au débat engagé.

La définition actuelle du seuil de revente à perte revêt un caractère conventionnel et ne correspond pas à un seuil économique

Le Conseil a rappelé que depuis quelques années, un accroissement des *marges arrière* et une réduction simultanée des *marges avant* sont constatés,

cette évolution n'étant pas justifiée par un essor équivalent des prestations de service rendues au titre de la coopération commerciale. Ce phénomène est le reflet de la puissance d'achat des distributeurs face à leurs fournisseurs, résultant de la forte concentration du marché de la distribution, elle-même renforcée par l'existence d'une législation visant à limiter l'installation de nouvelles grandes surfaces. Par ailleurs, les observations des pouvoirs publics et des associations de consommateurs font le constat convergent, sur la même période, d'une hausse des prix de vente au consommateur des produits de grande consommation.

Le Conseil a indiqué également qu'il avait pu constater, au travers de son activité contentieuse, que le développement excessif des *marges arrière* présente un risque de développement de certaines pratiques anticoncurrentielles, notamment l'imposition d'un prix de revente minimal, la collusion entre deux marques concurrentes ou, au contraire, l'éviction de concurrents par une entreprise en position dominante qui sature les linéaires. Ces comportements, en limitant la concurrence intramarque ou intermarque, favorisent la hausse des prix.

Le Conseil a précisé également que si la loi Galland n'est pas la cause unique des dérives constatées et si les dispositions de la loi sur l'équipement commercial les ont sans doute facilitées, il apparaît néanmoins que l'instauration d'un seuil de revente à perte, tel qu'il est défini par la loi Galland, entraîne une distinction artificielle entre deux types de marges : les marges pouvant faire baisser le prix de vente au consommateur et celles qui ne le peuvent pas. La règle fixée pour distinguer entre ces deux types de marges a été choisie en raison de la simplicité de sa constatation juridique mais n'a aucune justification économique. Ainsi, la définition actuelle du seuil de revente à perte revêt un caractère conventionnel qui, n'étant pas fondé sur une réalité économique, non seulement l'empêche de jouer véritablement son rôle mais surtout facilite de possibles comportements anticoncurrentiels.

Interrogé également par l'UFC-Que Choisir sur l'appréciation, au regard du droit de la concurrence, d'un accord ayant pour objet de fixer les *marges arrière*, le Conseil a rappelé que, lorsqu'il est consulté en demande d'avis, il ne peut se prononcer que sur des questions de concurrence d'ordre général et doit se garder de toute appréciation qui pourrait préjuger d'une décision au contentieux.

En réponse à la question formulée par l'UFC-Que Choisir, le Conseil a observé qu'il n'a jamais eu, jusqu'à présent, à examiner un accord dont l'objet exclusif serait de « *fixer le niveau des marges arrière* ». S'il avait à le faire, sous réserve d'un examen au cas par cas de l'objet et de l'effet d'un tel accord, il considérerait *a priori* que l'accord, en ce qu'il fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché, entre dans le champ d'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce. La présence d'associations de consommateurs ou la participation des pouvoirs publics à un tel accord est sans influence sur le caractère licite de la réunion même si l'accord est intervenu à la demande des pouvoirs publics ou si les termes de l'accord sont destinés à être intégrés ultérieurement à une législation ou à une réglementation.

Pour qu'un tel accord – en ce qu'il apparaîtrait comme limitant le libre jeu de la concurrence – bénéficie des dispositions de l'article L. 420-4-I, 2° du Code

de commerce ou de l'article 81 § 3 du traité CE au titre de la contribution au progrès économique, il devrait être entre autres démontré par ses auteurs, que la baisse des prix éventuellement obtenue résulte directement de cet accord.

Décisions contentieuses notables

Décision 04-D-07 du 11 mars 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne

Le Conseil a été saisi, en janvier 2002, par le ministre de l'Économie, de pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne. La saisine dénonçait des pratiques d'entente sur le prix de la baguette de 250 g entre les membres de cette profession et leur organisation professionnelle, durant la période qui a précédé le passage à l'euro.

La fixation par la Fédération départementale de la boulangerie et Boulangerie Pâtisserie de la Marne, de consignes d'augmentation du prix de la baguette

Les éléments du dossier et l'instruction ont mis en évidence que, lors de l'assemblée générale annuelle de la Fédération départementale du 23 avril 2001, le président avait clairement recommandé à ses adhérents d'appliquer une hausse forfaitaire et uniforme sur le prix de la baguette, mettant en avant l'augmentation à venir des charges liées à la réduction du temps de travail et le passage à l'euro.

Il a notamment fait valoir que la période du passage à l'euro (à compter du 1er janvier 2002) ferait l'objet d'une vigilance toute particulière de la part des pouvoirs publics en matière de stabilité des prix. Expliquant qu'il serait, dans ces conditions, très difficile de procéder à des hausses pour couvrir les coûts supplémentaires engendrés par l'entrée en vigueur des 35 heures, il a insisté sur la nécessité d'anticiper la situation en procédant, dès le second semestre 2001, à un réajustement à la hausse du prix de la baguette pour le fixer à 4,90 francs (soit 0,75 euro).

Des consignes largement appliquées par les boulangers du département

Ces consignes de prix ont été activement relayées par l'action des délégués syndicaux (entretiens téléphoniques, visites) auprès de l'ensemble de la profession du département, notamment auprès des boulangers adhérents absents le jour de l'assemblée générale mais également auprès des boulangers non adhérents.

Les relevés de prix effectués en octobre 2001 par les services d'enquête de la DGCCRF sur un échantillon de 36 boulangers du département, montrent que la hausse préconisée a été suivie d'effet puisque près de 73 % des boulangers de l'échantillon ont strictement suivi les consignes en fixant le prix de la baguette à 4,90 francs. Cette augmentation a représenté pour la grande majorité d'entre eux, une hausse de 30 centimes de francs et est

généralement entrée en vigueur lors de la réouverture des magasins après les congés annuels d'été.

Des pratiques particulièrement graves ayant justifié le prononcé des sanctions

Le Conseil a estimé que ces pratiques étaient d'autant plus graves qu'elles ont eu pour effet de restreindre la concurrence sur le marché du produit le plus vendu dans les boulangeries. À cet égard, le Conseil de la concurrence relève que, consommé dans 94 % des familles françaises, le pain fait partie des repas quotidiens de 62 % des ménages, les Français mangeant en moyenne 160 grammes de pain par jour et par personne.

Par ailleurs, le Conseil a souligné qu'il était inadmissible qu'une organisation professionnelle, à qui la loi confie la mission de défendre les intérêts d'une profession, limite de manière délibérée la concurrence par les prix entre ses membres. En préconisant un prix uniforme de la baguette, la Fédération est en effet sortie de son rôle de défense de la profession et s'est livrée à une pratique dont l'objet était de faire obstacle au libre jeu du marché, chaque entreprise de boulangerie étant incitée à fixer le prix de la baguette selon le montant suggéré par la Fédération, au lieu de déterminer son prix librement et de façon autonome, en tenant compte de critères objectifs.

Le Conseil de la concurrence a fixé les sanctions en considération de la situation individuelle de chaque boulangerie et notamment en fonction du chiffre d'affaires et du nombre de baguettes annuellement vendues.

Il a ainsi infligé à la Fédération une amende de 15 000 €, et à 26 boulangers des amendes s'échelonnant de 300 à 5 700 €. Il a par ailleurs ordonné la publication du dispositif de la décision dans le journal régional « *l'Union* », aux frais de la Fédération et a transmis le dossier au procureur de la République du TGI de Châlons-en-Champagne pour d'éventuelles poursuites pénales.

Décision 04-D-10 du 1er avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC Ciné-Cité mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma

Le Conseil de la concurrence a rappelé dans cette décision les principes régissant l'analyse des prix prédateurs, et par extension, celle de la pratique de prix abusivement bas. Il en a fait une application, s'agissant de la carte de cinéma « *UGC illimité* », dans une affaire pour laquelle la forme de l'abonnement rend la détermination des coûts plus délicate.

La plainte contre UGC

Le Conseil avait été saisi de la mise en place, à compter du 29 mars 2000, d'une carte d'abonnement annuel « *UGC illimité* » par la société UGC Ciné-Cité, filiale du premier groupe européen d'exploitation cinématographique et considérée comme puissante dans le secteur du cinéma. Cette carte se distingue des systèmes d'abonnement proposés jusque-là, en ce qu'elle

dissocie l'acte individuel d'achat d'abonnement de l'acte de consommation constitué par l'accès à une salle.

Les saisissants soutenaient que la formule d'abonnement illimité, telle que proposée par la société UGC Ciné-Cité, considérée comme dominante sur le secteur de l'exploitation des salles de cinéma, conduisait à la pratique d'un prix prédateur, prohibé par l'article L. 420-2 du Code de commerce ou, à tout le moins, d'un prix abusivement bas au sens de l'article L. 420-5 du même code.

Le raisonnement du Conseil de la concurrence

• L'absence d'une stratégie de prédation ou d'un effet d'éviction

Le Conseil a rappelé qu'une pratique de prédation s'inscrit dans une perspective temporelle comportant plusieurs phases : elle consiste à pratiquer des prix bas pendant un temps suffisamment long pour évincer (ou discipliner) les concurrents, dans le but de récupérer les pertes subies en pratiquant des prix élevés, une fois les concurrents sortis du marché.

Pour qu'une telle stratégie ait une chance d'être profitable, il faut :
– d'une part, que les concurrents ne puissent pas résister trop longtemps aux prix bas et décident de sortir assez vite du marché ;
– d'autre part, qu'il existe des barrières à l'entrée substantielles, de manière à ce que les prix élevés pratiqués dans le futur n'induisent pas le retour des concurrents évincés ou l'entrée de nouveaux opérateurs.

Ces conditions n'étaient pas réunies en l'espèce : le Conseil a tout d'abord relevé que les concurrents d'UGC disposant de réseaux comparables ont pu réagir rapidement en commercialisant des cartes de même type. Il a ensuite noté qu'UGC avait proposé aux exploitants indépendants soit de vendre la carte, soit de l'accepter à leurs guichets, ceci sans clause d'exclusivité, et que les établissements ayant passé de tels accords ont connu une progression sensible de leurs entrées. Le Conseil a enfin pris en compte l'évolution de la législation qui, en soumettant les formules d'abonnement à la condition d'ouverture à certains concurrents situés dans la même zone de chalandise, avait pour objet de prévenir les effets d'éviction et dissuadait une pratique de prédation. Le Conseil en a conclu que la commercialisation de cartes d'abonnement illimité ne traduisait pas l'existence « *d'un plan destiné à éliminer un concurrent* ».

Le Conseil n'a pas constaté d'effet d'éviction, les éléments du dossier n'établissant pas que le nombre d'entrées réalisées par la carte illimitée correspondait à une perte d'entrées pour les salles indépendantes, le dispositif d'abonnement ayant en partie créé sa propre demande à travers une augmentation de la fréquentation globale des titulaires des cartes.

• Le tarif non prédateur de la carte « UGC illimité »

Les principes du raisonnement tarifaire

S'agissant des prix et des coûts à prendre en compte, le Conseil de la concurrence a rappelé la position qu'il avait prise dans sa décision n° 00-MC-13 du 25 juillet 2000 relative à la carte « *UGC illimité* », selon laquelle l'appréciation du prix d'une offre de prestation de services à caractère illimité au regard du critère matériel du prix prédateur doit s'opérer non en fonction d'un *quantum*

de consommation virtuellement illimité mais en fonction de la consommation effective moyenne (constatée *ex post* ou évaluée à partir des comportements connus des consommateurs) des clients ayant accepté cette offre, c'est-à-dire en l'espèce l'ensemble des titulaires des cartes d'abonnement illimité.

Les coûts pris en compte

Parmi les coûts d'exploitation d'une salle de cinéma, les coûts fixes, indépendants du nombre d'entrées, ne devaient pas être pris en compte, car le raisonnement tendant à démontrer la prédation se base sur l'examen des coûts variables, qui varient en fonction du nombre d'entrées réalisées. Pour les ventes de places à l'unité, ces coûts sont proportionnels à la valeur faciale du billet. Mais le paiement par le spectateur d'un abonnement pour un nombre non défini de séances remet en cause ce mécanisme.

Sur la base d'un prix de référence du billet fixé par le Centre national de la cinématographie (CNC) à 33 F et jugé raisonnable par les acteurs du secteur, le Conseil a considéré, que tant que le prix du billet vendu par l'intermédiaire d'un abonnement illimité était supérieur à 20 F, les coûts variables étaient couverts.

Les prix de référence

Le Conseil a estimé que le « *prix moyen* » d'une entrée en salle achetée par le système de l'abonnement illimité était égal au prix de l'abonnement annuel divisé par la moyenne des consommations annuelles des titulaires de carte. Pour déterminer ce prix, le Conseil s'est appuyé sur les éléments statistiques concordants du rapport d'enquête de la DGCCRF et d'une étude du CNC et a retenu une fréquentation moyenne de 46 entrées/an, soit environ 0,9 entrée par carte et par semaine.

Sur la période étudiée, pour une fréquentation de 46 entrées par abonnement, le prix moyen de la place a varié, en fonction de la variation du prix annuel de l'abonnement, entre 25,60 F et 32,50 F. Ces prix étaient très sensiblement supérieurs au total des coûts variables par billet, égal au plus à 20 F. Dans tous les cas, la marge sur coûts variables dégagée par l'abonnement était de l'ordre de 25 % à 50 %, et donc largement positive.

Le Conseil en a conclu que la prédation n'était pas établie ; la pratique de prix abusivement bas ne l'était ainsi pas non plus.

Décision 04-D-13 du 8 avril 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des caves et des producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée

Saisi par le ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, en décembre 2000, le Conseil de la concurrence a sanctionné la Société des caves et des producteurs réunis de Roquefort (Groupe Société) pour avoir conclu entre 1995 et 1998, avec plusieurs des principales enseignes de la grande distribution, des accords commerciaux conduisant à un approvisionnement exclusif ou quasi exclusif de ces enseignes auprès du groupe Société, en contrepartie de remises globales sur le chiffre d'affaires facturé.

La position dominante du groupe Société sur le marché du roquefort

Le Conseil de la concurrence a constaté que, sur le marché du roquefort, le groupe Société se trouvait en position dominante avec 70 % de parts de marché en 1997. Le groupe Société était le premier producteur de fromages de brebis en France et possède les marques « *Roquefort Société* », « *Rigal* », « *Maria Grimal* », « *Baragnaudes* », « *Templiers* ». Les ventes réalisées par ce groupe en grande et moyenne surface (GMS) sont largement majoritaires et représentaient, en 1997, 85 % de ses ventes totales de roquefort.

Des accords d'exclusivité négociés avec les grandes enseignes de la distribution dans le but d'évincer les concurrents

Les éléments au dossier et l'instruction ont mis en évidence que la Société des caves et des producteurs réunis de Roquefort avait passé, entre 1995 et 1998, avec les distributeurs Promodes, Carrefour, Casino, Comptoirs modernes (enseigne STOC), les centrales d'achat Systeme U et Francap, ainsi que la centrale de référencement Loceda (enseignes Cora, Match, Catteau et Coop d'Alsace), des accords commerciaux visant à obtenir ou à renforcer un approvisionnement exclusif pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins en roquefort.

Ces accords consistaient, notamment, à accorder des remises globales sur le chiffre d'affaires, soit pour obtenir une exclusivité d'approvisionnement, soit pour obtenir le référencement d'une gamme de produits du groupe Société dont l'étendue conduisait à saturer le plan d'assortiment des distributeurs et aboutissait ainsi à une exclusivité de fait. Ces pratiques commerciales ont provoqué l'éviction de certains concurrents tels que Alric (roquefort Papillon) et Coulet, déréférencés en 1997 et 1998, par certains distributeurs, au profit du groupe Société.

Pour qualifier ces pratiques et les sanctionner, le Conseil de la concurrence a considéré que les linéaires des grandes surfaces constituaient une ressource rare dont l'accès fait l'objet d'une forte compétition entre producteurs et que toute pratique qui restreint de manière illicite la concurrence sur ces linéaires, prive le consommateur final de la possibilité d'accéder aux produits qui n'y ont pas trouvé leur place.

Le fait d'être en position dominante sur un marché n'est pas en soi anticoncurrentiel. En revanche, les pratiques commerciales consistant, pour une entreprise en position dominante, à accorder aux acheteurs des rabais fidélisants, afin de restreindre leur possibilité de choisir leurs fournisseurs et les inciter à s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins, exclusivement auprès d'elle, sont anticoncurrentielles.

Des pratiques graves justifiant des sanctions élevées

Les pratiques de la Société des caves sont particulièrement graves du fait de leur durée (quatre ans) et de par leur objet, manifestement anticoncurrentiel, puisqu'elles visaient à empêcher ou à restreindre l'accès de concurrents à la distribution en grande et moyenne surface – notamment en libre service – circuit principal de commercialisation du roquefort depuis 1994. Elles sont d'autant plus répréhensibles qu'elles émanent d'une société en position

dominante bénéficiant de fortes barrières à l'entrée, notamment du fait de la réglementation liée à l'appellation d'origine contrôlée (A.O.C.).

Une sanction de 5 millions d'euros a été infligée à la Société des caves et des producteurs réunis de Roquefort, filiale du Groupe Société, lui-même détenu par le groupe Lactalis.

Décision 04-D-32 du 8 juillet 2004, relative à la saisine de la société More group France contre les pratiques du groupe Decaux

Saisi par la société More group France, le Conseil de la concurrence a sanctionné le groupe Decaux pour abus de position dominante et lui a infligé une sanction de 700 000 euros.

Le marché de la fourniture de mobilier urbain aux collectivités

Les collectivités publiques ont besoin d'installer des équipements afin d'assurer la protection des usagers de transports en commun contre les intempéries et d'afficher de l'information municipale et locale. À cette fin, elles font appel à des entreprises qui installent et entretiennent ces équipements, le plus souvent gratuitement. En contrepartie, ces entreprises obtiennent l'autorisation d'exploiter à titre exclusif une partie des surfaces offertes par le mobilier à des fins publicitaires. Les principaux mobiliers publicitaires sont les abribus et les panneaux d'information permettant l'affichage de publicités et d'informations non publicitaires (plans de ville, manifestations culturelles, etc.).

À l'époque des faits reprochés (1998), le groupe Decaux détenait près de 80 % de ce marché avec une forte implantation sur l'ensemble du territoire national et une présence dans la quasi-totalité des grandes villes (96 % des agglomérations de plus de 100 000 habitants). Les 20 % restants étaient détenus par les sociétés Sirrocco, Adshel (détenue par la société More group France) et Dauphin mobilier urbain.

Les faits reprochés

La société More group France se plaignait du fait, qu'après avoir obtenu en juillet 1997, suite à un appel d'offres public, le marché de fourniture de mobilier urbain publicitaire de la ville de Rennes, précédemment exploité par la société JC Decaux, le groupe Decaux avait abusé de sa position dominante sur le marché de la fourniture de mobilier urbain en l'empêchant de valoriser commercialement le marché qu'elle venait de remporter.

Les éléments au dossier et l'instruction ont en effet montré que le groupe Decaux avait mis en œuvre un certain nombre de pratiques dilatoires dont l'objet était, d'une part, de retarder le changement effectif de prestataire sur la ville de Rennes et, d'autre part, à plus long terme, de décourager les collectivités locales d'envisager l'attribution du marché à un autre prestataire que lui, lors du renouvellement des contrats d'exploitation de mobiliers urbains arrivant à échéance et de dissuader ses concurrents de répondre aux appels d'offres lancés par ces collectivités.

Il a plus particulièrement été reproché à Decaux d'avoir :
– contesté indûment les dates d'échéance des contrats de mobilier urbain conclus avec la ville de Rennes et réclamé à ce titre des indemnités importantes ;
– agité la menace d'un démontage total et immédiat des 577 abribus de la ville en plein hiver (solution défavorable au bien-être des administrés de la ville) pour obtenir le démontage tardif de ses autres matériels, notamment ses panneaux publicitaires en grand format ;
– refusé de coopérer avec le nouveau titulaire pour faciliter la coordination du remplacement des abribus et refusé de remettre en état les sols après la dépose du matériel ;
– maintenu son mobilier et en avoir poursuivi l'exploitation commerciale au-delà de l'échéance du contrat, retardant de plusieurs mois la possibilité pour la société More group France d'en percevoir les recettes correspondantes ;
– offert à titre gracieux, à un certain nombre de grands annonceurs, l'affichage de campagnes publicitaires à Rennes en grand format, venant en cela entraver les débuts de commercialisation par la société More group France des espaces publicitaires sur le mobilier urbain de la ville ;
– mis en place des tarifs discriminatoires, uniquement sur la ville de Rennes, pour dissuader les annonceurs de traiter avec son concurrent More group France.

Gravité des pratiques

Compte tenu de la situation de quasi-monopole de Decaux dans les villes comparables à Rennes, le Conseil a considéré que ces pratiques avaient eu un caractère exemplaire, de nature à dissuader les autres collectivités locales de changer à leur tour de fournisseur, en leur signalant qu'il n'est pas sans risque de rompre avec le groupe Decaux.

Le Conseil a par ailleurs relevé que le comportement d'obstruction du groupe Decaux sur la ville de Rennes avait également pour but de signifier à ses concurrents qu'il ne suffit pas de se montrer plus méritant lors d'un appel d'offres pour pouvoir effectivement exploiter commercialement le marché conquis.

Ce comportement a contribué à ce que le groupe Decaux maintienne sa position quasi monopolistique sur le marché national du mobilier urbain publicitaire.

Décision 04-D-54 du 9 novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur internet et des baladeurs numériques

Saisi en juin 2004 d'une plainte de la société VirginMega à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer France et d'une demande de mesure conservatoire, le Conseil a considéré qu'en l'état actuel du dossier, il n'y avait pas d'éléments suffisamment probants de l'existence de pratiques contraires au droit de la concurrence.

Il a par conséquent rejeté la saisine ainsi que la demande de mesure conservatoire qui lui était associée.

La plainte de VirginMega

VirginMega, filiale du groupe Lagardère, propose une plate-forme de téléchargement de musique sur internet.

Les consommateurs qui téléchargent des titres musicaux sur la plate-forme VirginMega ne peuvent les transférer directement sur les baladeurs numériques *iPod*, fabriqués et commercialisés par Apple. Cette impossibilité de transfert direct provient de l'incompatibilité entre les dispositifs de gestion des droits numériques (Digital Rights Manager ou DRM) utilisés par la plate-forme VirginMega et les baladeurs *iPod*.

VirginMega utilise en effet le DRM de Microsoft alors que l'*iPod* n'est compatible qu'avec le DRM propriétaire d'Apple, *FairPlay*. VirginMega a demandé à Apple une licence de manière à pouvoir intégrer à sa plate-forme le DRM *FairPlay*, moyennant le paiement d'une redevance mais s'est vu opposer un refus.

VirginMega estime que l'accès au DRM *FairPlay* est indispensable à l'exercice de l'activité d'opérateur de musique en ligne, que *FairPlay* est une ressource essentielle et que le refus d'accès de la part d'un opérateur dominant sur le marché connexe des baladeurs numériques sécurisés à disque dur constitue un abus.

Le caractère indispensable de l'accès au DRM FairPlay d'Apple n'est pas établi

Le Conseil de la concurrence, sans méconnaître les inconvénients, pour les consommateurs, liés à l'absence de compatibilité entre logiciels et matériels, a relevé que des situations de ce type sont récurrentes dans les secteurs liés aux technologies de l'information, où les innovations se succèdent à un rythme élevé. Ces ajustements des marchés aux innovations ne révèlent pas nécessairement des atteintes au droit de la concurrence.

Il a rappelé que, pour qu'un abus de domination puisse être caractérisé, selon la jurisprudence, sur le fondement d'un refus d'accès à une ressource essentielle, il faut notamment que l'accès à celle-ci soit indispensable. Or, en l'espèce, le caractère indispensable de l'accès au DRM d'Apple n'apparaissait pas établi pour trois raisons :
– le transfert sur baladeur ne constitue qu'un usage minoritaire parmi les usages actuels de la musique téléchargée : l'écoute sur l'ordinateur, le stockage et la gestion de la musique sur l'ordinateur (notamment création de compilations personnelles et la gravure de CD) sont majoritaires aujourd'hui, loin devant le transfert sur baladeur numérique ;
– il existe une solution de contournement simple, peu coûteuse et très courante, en cas d'incompatibilité des DRM : la gravure sur CD ;
– de nombreux baladeurs numériques, avec et sans disque dur, sécurisés avec le DRM de Microsoft et compatibles avec la plate-forme VirginMega sont apparus récemment en France.

Un risque d'élimination de la concurrence très réduit compte tenu du fort dynamisme du marché

Le Conseil de la concurrence a constaté que le marché du téléchargement de musique en ligne est en plein essor et que la concurrence sur le marché est

très dynamique, tant en France que dans les autres pays européens et aux États-Unis.

En France, la concurrence entre les six acteurs présents est déjà très intense, notamment au niveau des prix, les marges étant extrêmement réduites (de l'ordre de quelques centimes d'euro par titre). Deux opérateurs majeurs entrent aujourd'hui sur le marché (Sony Connect et Fnacmusic) et il existe de nombreux concurrents potentiels.

Le lien de causalité entre la position éventuellement dominante d'Apple sur le marché des baladeurs à disque dur et la situation de la concurrence sur le marché du téléchargement n'est pas établi

Le Conseil a souligné que de multiples modèles de baladeurs, avec ou sans disque dur, intégrant le DRM de Microsoft et compatibles avec la plate-forme VirginMega, apparaissent sur le marché français.

Au surplus, les baladeurs à disque dur ne représentent pas la majorité des ventes de baladeurs numériques. Ils sont et resteront longtemps dominés par les baladeurs *flash*, qui peuvent également intégrer le DRM de Microsoft (plusieurs modèles sécurisés sont déjà disponibles en France).

Le rejet de la saisine au fond et de la demande de mesure conservatoire

Pour ces raisons, le Conseil a considéré qu'en l'état actuel du dossier, il ne pouvait utilement poursuivre une instruction tendant à démontrer l'existence d'un refus d'accès abusif à une facilité essentielle.

Il a rappelé toutefois qu'un rejet pour défaut d'éléments suffisamment probants ne faisait pas obstacle à ce que les entreprises du secteur, dans le cas où elles disposeraient d'éléments nouveaux provenant de l'observation ultérieure du marché, puissent à nouveau saisir utilement le Conseil.

Décision 04-D-65 du 30 novembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial

Les pratiques en cause

Saisi par le ministre de l'Économie, le Conseil de la concurrence avait rendu, le 10 avril 2001, un avis dans lequel il attirait l'attention de La Poste sur le caractère anticoncurrentiel de certaines remises contenues dans ses contrats commerciaux destinés aux « *grands comptes* ».

Le 1er juillet 2002, estimant que La Poste n'avait pas pris en compte l'intégralité de ses préconisations, le Conseil de la concurrence s'est saisi d'office de la situation de ces contrats. Il a rendu, le 30 novembre 2004, une décision de fond sur ce dossier.

Dans cette décision, il constate que si La Poste a modifié une partie de ses contrats commerciaux dès le 1er janvier 2002, le secteur de la vente par correspondance (VPC), qui représente un volume très important d'activité, a continué de bénéficier de remises de couplage et de remises de fidélité jusqu'au 1er janvier 2003. Conformément à la jurisprudence, il qualifie ces

pratiques d'abus de position dominante, prohibés par le droit national et européen de la concurrence.

Depuis l'entrée en vigueur de la loi NRE (16 mai 2001), le Conseil de la concurrence peut, en fonction des engagements pris pour l'avenir par une entreprise à laquelle des griefs ont été notifiés et qui ne conteste pas leur réalité, réduire la sanction encourue : c'est la procédure dite de « *transaction* », prévue au II de l'article L. 464-2 du Code de commerce [4], qui a été appliquée en l'espèce à La Poste.

La Poste n'ayant pas souhaité contester les griefs qui lui avaient été notifiés, le Conseil a pris acte de ses engagements pour l'avenir et, en contrepartie, a décidé de lui accorder une réduction de 90 % de la sanction encourue.

Des engagements substantiels, crédibles et vérifiables de la part de La Poste

La Poste a souscrit les engagements suivants :
– pour les produits sous monopole, ne pas pratiquer de remises qui traiteraient de façon discriminatoire des clients exerçant leur activité sur le même marché ;
– pour les produits ou services en concurrence et pour lesquels La Poste serait en position dominante, ne pas pratiquer de remises de couplage dont l'assiette serait constituée par le chiffre d'affaires additionné de deux ou plusieurs prestations appartenant à des marchés distincts, ainsi que de remises de fidélité (remises de développement) assises sur la progression du chiffre d'affaires des bénéficiaires ;
– adapter, dans les meilleurs délais et au plus tard dans un délai de douze mois, ses dispositifs commerciaux à chaque modification du périmètre de son secteur réservé, notamment pour éliminer tout risque de couplage tarifaire entre les activités en concurrence et celles du secteur réservé ;
– informer, à l'occasion de la décision prise par le Conseil, l'ensemble des responsables commerciaux et territoriaux des termes et de l'importance de ces engagements et leur rappeler périodiquement ces dispositions dans le cadre de la formation interne.

L'acceptation d'engagements : un outil à la disposition du Conseil de la concurrence

Le prononcé de sanctions et l'acceptation d'engagements pris par les entreprises sont, pour le Conseil de la concurrence, deux outils qui, s'ils ne relèvent pas des mêmes situations économiques et n'ont pas les mêmes effets, répondent au même objectif de rétablissement et de maintien pour l'avenir d'une situation normale de concurrence. Dans le premier cas, des sanctions significatives dissuadent l'entreprise d'éventuellement réitérer et, dans le second, les engagements préfigurent une modification substantielle et crédible des comportements de l'entreprise et l'abandon de ses pratiques anticoncurrentielles.

4. Devenu III de l'article L. 464-2 dans la nouvelle rédaction issue de l'ordonnance 2004-1173 du 4 novembre 2004.

Dans certaines situations de marché, les engagements pris par une entreprise en position dominante peuvent avoir, pour les règles du jeu concurrentiel, une plus grande efficacité que les sanctions, en particulier si ces engagements traduisent une modification substantielle des pratiques de cette entreprise et si les autorités de concurrence sont en mesure d'en vérifier l'application effective.

Une sanction réduite de 90 %

Le Conseil de la concurrence a considéré que les engagements pris par La Poste étaient substantiels, crédibles et vérifiables et qu'ils apportaient une modification satisfaisante des comportements qui avaient été à l'origine de sa saisine d'office du 1er juillet 2002. Il a de plus constaté que la situation du secteur de la VPC avait été régularisée dès 2003.

Il a pris acte des engagements souscrits par La Poste et lui a enjoint de les respecter en tous points. En contrepartie, il a décidé d'accorder à La Poste une réduction de 90 % de la sanction pécuniaire qu'il lui aurait normalement infligée en procédure contentieuse ordinaire. La sanction est ainsi passée de 6 M€ à 600 000 €.

Décision 04-D-79 du 23 décembre 2004, relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV)

À l'issue d'une procédure ouverte en 2001 par une plainte de la société VIIV (Vedettes inter-îles vendéennes), à l'encontre de pratiques tarifaires mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (devenue depuis la Compagnie Yeu continent), le Conseil a rendu une décision, constatant qu'il n'était pas établi que ces pratiques soient anticoncurrentielles.

Les pratiques dénoncées

La Régie départementale assure, avec deux ferries et une vedette, une liaison maritime régulière entre La Fromentine et l'île d'Yeu.

La société VIIV, qui exploite pendant la saison estivale un service de vedette rapide entre deux ports de Vendée et l'île d'Yeu, accusait la Régie départementale d'avoir fixé le prix des passages sur sa vedette « *L'Amporelle* » à des niveaux très bas, inférieurs à ses coûts de revient réels.

Elle faisait valoir le fait qu'une entreprise, chargée d'une mission de service public, qui utilise sa position dominante pour fausser le jeu de la concurrence sur un marché concurrentiel, en pratiquant des prix prédateurs, contrevenait aux dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce, qui prohibe les abus de position dominante.

Un marché saisonnier

Le Conseil a noté que la Régie était la seule à exploiter des ferries sur la liaison île d'Yeu-continent et donc à offrir le transport des véhicules et des marchandises encombrantes.

Il a également constaté qu'elle était, pendant la période hivernale, la seule à assurer le transport de voyageurs sur cette ligne, conformément à la mission de service public dont elle est chargée.

L'île d'Yeu étant une destination d'excursion recherchée en été, la Régie se trouve en revanche en période estivale (d'avril à septembre), en concurrence avec plusieurs autres compagnies qui offrent des services de transport de voyageurs en vedette rapide.

Les tarifs de l'Amporelle ne sont pas anticoncurrentiels

Pour évaluer si des tarifs sont « *prédateurs* », il faut comparer ceux-ci aux coûts de l'entreprise.

Se fondant sur la jurisprudence communautaire (COMP/35 141 – Deutsche Post), le Conseil a considéré qu'en l'espèce, les coûts à prendre en compte pour effectuer ce calcul, devaient se limiter aux seuls coûts « *incrémentaux* », c'est-à-dire ceux que la Régie ne supporterait pas si elle n'exerçait pas d'activité concurrentielle.

Le Conseil a donc considéré qu'il fallait :
– se limiter strictement aux coûts liés à l'exploitation de l'Amporelle pendant la période estivale, seule période durant laquelle la Régie exerce une activité concurrentielle ;
– exclure les coûts fixes liés à l'achat de la vedette et auxquels la Régie est de toute façon obligée de faire face pour assurer sa mission de service public, que l'Amporelle reste à quai en été ou intervienne sur le marché concurrentiel.

Il ressort finalement de ce calcul que les coûts spécifiquement générés par les traversées de la vedette rapide l'Amporelle entre les mois d'avril à septembre sont couverts par les tarifs pratiqués par la Régie. Il n'est donc pas établi que la Régie a abusé de sa position dominante et tenté d'évincer ses concurrents.

Le Conseil a précisé que cette analyse reposait uniquement sur une stricte appréciation de conformité au droit de la concurrence et ne préjugeait, ni des conditions d'efficacité économique dans lesquelles la mission de service public est exercée par la Régie (notamment le choix de la taille des navires), ni du montant de la subvention attribuée par le département en compensation de ses charges de service public, appréciation qui ne relève pas de sa compétence.

Décision 04-MC-02 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom

Le Conseil de la concurrence a été saisi, le 9 juillet 2004, d'une plainte de l'opérateur de téléphonie mobile, Bouygues Télécom Caraïbe. Ce dernier estimait que les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom abusaient de leur position dominante dans le secteur de la téléphonie mobile ou de la téléphonie fixe et mettaient en œuvre des pratiques anticoncurrentielles dans les départements de Martinique, Guadeloupe et Guyane.

Estimant que les pratiques étaient de nature à provoquer une atteinte grave et immédiate au secteur et au consommateur, le Conseil de la concurrence a prononcé des mesures conservatoires et a décidé de poursuivre l'instruction du dossier au fond.

Le marché de la téléphonie mobile dans les Caraïbes : un marché mature caractérisé par un duopole asymétrique

Sur l'ensemble des trois départements des Caraïbes, les deux opérateurs principaux sont Orange Caraïbe et Bouygues Télécom Caraïbe. Au 30 juin 2004, la part de marché d'Orange Caraïbe était de 82,5 % contre 17,4 % pour Bouygues Télécom Caraïbe.

Le Conseil a relevé que la position de marché d'Orange Caraïbe était forte, celui-ci ayant commencé la commercialisation de ses services dans les Caraïbes dès septembre 1996, soit plus de quatre ans avant Bouygues Télécom Caraïbe. Par ailleurs, il a souligné que le marché de la téléphonie mobile dans les Caraïbes pouvait être qualifié de mature, s'agissant d'un marché de renouvellement où le taux d'équipement ne progresse plus. Cette situation rend le marché particulièrement vulnérable aux pratiques d'éviction, de discrimination, de verrouillage ou de fidélisation abusive de la clientèle.

Les pratiques en cause

Dans sa saisine, Bouygues Télécom Caraïbe dénonçait un certain nombre de pratiques d'éviction de la part d'Orange Caraïbe et de France Télécom, qui se seraient traduites par un accroissement de ses difficultés financières.

• Le verrouillage du réseau de distribution par la mise en place de contrats d'exclusivité avec les distributeurs indépendants

Orange Caraïbe avait conclu avec un nombre important de distributeurs indépendants (110 points de vente) des contrats d'exclusivité les obligeant à distribuer uniquement ses produits et services, à l'exclusion de ceux de Bouygues Télécom Caraïbe, pendant toute la durée du contrat et pendant deux ans encore après la fin de celui-ci.

Compte tenu de l'étroitesse du marché géographique considéré et de la faible rotation des baux des points de vente de premier choix, le Conseil a considéré que ces restrictions à la liberté des distributeurs étaient susceptibles de donner un avantage déterminant à Orange Caraïbe en limitant l'accès de Bouygues Caraïbe au marché de la distribution. En outre, ces pratiques gênaient les consommateurs qui ne pouvaient, de façon simple, comparer, sur un même lieu de vente, les produits offerts par les deux opérateurs.

Le Conseil a estimé que les effets anticoncurrentiels de ces pratiques semblaient, en l'état de l'instruction, d'autant plus probables que l'obligation de non-concurrence était imposée par un opérateur bénéficiant d'un fort pouvoir de marché à l'encontre d'un unique concurrent de taille beaucoup plus réduite.

• L'exclusivité imposée à la société Cételec Caraïbe

Cételec Caraïbe est le seul réparateur de téléphones mobiles dans les Caraïbes qui soit agréé par les constructeurs. Le contrat qu'Orange Caraïbe avait

conclu avec cette entreprise contenait une clause d'exclusivité. Ne pouvant de ce fait utiliser les services de Cételec, Bouygues Télécom Caraïbe se trouvait dans l'obligation de renvoyer en métropole les téléphones défectueux, ce qui avait pour conséquence d'allonger le temps et de renchérir le coût des réparations. L'exclusivité accordée à Orange Caraïbe conduisait donc à renchérir artificiellement les coûts de son concurrent.

- **L'effet de club engendré par la discrimination tarifaire entre les appels *on net* et les appels *off net***

Orange Caraïbe avait mis en place une différenciation tarifaire entre les appels *on net* (appels passés à l'intérieur de son réseau) et les appels *off net* (appels émis d'un abonné Orange à destination d'un abonné Bouygues).

Cette *« surtarification »* des appels *off net* avait pour effet de donner au réseau Bouygues l'image défavorable d'un réseau cher et incitait les consommateurs pouvant coordonner leur choix (membres d'une même famille, d'un groupe, d'une entreprise...) à concentrer leurs abonnements sur un seul réseau, le plus grand des deux (en l'espèce, Orange).

C'est ce qu'on appelle « *l'effet club* ». Le Conseil a souligné à cet égard que l'impact anticoncurrentiel de « *l'effet club* » était dû, non à la taille absolue des deux réseaux en cause, mais à l'écart existant entre ces tailles, le plus grand des parcs détenant une part de marché de plus de 82 %.

- **Les pratiques de fidélisation**

Orange Caraïbe avait enfin mis en œuvre différents programmes visant à fidéliser sa clientèle : crédits de communications pour les détenteurs de cartes prépayées, bonus anniversaire, programme « *Changez de mobile* ».

Le programme « *Changez de mobile* » permettait à ses abonnés de cumuler des points de fidélité à chaque facture en fonction notamment du montant de celles-ci. L'utilisation de ces points pour acheter un nouveau portable à un tarif préférentiel était subordonnée à un réengagement de l'abonné de 24 mois auprès d'Orange Caraïbe.

Le Conseil de la concurrence a souligné que ces offres pouvaient entraîner une cristallisation des parts de marché, car elles dissuadaient la migration de la clientèle.

Le caractère grave et immédiat de l'atteinte à la situation de l'entreprise plaignante, ou à celle du secteur ou à celle des consommateurs

Le Conseil de la concurrence a considéré que la situation était de nature à empêcher l'opérateur Bouygues Caraïbe d'exercer une pression concurrentielle normale sur son concurrent Orange Caraïbe et que cet état de fait constituait une atteinte grave et immédiate à la situation de l'entreprise plaignante, et en outre au secteur et aux consommateurs.

Il a souligné, que si les pratiques de fidélisation existaient aussi en métropole, elles produisaient, dans les Caraïbes, des effets particuliers, compte tenu de la structure très spécifique de ce marché géographique où la concurrence oppose deux opérateurs dotés de parts de marché très asymétriques (82 % et 18 % respectivement).

Les mesures conservatoires prononcées

Le Conseil a enjoint à Orange Caraïbe :
– de supprimer dans tous les contrats, en cours ou à venir, conclus avec ses distributeurs indépendants les obligations d'exclusivité liant ces derniers ;
– de supprimer l'ensemble des obligations d'exclusivité qu'elle impose à Cételec Caraïbes ;
– de faire en sorte que, pour toutes les offres comportant des tarifs différents pour les communications *on net*, d'une part, et *off net*, d'autre part, l'écart entre ces tarifs *on net* et *off net* ne dépasse pas l'écart entre les coûts que Orange Caraïbe supporte pour l'acheminement de ces deux types de communications ;
– de permettre à l'ensemble de ses clients d'utiliser les points de fidélité qu'ils ont acquis ou dont ils pourraient faire l'acquisition, pour bénéficier d'une réduction de prix sur l'ensemble des produits et services qu'elle propose.

■ Activité communautaire et internationale

Europe

Un sujet d'actualité communautaire : le projet de modernisation de l'article 82 CE

Depuis plus de cinq années, la Commission européenne s'est engagée dans une *« modernisation du droit européen de la concurrence »*. Cette modernisation, qui s'est traduite notamment par une plus grande prise en compte des critères économiques dans le processus de décision, a touché toutes les branches du droit communautaire de la concurrence.

Dans un premier temps, le contrôle des ententes verticales et horizontales a été revu : de nouveaux règlements d'exemption par catégorie et des lignes directrices mettant au premier plan les notions de pouvoir de marché et de restrictions caractérisées ont été adoptés.

Une étape décisive a été marquée par l'adoption par le Conseil le 16 décembre 2002 du règlement 1/2003 relatif à la mise en œuvre des articles 81 et 82 CE.

Le contrôle des concentrations a fait lui aussi l'objet d'une profonde réforme, laquelle a conduit à une modification des critères d'examen au fond des opérations, substituant au test de domination traditionnellement utilisé par la Commission, un test plus large, celui de *« diminution substantielle de la concurrence »* plus proche de l'esprit de l'analyse économique qui doit être menée pour évaluer les effets d'une concentration sur le marché.

La modernisation est en cours également, s'agissant du contrôle des aides d'État.

Un seul volet du droit de la concurrence n'avait pas encore été touché par ce large programme de modernisation, le contrôle des abus de position

dominante. Depuis la fin de l'année 2004, à l'initiative de la Commission européenne, des groupes de travail réfléchissent aux évolutions possibles dans ce domaine.

En matière d'abus de position dominante, comme dans le domaine des concentrations, les autorités communautaires font parfois l'objet de critiques sur la mise en application des règles de concurrence jugée trop juridique ou trop mécanique et ne prenant pas suffisamment en considération les réalités économiques.

En effet, sous l'impulsion de la doctrine de certains économistes, le débat a été initié en contrôle des concentrations et a été renforcé par les annulations, par le tribunal de première instance en 2002, de trois décisions de la Commission d'interdiction de concentrations. Il s'est étendu au processus décisionnel en matière d'abus de position dominante.

Les principales critiques portent sur l'utilisation trop fréquente de règles *per se* au détriment d'une analyse prenant en compte les effets de la pratique en cause sur le marché.

Relayant les théories outre-atlantique de l'École de Chicago, certains économistes estiment qu'une condamnation pour pratique prédatrice requiert au préalable de la part des autorités de concurrence, non seulement une recherche de l'impact réel du comportement litigieux, mais également la prise en compte de la stratégie de l'entreprise auteur de la pratique.

De la même façon, s'agissant de l'appréciation des pratiques de remises de fidélité et de ventes liées, le débat porte sur la nécessité de prendre en compte les gains d'efficacité.

Enfin, de vives controverses existent autour du concept de *« concurrence par les mérites »* utilisé par le juge communautaire. Selon certains auteurs, cette notion mériterait de recevoir une définition précise afin d'assurer aux entreprises une plus grande sécurité juridique.

Ces débats sur la mise en œuvre de l'article 82 revêtent d'autant plus d'importance que, depuis le 1er mai 2004, les autorités de concurrence des 25 États membres ainsi que les juridictions sont tenues d'appliquer les dispositions *antitrust* communautaires et d'en faire une application cohérente pour les besoins de laquelle a été mis en place un réseau des autorités et des juridictions de concurrence. En outre, s'agissant des ententes et des abus de position dominante, les autorités et les juridictions ne peuvent traiter une pratique entrant dans le champ des articles 81 ou 82 CE de manière différente en application de leur droit national.

Dès lors, la Commission a considéré qu'il était utile, comme cela a été fait en matière d'entente, de réfléchir à la possibilité de déterminer des lignes directrices communes pour assurer une application convergente de l'infraction d'abus de position dominante.

Pour mener à bien cette réforme, la Commission a souhaité que plusieurs types d'acteurs mènent une réflexion de fond sur ce que devrait être une mise en œuvre de l'article 82 *« in line with sound economic thinking ».*

Dans un premier temps, elle a suscité la formation d'un groupe d'experts économistes, l'*Economic Advisory Group for Competition Policy* (EAGCP),

auquel participe le chef économiste de la DG concurrence. Ce groupe d'experts a notamment pour mission de faire le point sur les débats économiques actuels concernant l'abus de position dominante et de proposer sa vision de la manière dont il convient de traiter cette pratique.

Parallèlement, un groupe de travail comprenant des représentants des autorités de concurrence des États membres s'est constitué pour réfléchir à la possibilité d'élaborer un guide d'analyse pour l'application de l'article 82. Dans un premier temps, ce groupe est chargé d'établir un inventaire de la manière dont les autorités et les juridictions des États membres mettent en œuvre les dispositions prohibant les abus de position dominante en application de leur droit national. À partir de cet état des lieux, des approches et des tendances convergentes pourront être dégagées.

Les travaux des différents groupes de travail ont débuté il y a quelques mois. Aussi est-il encore trop tôt pour avoir une idée précise des résultats des réflexions entreprises.

Le défi est certainement de réussir à mieux concilier l'approche juridique et les concepts économiques ; cet exercice passe sans doute par la détermination de lignes directrices méthodologiques applicables par toutes les autorités saisies d'une pratique d'abus de position dominante ; des grilles de lecture par type de pratique (prédation, ventes liées, remises...) permettraient aux autorités de concurrence de disposer d'un guide d'analyse et garantiraient plus de lisibilité juridique aux entreprises qui disposent d'un pouvoir de marché.

La difficulté sera de définir le niveau de standard de preuves requis pour chacun des critères et de déterminer sur qui repose la charge de la preuve (l'entreprise ou l'autorité de concurrence) ; à cet égard, il conviendra de veiller à ce que les autorités de concurrence soient toujours à même de se prononcer sur le comportement d'une entreprise en position dominante et le cas échéant, le faire cesser dans un délai utile.

L'activité communautaire du Conseil

L'année 2004 restera certainement l'une des années les plus importantes dans l'activité communautaire du Conseil de la concurrence. En effet, cette année a été marquée par l'entrée en vigueur du règlement n° 1/2003 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité CE et plus généralement du « *paquet modernisation* » comprenant, outre le règlement précité, un règlement d'application et six communications de la Commission.

Les changements induits par l'entrée en vigueur du *paquet modernisation* sont profonds et de différentes natures. Les plus visibles résultent bien évidemment de l'évolution du cadre législatif et réglementaire français. Comme cela l'a été expliqué précédemment, les compétences du Conseil se sont élargies (il peut notamment adopter des décisions d'acceptation d'engagements ou intervenir devant les juridictions) et les règles de procédure ont été modifiées (en particulier pour assurer une meilleure protection du secret des affaires, pour allonger la durée de la prescription française et tenir compte du fonctionnement en réseau du Conseil). Mais à côté de ces évolutions

normatives, d'autres changements sont intervenus sous l'impulsion de la réforme communautaire. Moins visibles, ils n'en sont pas moins importants dans le fonctionnement du Conseil. Ces changements résultent principalement de l'appartenance du Conseil au nouveau Réseau européen de concurrence (*cf.* ci-après le « Réseau »).

Après huit mois de fonctionnement de ce Réseau, il est possible d'en dresser un premier bilan. Bien entendu, l'expérience acquise au cours de cette première période d'application varie selon les questions traitées. Ainsi, par exemple, les nouvelles compétences du Conseil de la concurrence et de la Commission leur permettant de présenter des observations écrites, voire orales, devant les juridictions nationales quand est en cause l'application des règles de concurrence, n'ont pas été mises en œuvre en 2004. En revanche, dans bien d'autres domaines, l'expérience acquise au cours de l'année écoulée s'est révélée très enrichissante. Pour dresser ce premier bilan, il est possible de distinguer les questions relatives à la coordination de celles relatives à la coopération au sein du Réseau.

La coordination au sein du Réseau

La coordination au sein du Réseau prend deux formes principales. En premier lieu, les autorités membres du Réseau s'informent mutuellement des affaires dont elles sont saisies afin de pouvoir, le cas échéant, envisager une réallocation de l'affaire si cela s'avère nécessaire. En second lieu, la Commission dispose de compétences particulières en vue de maintenir la cohérence d'ensemble du système.

• L'allocation des cas

Le règlement n° 1/2003 est fondé sur un régime de compétences parallèles en vertu duquel toutes les autorités de concurrence sont habilitées à appliquer les articles 81 ou 82 du traité et sont chargées d'opérer une division efficace du travail pour les affaires dont l'instruction est jugée nécessaire. En même temps, chaque membre du Réseau conserve toute latitude pour décider d'enquêter ou non sur une affaire. Les principes que suivent les autorités sont ceux exposés dans la communication de la Commission relative à la coopération au sein du Réseau des autorités de concurrence (JOCE C 101 du 27 avril 2004, p. 43), principes qu'elles se sont engagées à respecter en signant une déclaration commune. Ainsi, dans la plupart des cas, l'autorité qui reçoit une plainte ou entame une procédure d'office reste en charge de l'affaire. Lorsque la réattribution est jugée nécessaire pour préserver efficacement la concurrence et l'intérêt communautaire, les membres du Réseau doivent s'efforcer de réattribuer les affaires, aussi souvent que possible, à une seule autorité bien placée.

L'information du Réseau

Pour permettre aux membres du Réseau de déceler les procédures multiples et d'arrêter ensemble des modalités de traitement des affaires à la fois efficaces et rapides, un mécanisme d'information a été mis en place entre les membres du Réseau. Ce mécanisme génère de nouvelles tâches pour le Conseil de la concurrence.

En particulier, en application des dispositions de l'article 11, paragraphe 3, du règlement nº 1/2003, le Conseil de la concurrence, à l'instar des autres autorités de concurrence, y compris la Commission, doit informer les membres du Réseau par écrit avant ou sans délai après avoir initié la première mesure formelle d'enquête lorsqu'il agit en vertu de l'article 81 ou 82 du traité. D'un point de vue matériel, les membres du Réseau ont décidé que cette obligation serait satisfaite en remplissant un formulaire-type dénommé « *fiche 11 § 3* », contenant un ensemble d'informations relatives, notamment, au nom de l'autorité traitant l'affaire, au produit ou service en cause, au territoire et aux parties concernées, au type d'infraction alléguée, à sa durée supposée ou encore à l'origine du cas. Cette fiche est ensuite introduite sur le Réseau par le biais du système *ECN interactive*, site informatique sécurisé dédié aux échanges d'informations.

L'introduction d'une telle fiche sur le Réseau par le Conseil suppose, d'une part, que la condition d'applicabilité des règles de concurrence communautaires – l'affectation du commerce entre États membres – soit remplie et, d'autre part, que la fiche n'y soit pas déjà.

S'agissant de l'affectation du commerce entre États membres, il appartient aux services d'instruction de rechercher en premier lieu son existence. La réponse à cette question doit intervenir assez rapidement dans la mesure où elle conditionne l'application des mécanismes du Réseau. Si dans la plupart des cas, la réponse s'est imposée assez facilement, quelques affaires ont pu donner lieu à des débats plus importants. Cela tient principalement au fait qu'il est parfois nécessaire de vérifier que les pratiques dénoncées sont susceptibles d'affecter le commerce entre États membres, alors même qu'aucun acte d'enquête n'a été exécuté. L'année 2004 a aussi conduit le Conseil à s'interroger sur le sort de dossiers en cours. En effet, dans quelques rares dossiers, une notification des griefs avait été envoyée aux parties avant le 1er mai 2004 sur le seul fondement du droit national, alors même que les pratiques en cause pouvaient affecter le commerce intracommunautaire. Dans de telles circonstances, puisque l'application du droit communautaire est devenue une obligation (alors qu'auparavant il n'était qu'une faculté), et pour éviter que le Conseil n'ait à prononcer un sursis à statuer, les rapporteurs concernés ont en principe adressé une notification des griefs complémentaire aux parties sur le fondement du droit communautaire afin de respecter les exigences du règlement nº 1/2003 et de permettre aux parties de faire valoir leurs arguments sur ce terrain.

L'introduction d'une fiche sur le Réseau suppose encore que celle-ci n'y soit pas déjà. Cette situation particulière peut se présenter en raison du système dual existant en France. En effet, en cas de saisine ministérielle, il revient à la DGCCRF d'informer le Réseau dans la mesure où elle a effectué la première mesure formelle d'enquête. Il est intéressant d'observer que cette situation a accru la transparence entre les deux autorités nationales dans la mesure où le Conseil connaît, à l'instar des autres membres du Réseau, les enquêtes en cours de la DGCCRF, quand les pratiques examinées sont susceptibles d'affecter le commerce intracommunautaire, alors qu'il ne les connaissait pas par le passé.

Une fois ces conditions remplies, le Conseil de la concurrence peut faire connaître au Réseau l'existence d'une affaire dont il est saisi. Cette information

est transmise dans les meilleurs délais, mais le moment précis où le Conseil informe le Réseau peut varier en pratique pour tenir compte notamment du type et de l'ampleur des mesures d'investigation à mettre en œuvre.

Au plan quantitatif, entre le 1er mai et le 31 décembre 2004, 298 affaires ont été introduites sur le Réseau par l'ensemble de ses membres. À elle seule, la Commission est à l'origine d'un tiers des cas. Avec 51 affaires, dont 27 pour le Conseil de la concurrence et 24 pour la DGCCRF, les autorités de concurrence françaises sont, après la Commission, celles qui ont introduit le plus grand nombre d'affaires sur le Réseau. Le mécanisme d'information mutuelle fonctionne donc pleinement.

Les discussions sur l'allocation des cas et l'hypothèse de réallocation

Chaque membre du Réseau dispose donc, avec ce mécanisme d'information, d'une visibilité sur l'activité de ses pairs. Ce dispositif est extrêmement stimulant et utile pour les autorités. En effet, en dehors de la question de l'allocation des cas, les informations accessibles sur le Réseau peuvent intéresser les rapporteurs quand ils traitent des cas similaires. Ainsi, des échanges informels se nouent entre les membres des différentes autorités de concurrence au niveau communautaire. Ces échanges permettent non seulement à chacun de bénéficier de l'expertise de l'autre mais aussi de rapprocher les institutions entre elles, en favorisant les relations entre les individus qui les composent.

S'agissant plus spécifiquement de l'allocation des cas, les discussions et échanges entre autorités sont de différentes natures. Ils peuvent aller de la simple demande de précision sur un cas signalé sur le Réseau à la formulation expresse de la volonté de prendre une part active dans le traitement d'une affaire. À cette coordination viendront s'ajouter, le cas échéant, des actions de coopération, notamment par l'échange d'informations. L'objectif et l'intérêt de l'implication des autorités de concurrence dans ce système interactif et dynamique, en amont de la prise de décision, sont très clairs : il s'agit de mettre en commun connaissances et savoir-faire pour assurer un traitement efficace des infractions aux règles de concurrence. En pratique, le Conseil participe activement à ce mode de fonctionnement interactif des échanges. Au cours de l'année écoulée, il est intéressant d'observer que ce sont les affaires engagées suite à une demande de clémence qui ont donné lieu aux discussions les plus importantes avec les autres membres du Réseau.

– *L'allocation des cas en dehors des affaires de clémence*

Si on laisse de côté dans un premier temps les cas liés à une demande de clémence, le mécanisme d'allocation fonctionne à la fois horizontalement, entre autorités nationales de concurrence, et verticalement, entre la Commission et les autorités nationales. Force est de constater que, au cours de la période écoulée, ce sont les relations verticales qui ont été les plus nourries.

À cet égard, il est intéressant de relever, et la période récente l'illustre, que les relations verticales qui s'instaurent au sein du Réseau ne fonctionnent pas en sens unique. C'est au contraire un double mouvement, ascendant et descendant, qui caractérise les relations entre la Commission et les autorités nationales de concurrence.

Si l'on s'intéresse au « *mouvement descendant* », quatre affaires ont donné lieu à des discussions approfondies entre le Conseil et la Commission au cours de l'année écoulée. Les affaires en cause portaient spécifiquement sur le marché national. L'instruction au niveau communautaire n'était pas encore très avancée. Ces circonstances justifiaient que la Commission interroge le Conseil sur l'intérêt qu'il pourrait y avoir à lui réallouer tout ou partie de ces affaires. Après un examen de chacune de ces affaires, de leur contexte et de l'issue possible, le Conseil a, en accord avec la Commission, décidé que dans une affaire au moins il y avait un intérêt suffisant à ce qu'elle soit traitée au niveau national. En pratique, pour cette affaire, la réallocation n'interviendra qu'en 2005. Ce « *transfert* » constitue un acte de répartition interne des tâches entre les membres du Réseau qui ne donnera pas lieu à une décision formelle. Pour autant, l'affaire ayant été engagée sur le fondement d'une plainte, l'entreprise intéressée devra nécessairement être informée des suites qui lui sont réservées. Deux éléments paraissent, à cet égard, fondamentaux : d'une part, l'entreprise doit savoir quelle autorité traite effectivement sa demande et, d'autre part, le Conseil doit prévoir les modalités d'association de cette entreprise à la procédure qui s'engagera au niveau national, si elle souhaite.

Le « *mouvement ascendant* » fut quant à lui relativement limité. En effet, une seule affaire – *wanadoo* – a donné lieu à des discussions avec la Commission au sujet de son allocation. Dans cette affaire, le Conseil avait été saisi avant le 1er mai 2004. La saisine au fond, qui a été déclarée recevable, était assortie d'une demande de mesures conservatoires, qui elle, a été rejetée par le Conseil par une décision nº 04-D-17 du 11 mai 2004. Dans ces conditions, l'instruction au fond s'est poursuivie après le 1er mai 2004. Toutefois, l'affaire en cause présentait, pour différentes raisons, un intérêt communautaire particulier justifiant que le Conseil et la Commission engagent un dialogue sur son allocation. Les autorités ont ensuite décidé que la Commission était bien placée pour traiter le cas.

Ces résultats sont pleinement conformes à l'un des objectifs fondamentaux de la modernisation : la décentralisation de l'application des règles de concurrence communautaires.

S'agissant des relations horizontales, aucune affaire n'a donné lieu à réallocation au cours de l'année 2004. Pour autant, un dialogue s'est instauré avec plusieurs autres autorités nationales. Une affaire illustre particulièrement bien ce dialogue qui s'instaure entre les membres du Réseau, quand bien même il ne déboucherait pas sur une réallocation. En l'espèce, une autorité nationale de concurrence soupçonnait, à la suite de plusieurs plaintes informelles, l'existence d'une entente dont les effets devaient se produire sur le territoire d'un grand nombre d'États membres, dont le sien. Toutefois, les principaux membres de cette entente n'étaient pas présents sur son territoire. L'un d'eux se trouvait en France. Ayant seulement des effets sur son territoire, cette autorité nationale aurait eu beaucoup de difficultés pour rechercher les preuves de l'infraction et la faire cesser sur l'ensemble des territoires affectés. Dans ces conditions, l'autorité nationale en question a pris contact avec les principales autorités concernées pour essayer de dégager ensemble une ligne d'action. Ces contacts ont permis de mettre en évidence le fait que plusieurs autorités nationales disposaient, soit de plaintes informelles, soit d'indices relatifs à des

pratiques identiques. Les autorités concernées ont donc conjointement décidé des suites à réserver à cette affaire. Il est vrai que cette affaire impliquait plus de trois États membres. Pour autant, cela ne signifie pas nécessairement que la Commission doive se saisir de l'affaire. Si les autorités nationales parviennent à deux ou trois à traiter efficacement l'infraction, il n'est pas nécessaire qu'elle intervienne. Au regard des circonstances de l'espèce, il a été décidé de proposer à la Commission de se charger du cas, ce qu'elle a accepté.

– *L'allocation des cas dans les affaires de clémence*

Si l'on en vient à présent aux affaires engagées à la suite d'une demande de clémence, la période écoulée s'avère particulièrement riche d'enseignements. En effet, alors qu'avant le 1er mai 2004, les demandeurs de clémence, participant à une entente couvrant plusieurs États membres, effectuaient généralement leur demande uniquement auprès de la Commission, l'entrée en vigueur du règlement nº 1/2003 a modifié leur pratique. Dorénavant, pour s'assurer la plus grande protection, ils effectuent, concomitamment ou successivement dans des délais très brefs, des demandes auprès de l'ensemble des autorités de concurrence susceptibles de se déclarer compétentes pour traiter le cas et disposant d'un programme de clémence. Cette attitude est largement inspirée de la communication sur la coopération au sein du Réseau qui précise que, compte tenu du fait qu'une demande de clémence adressée à une autorité donnée ne saurait être considérée comme étant une demande adressée à une autre autorité de concurrence, « *le demandeur a intérêt à solliciter la clémence auprès de toutes les autorités de concurrence qui sont compétentes pour appliquer l'article 81 du traité sur le territoire affecté par l'infraction et qui peuvent être considérées comme bien placées pour agir contre l'infraction en question* » (voir le point 38). Elle s'explique aussi par au moins deux raisons. La première tient au fait que les entreprises en question ne savent pas quelle autorité traitera effectivement le cas. Elles ont donc intérêt à obtenir une immunité auprès du maximum d'autorités potentiellement concernées. La seconde résulte des échanges d'informations au sein du Réseau. Les entreprises craignent que les mécanismes assurant la confidentialité des informations échangées par les membres du Réseau ne soient pas totalement sûrs. Ces craintes sont, comme nous le verrons ultérieurement, infondées. Pour autant, elles se traduisent par un accroissement des demandes multiples, auprès de la Commission et de plusieurs autorités nationales.

Sur les cinq demandes de clémence effectuées auprès du Conseil de la concurrence entre le 1er mai et le 31 décembre 2004, toutes avaient une portée communautaire. Dans ce cadre, trois scénarios peuvent être distingués.

Tout d'abord, trois affaires ont donné lieu à des demandes auprès de la Commission et de plusieurs autorités nationales de concurrence, dont le Conseil. Toutes les autorités en question ont accordé une immunité conditionnelle au demandeur de clémence. Les demandes formulées auprès des différentes autorités par le demandeur sont en principe très similaires. Seuls les éléments de preuve apportés et les déclarations formulées sont ajustés pour tenir compte du comportement de l'entreprise et de ses effets sur le territoire de l'autorité auprès de laquelle la démarche est effectuée. Par ailleurs, dans

ces trois affaires, la Commission a décidé qu'elle était bien placée pour les traiter. Si, dans la plupart des cas, la Commission traite de l'ensemble d'une affaire, il est arrivé aussi qu'elle décide de laisser à une ou plusieurs autorités nationales, dont le Conseil, le soin d'en traiter un ou plusieurs de ses aspects en raison de ses caractéristiques particulières.

Ensuite, dans une autre affaire, si la Commission et les autorités nationales de concurrence concernées (dont le Conseil), ont toutes accordé une immunité conditionnelle au demandeur de clémence, la Commission a rapidement indiqué qu'elle ne traiterait pas le cas, et ce bien que la pratique en cause couvre plus de trois États membres. La Commission justifie le plus souvent sa position par le fait que ladite pratique ne figure pas parmi ses priorités. Dans pareilles circonstances, il revient aux autorités nationales de décider entre elles de l'allocation du cas. Jusqu'à présent, ces discussions ont toujours permis de réduire à moins de trois le nombre d'autorités agissant en parallèle. Dans l'hypothèse où ce résultat n'aurait pu être atteint, il paraîtrait logique que la Commission s'en saisisse.

Enfin, dans une dernière affaire, l'entreprise a formulé une demande d'immunité conditionnelle à la Commission et au Conseil de la concurrence. À la différence des cas précédents, seul le Conseil a accordé le bénéfice de l'immunité conditionnelle au demandeur. Il lui revient également de traiter le cas. Cette divergence entre le Conseil de la concurrence et la Commission s'explique par le fait que leurs programmes de clémence ne sont pas totalement identiques. Si le Conseil a déjà eu l'occasion d'indiquer qu'il s'inspirerait des principes posés par la Commission dans sa communication du 19 février 2002 sur l'immunité d'amendes et la réduction de leur montant dans les affaires portant sur des ententes (JOCE C 45 du 19 février 2002, p. 3), sa pratique décisionnelle récente lui a permis de définir plus précisément, dans le cadre prescrit par la loi, les conditions requises pour bénéficier d'une immunité conditionnelle. Ainsi, au fur et à mesure de l'expérience acquise, le Conseil façonne son programme de clémence. En l'espèce, la divergence entre le Conseil et la Commission portait sur le champ d'application matériel de leur programme de clémence respectif, le Conseil ayant considéré que la catégorie des ententes couvertes par le programme français était plus large que celle des ententes couvertes par le programme communautaire.

La circonstance que, depuis le 1er mai 2004, les demandes multiples sont en forte croissance, invite les autorités de concurrence à réfléchir à une évolution du système communautaire. En effet, de telles demandes entraînent un coût important non seulement pour le demandeur mais aussi pour les autorités nationales appelées à prendre position sur des demandes de clémence qu'elles n'instruiront pas au fond. S'il est bien trop tôt pour définir la forme que prendra une telle évolution – si elle intervient – il paraît en revanche essentiel d'engager une réflexion en vue d'harmoniser les différents programmes de clémence en Europe.

- **Le rôle de la Commission**

Pour maintenir la cohérence du système, le règlement nº 1/2003 a imposé des obligations aux autorités nationales. Par ailleurs, il a octroyé des pouvoirs spécifiques à la Commission.

Lorsqu'elles envisagent d'adopter une décision ordonnant la cessation d'une infraction, acceptant des engagements ou retirant le bénéfice d'un règlement d'exemption par catégorie, les autorités des États doivent, en application de l'article 11, paragraphe 4, du règlement nº 1/2003, informer la Commission au plus tard trente jours avant son adoption. Par ailleurs, pour les autres types de décisions, c'est-à-dire les décisions de rejet de plainte, de non-lieu (au sens du droit français), et les décisions ordonnant des mesures conservatoires, les autorités membres du Réseau peuvent aussi s'informer mutuellement, si l'affaire revêt de l'importance du point de vue de la politique communautaire de concurrence. Cet échange trouve notamment son fondement dans l'article 11, paragraphe 5, du règlement nº 1/2003.

En pratique, à l'instar de la « *fiche 11 § 3* » rédigée en début de procédure, cette obligation est satisfaite en introduisant sur le Réseau un formulaire standard appelé « *fiche 11 § 4* » ou « *fiche 11 § 5* », résumant l'affaire et l'issue envisagée. Par ailleurs, les autorités doivent communiquer à la Commission le projet de décision ou, en l'absence de celui-ci, tout autre document exposant l'orientation envisagée. Compte tenu du caractère hautement confidentiel de ce document, l'information de la Commission s'opère au moyen d'un système crypté et sécurisé, qui ne peut être utilisé que par une personne habilitée au sein de chaque autorité.

Par rapport à bon nombre d'autres autorités nationales de concurrence, le Conseil de la concurrence se distingue par son organisation, fondée sur une séparation entre les services d'instruction et la formation de jugement. Par ailleurs, il n'existe pas au Conseil de « *projet de décision* » au sens du règlement nº 1/2003. Dans ces conditions, le Conseil informe en principe la Commission trente jours avant la date de la séance en lui adressant, outre le formulaire standard, une note établie par le rapporteur faisant état de sa position finale sur l'affaire en question. Si cette note n'existe pas, ce qui a pu être le cas pour les premières affaires, ou si la Commission les demande, la notification des griefs et le rapport peuvent également lui être adressés.

Au cours de l'année écoulée, le Conseil de la concurrence a été l'une des autorités les plus actives au sein du Réseau. En effet, au 31 décembre 2004, sur 33 notifications à la Commission sur la base de l'article 11, paragraphe 4, du règlement nº 1/2003, 7 provenaient du Conseil, ce qui le place au deuxième rang des autorités nationales.

Une fois la Commission en possession de ces informations, celle-ci assure sa mission de maintien de la cohérence du système en faisant part à l'autorité nationale de ses observations éventuelles.

Ces observations peuvent prendre plusieurs formes. Elles peuvent être écrites ou orales, en fonction de l'importance des sujets discutés. La forme la plus dure consiste dans la mise en œuvre des dispositions de l'article 11, paragraphe 6, du règlement nº 1/2003 qui permet à la Commission d'ouvrir une procédure et partant de dessaisir l'autorité nationale. Ce dispositif constitue un élément assurant la prééminence de la Commission au sein du Réseau. En pratique, les dispositions de l'article 11, paragraphe 6, n'ont encore jamais été utilisées à l'encontre d'une autorité qui s'apprêtait à adopter une décision finale. Cela s'explique par le fait qu'aucune autorité, que ce soit la Commission ou une autorité nationale, n'a intérêt à ce que ce mécanisme soit actionné.

L'autorité nationale qui serait dessaisie sans son consentement aurait le sentiment d'être sanctionnée et la Commission, qui se trouverait *ipso facto* en charge de l'affaire, devrait mobiliser des ressources pour la traiter. C'est pourquoi les éventuelles observations de la Commission peuvent donner lieu à des discussions avec les autorités nationales permettant d'aboutir à un accord sur le sens de la décision envisagée. À cet égard, la communication relative à la coopération au sein du Réseau précise que, lorsque la Commission a présenté des observations écrites avant l'adoption d'une décision, « *les autorités nationales et la Commission mettront tous leurs efforts afin de garantir une application homogène du droit communautaire* » (point 46).

On notera aussi que le règlement nº 1/2003 prévoit la possibilité pour les ANC de demander une réunion du comité consultatif pour une affaire dans laquelle la Commission a l'intention d'intenter une procédure ayant l'effet visé à l'article 11, paragraphe 6. Toutefois, cette disposition n'a pas encore été mise en œuvre.

Sur les 7 affaires mentionnées précédemment, plusieurs ont donné lieu à des réactions de la Commission. Si la plupart du temps, de simples échanges oraux ont permis d'apporter à la Commission les explications dont elle avait besoin pour comprendre et apprécier le raisonnement et la position du rapporteur, deux autres cas ont donné lieu à des observations écrites de sa part. Quelle que soit leur forme, cette opinion est portée à la connaissance du Conseil.

La coopération au sein du Réseau

La coopération au sein du Réseau prend elle aussi plusieurs formes. Tout d'abord, les autorités membres du Réseau peuvent échanger entre elles et utiliser comme moyen de preuve tout élément de fait ou droit, y compris des informations confidentielles. Elles peuvent ensuite se prêter assistance dans la réalisation de leurs enquêtes respectives. À la différence des dispositions contraignantes examinées précédemment, ces outils sont mis en œuvre par les autorités sur une base volontaire. Enfin, à côté de ces modalités de coopération formelles, le Réseau en a développé d'autres sur une base informelle.

• La coopération en matière d'enquête

Afin d'aider les autorités de concurrence à appliquer efficacement les articles 81 et 82 du traité, le règlement met en place les conditions d'une assistance mutuelle pour la réalisation d'enquêtes et d'inspections. Ainsi, 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 État membre, afin d'établir une infraction aux articles 81 ou 82 du traité. Par ailleurs, les autorités de concurrence des États membres peuvent, dans le cadre des pouvoirs que leur confère leur droit national, réaliser des inspections sur demande de la Commission.

Ainsi, le Conseil peut désormais demander à une autre autorité nationale de recueillir des informations ou d'exécuter des enquêtes en son nom et pour son propre compte. En pratique toutefois, cette compétence a été pour le moment très peu utilisée. En effet, entre le 1er mai et le 31 décembre 2004,

une seule affaire a donné lieu à des contacts avec une autre autorité nationale, l'*Office of Fair Trading* au Royaume-Uni, en vue d'une assistance qui devrait se dérouler au cours de l'année 2005. Le fait qu'il y ait peu d'affaires s'explique en grande partie par l'organisation française, qui veut que les enquêtes soient principalement menées par la DGCRRF. C'est donc cette autorité qui devrait faire le plus grand usage des nouvelles prérogatives que confère le règlement n° 1/2003.

Réciproquement, le Conseil et la DGCCRF peuvent être sollicités par d'autres autorités nationales. Pour les mêmes raisons déjà évoquées, l'année écoulée n'a pas conduit à la mise en œuvre de cette compétence par le Conseil.

Au-delà des demandes d'assistance formelles, comme il l'a été montré précédemment, les échanges entre autorités, sur une base volontaire, permettent aussi de détecter d'éventuelles pratiques anticoncurrentielles et de déclencher en commun des poursuites.

- **Les échanges d'informations**

Les échanges d'informations sont le corollaire de l'assistance en matière d'enquête. En effet, les informations recueillies par une autorité nationale doivent être transmises et utilisées conformément aux dispositions de l'article 12 du règlement n° 1/2003.

Le cadre général

On rappellera que l'article 12, paragraphe 1, du règlement n° 1/2003 donne aux autorités nationales de concurrence et à la Commission le pouvoir d'échanger et d'utiliser comme moyen de preuve toutes les informations qu'elles ont collectées pour l'application du droit communautaire. La circulation des informations peut s'opérer aussi bien sur une base horizontale, entre autorités nationales, que verticale, entre la Commission et les autorités nationales, quel qu'en soit le sens. Rappelons toutefois que 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. Le règlement autorise encore logiquement l'utilisation des informations échangées en vertu de l'article 12 pour l'application du droit national de la concurrence, lorsque celui-ci est appliqué dans la même affaire et parallèlement au droit communautaire de la concurrence et qu'il aboutit au même résultat. Par ailleurs, un certain nombre de sauvegardes existent pour les personnes physiques. En effet, les informations ainsi transmises 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.

D'un point de vue pratique, il appartient à chaque autorité de veiller au respect de la confidentialité des informations transférées au sein du Réseau.

Toutefois, les autorités de concurrence membres du Réseau ont en commun mis en place une nouvelle fonction au sein de leur autorité : l'« *ADO* » (Authorised Disclosure Officer). Il s'agit d'une personne spécialement habilitée au sein de chaque autorité pour assurer le transfert des informations confidentielles. Les informations en question sont échangées par le biais d'une messagerie cryptée dédiée à ces échanges. Ce système est également utilisé pour l'envoi des documents relatifs aux comités consultatifs auxquels participent les ANC.

Le Conseil de la concurrence a commencé à mettre en œuvre ces dispositions en transmettant à plusieurs reprises à d'autres autorités, principalement la Commission, des informations qu'il avait collectées pour l'application du droit communautaire de la concurrence. Rien n'indique, en revanche, que l'autorité destinataire utilisera finalement les informations transmises comme moyen de preuve.

Le cas spécifique des demandes de clémence

Les questions les plus délicates concernant la protection de la confidentialité des informations sont apparues dans le cadre des demandes de clémence que le Conseil a eu à traiter depuis le 1er mai 2004. En effet, les demandeurs de clémence ont fait part de leur inquiétude relative au fonctionnement en réseau des autorités de concurrence, en particulier au regard du maintien de la confidentialité des informations qu'ils apportent aux autorités de concurrence.

Il convient de rappeler que, au sein de l'Union européenne, tous les États ne disposent pas d'un programme de clémence. De plus, les différents programmes de clémence en vigueur dans l'Union européenne ne sont pas harmonisés. Enfin, contrairement aux sanctions applicables aux personnes physiques qui ont fait l'objet de dispositions spécifiques dans le règlement nº 1/2003, rien n'est prévu pour les programmes de clémence. Cette situation a pu légitimement susciter des interrogations, voire entraîner une certaine crainte, de la part des entreprises et de leurs conseils. Pour y faire face, des principes stricts ont été posés par la communication sur la coopération au sein du Réseau, principes que les autorités se sont engagées à respecter. L'objectif était de mettre en place un cadre qui permette de maintenir un fonctionnement efficace du Réseau, sans dissuader pour autant les demandeurs de clémence dans leur démarche.

Il paraît utile de rappeler les mécanismes institués par les autorités de concurrence pour garantir la confidentialité des informations relatives aux demandes de clémence. Ces mécanismes ont eu l'occasion d'être appliqués avec succès à plusieurs reprises depuis le 1er mai 2004.

Comme cela a été dit précédemment, les échanges d'informations entre autorités s'opèrent principalement sur deux fondements : d'une part, au début de la procédure, sur la base de l'article 11, paragraphe 3, du règlement nº 1/2003 et, d'autre part, à tout moment, sur la base de l'article 12 du même règlement. Dans l'un et l'autre de ces cas, des protections ont été instaurées.

S'agissant des informations communiquées au Réseau en application de l'article 11, les autorités se sont engagées à ne pas les utiliser comme base d'ouverture d'une enquête pour leur propre compte, que ce soit en vertu des règles communautaires de concurrence ou, dans le cas des autorités

nationales de concurrence, de leur législation de la concurrence ou autres législations nationales. Bien entendu, cette disposition ne porte pas atteinte au pouvoir éventuel de l'autorité d'ouvrir une enquête sur la base d'informations obtenues par d'autres sources, telle qu'une plainte ou une autre demande de clémence. Il est vrai que, dans ce cas, un risque existe pour le demandeur de clémence. Mais ce risque ne résulte en rien du mécanisme issu du règlement n° 1/2003 et existait déjà antérieurement au 1er mai 2004. Par ailleurs, cette disposition ne porte pas non plus atteinte au pouvoir de l'autorité de demander, dans le cadre défini ci-après, à un autre membre du Réseau, y compris le membre auquel la demande de clémence a été adressée, de lui fournir des informations conformément à l'article 12 du règlement du Conseil, informations que l'autorité en question pourra utiliser. Il s'agit là effectivement d'une nouveauté. Mais, à ce stade, les protections sont renforcées.

Comme cela a été dit précédemment, les échanges d'informations sur la base de l'article 12 s'opèrent sur une base volontaire et ne sont jamais obligatoires. À cet égard, la communication prévoit explicitement que les informations communiquées de son plein gré par le demandeur de mesures de clémence, ne seront transmises à un autre membre du Réseau, conformément à l'article 12 du règlement du Conseil, que dans l'un de ces trois cas suivants.

Le premier est celui dans lequel l'autorité a reçu le consentement du demandeur pour effectuer cet échange d'informations. Cette protection s'étend aussi aux autres informations qui ont été obtenues pendant ou à la suite d'une inspection ou dans le cadre d'autres mesures d'enquête, qui n'auraient chacune pu être exécutées autrement qu'à la suite d'une demande de clémence.

Le deuxième est celui dans lequel l'autorité destinataire a reçu du même demandeur, à propos de la même infraction, la même demande de mesures de clémence que l'autorité émettrice, à condition qu'au moment de la transmission des informations, le demandeur n'ait pas la faculté de retirer les informations qu'il a communiquées à cette autorité destinataire. Dans ce cas, le consentement du demandeur n'est plus nécessaire à l'échange d'informations, ce qui se comprend logiquement puisqu'il est protégé auprès de toutes les autorités concernées.

Le troisième et dernier cas est celui dans lequel l'autorité destinataire a donné un engagement écrit, stipulant que ni les informations qui lui ont été transmises ni toutes les autres informations qu'elle pourrait obtenir à compter du jour et de l'heure de transmission indiqués par l'autorité émettrice, ne seront utilisées, ni par elle ni par aucune autre autorité à laquelle elle aura par la suite transmis ces informations, afin d'infliger des sanctions, d'une part, au demandeur de mesures de clémence, d'autre part, à toute autre personne morale ou physique couverte par le traitement favorable proposé par l'autorité émettrice, dans le cadre de son régime de mesures de clémence, à la suite de la demande faite par le demandeur et, enfin, à un salarié ou ancien salarié de l'une ou l'autre des personnes mentionnées précédemment. Une copie de l'engagement écrit de l'autorité destinataire des informations doit dans ce cas être communiquée au demandeur.

Après huit mois de fonctionnement du Réseau, le Conseil a eu l'occasion de tester l'application de ces principes. Jusqu'à présent, les échanges d'informations avec les autres autorités se sont surtout instaurés dans le cadre de l'article 11. Cela s'explique par plusieurs raisons. D'abord, pour la plupart des affaires, la procédure n'en est qu'à ses débuts. Ensuite, les affaires en cours ont fait l'objet de demandes multiples, ce qui facilite, en application des principes évoqués précédemment, les échanges entre autorités. Enfin, très peu d'affaires ont donné lieu à un traitement parallèle avec une autre autorité nationale.

Ces premières applications des mécanismes prévus par la communication sur la coopération au sein du Réseau se déroulées avec succès et ont généralement permis de dissiper les craintes qui avaient été exprimées antérieurement.

- **Une coopération informelle**

Au-delà de la coopération prévue expressément par le règlement n° 1/2003, une coopération plus informelle s'est instaurée entre les autorités membres du Réseau. Ainsi, comme l'indique la communication sur la coopération au sein du Réseau, celui-ci constitue un « *forum de discussion et de coopération pour l'application de la politique communautaire de la concurrence et son contrôle,* [qui] *fournit un cadre dans lequel s'inscrit la coopération des autorités européennes de concurrence dans les affaires où les articles 81 et 82 du traité sont appliqués, et constitue le socle sur lequel s'appuie la création et la préservation d'une culture commune de la concurrence en Europe* ».

Tout d'abord, régulièrement se tiennent des réunions plénières du Réseau, dans lesquelles tous les membres sont invités à se retrouver, notamment pour échanger leurs expériences, adopter des orientations communes et faire le point sur différents travaux.

Ensuite, les membres du Réseau ont la possibilité de participer aux travaux de sous-groupes sectoriels animés par la Commission. Ces sous-groupes sont aujourd'hui au nombre de 14 et portent sur une variété de secteurs économiques (comme l'énergie, le transport ferroviaire, l'automobile, etc.). Ils constituent un lieu privilégié d'échange entre experts des autorités nationales et Commission sur leurs pratiques et sur les actions à envisager dans ces secteurs.

Enfin, les membres du Réseau ont encore la possibilité de participer à des groupes de travail présidés par la Commission et/ou une ou plusieurs autorités nationales de concurrence. À l'heure actuelle, il existe 4 groupes de travail au sein du Réseau. Le premier traite des questions liées à la clémence. Le deuxième traite des questions relatives aux sanctions et à la procédure. Le troisième, constitué à l'origine pour examiner les questions liées à la transition du système, couvre aujourd'hui aussi d'autres sujets relatifs à la procédure. Enfin, le quatrième, récemment constitué, s'intéresse aux questions liées à l'article 82 du traité.

Le Conseil de la concurrence a pris une part active dans ces différentes enceintes. Il est présent dans chaque groupe sectoriel et chaque groupe de travail et préside celui consacré à la clémence en association avec l'*Office of Fair Trading* britannique.

International

Les débats actuels relatifs aux actions privées en matière de droit de la concurrence

Au cours de l'année 2004, il a été débattu dans plusieurs enceintes internationales des avantages et inconvénients des actions civiles en matière de droit de la concurrence, en partant de l'expérience des États-Unis et de plusieurs nouvelles initiatives d'autres pays de l'OCDE. La Commission européenne a également lancé un débat sur l'opportunité de renforcer l'efficacité des règles de concurrence en faisant en sorte que l'ensemble des États membres de l'Union européenne se dote de règles juridiques, permettant aux parties privées lésées par des comportements anticoncurrentiels sanctionnés par le droit européen de la concurrence, d'obtenir réparation pour les préjudices causés dans le cadre du droit commun national. Ce faisant, la Commission européenne voit, dans le développement d'instruments juridiques permettant des actions privées, un moyen non négligeable de promouvoir et de faire respecter le droit de la concurrence dans la Communauté.

Pourquoi une réflexion sur les actions privées ? Une pratique bien établie aux États-Unis

Il faut souligner que si une réflexion sur les actions privées s'est développée dernièrement, c'est à la suite notamment de récentes affaires qui ont attiré l'attention sur la pratique des *class actions* aux États-Unis, à la suite de sanctions infligées à des cartels internationaux tant aux États-Unis par les juges fédéraux dans le cadre de procès antitrust qu'en Europe par la Commission européenne (l'affaire la plus célèbre est celle du cartel des vitamines).

Les entreprises qui souhaitent opérer aux États-Unis connaissent – et souvent redoutent – l'existence du système légal américain qui diffère sensiblement de ceux en vigueur en Europe. En particulier, la vie économique et juridique américaine est caractérisée par une bien plus grande familiarité avec les actions et procès judiciaires qu'en Europe. En particulier, dans le domaine de la concurrence, cette inclination processuelle américaine repose sur la combinaison de deux facteurs incitatifs : d'une part, la possibilité pour les victimes de pratiques anticoncurrentielles de chercher à obtenir des dommages-intérêts représentant jusqu'à trois fois le montant du préjudice subi (*treble damages*) lorsqu'il a été démontré par une action publique que des opérateurs ont faussé le bon fonctionnement du marché par des pratiques anticoncurrentielles et, d'autre part, l'existence des actions de groupe (*class actions*).

Dans le dernier cas, le mécanisme procédural prévu par le droit américain permet l'agrégation des plaintes d'un nombre important de plaignants placés dans la même situation de victimes de pratiques condamnées par un tribunal fédéral (les pratiques anticoncurrentielles les plus graves que sont les cartels sont en fait des crimes fédéraux et sont de ce fait poursuivies devant le juge pénal). À l'occasion de la jonction des plaintes, peu importe la localisation territoriale des plaignants pourvu qu'ils soient situés sur le territoire américain ou qu'ils puissent rattacher le dommage qu'ils ont subi à une affectation du commerce des États-Unis.

Les avantages du développement de systèmes d'action privée en droit de la concurrence

Deux types d'avantages peuvent être considérés dans la mise en place de systèmes d'action privée en Europe : d'une part, offrir des possibilités de réparation conséquentes aux victimes de pratiques anticoncurrentielles, tout en renforçant la dissuasion pour les opérateurs de violer les règles de concurrence et de fausser le jeu du marché ; d'autre part, contribuer à un meilleur équilibre transatlantique dans la mise en œuvre des systèmes juridiques à finalité économique.

Aux États-Unis, l'addition des « *treble damages* » et des « *class actions* » conduit à réunir de quelques dizaines à plusieurs millions de plaignants qui, individuellement, n'auraient pas les moyens de faire face au coût des procédures pour faire valoir leurs droits de victimes face à des opérateurs qui sont souvent des entreprises de taille mondiale. Ceci crée donc une forte incitation pour ces victimes à s'engager dans des actions civiles en réparation pour obtenir des « *treble damages* ». Corrélativement, pour les auteurs des pratiques mises en cause, la conséquence des demandes de réparation jointes de la part de plaignants dispersés peut aboutir au prononcé de dommages-intérêts qui se chiffrent par centaines de millions, voire par milliards de dollars. En fait, un simple arrêt d'un tribunal fédéral admettant la jonction d'une demande d'un plaignant avec d'autres, sans même qu'une décision n'intervienne sur le fond, peut conduire une entreprise de première dimension et intervenant à l'échelle planétaire à s'engager dans des accords transactionnels de montants considérables, comportant l'attribution de plusieurs centaines de millions de dollars de dommages pour les plaignants et de plusieurs dizaines de millions de dollars pour leurs avocats.

Les risques liés au développement de systèmes d'action privée en droit de la concurrence

Les débats conduits à l'OCDE en octobre 2004 ont notamment montré que si les recours par voie d'action civile sont courants aux États-Unis, ce système soulève deux problèmes essentiels : d'une part, un risque institutionnel peut naître de la concurrence entre procédures publiques et privées et d'autre part des questions constitutionnelles liées à une perspective fédéraliste peuvent se faire jour.

Aux États-Unis, il est apparu que la coordination des actions publiques et privées pouvait soulever des problèmes institutionnels dus à une véritable concurrence entre les défenseurs de l'intérêt général et les défenseurs des intérêts particuliers. Ainsi, les autorités fédérales en sont arrivées à craindre une « *parasitisation* » des procédures *antitrust* par les actions privées. Cette situation a été particulièrement bien démontrée dans l'affaire *Verizon v. Trinko* sur laquelle la Cour Suprême des États-Unis s'est prononcée en 2004, et dont l'origine était une plainte privée. Dans une lettre d'*amicus curiae* présentée dans l'intérêt général devant la Cour Suprême, le Département U.S. de la Justice a clairement présenté un argumentaire suggérant que les questions soulevées par le plaignant ne relevaient pas d'une appréciation correcte des critères du droit *antitrust*. L'autorité fédérale *antitrust* craignait que l'énoncé d'un verdict favorable au plaignant puisse remettre en cause l'autorité de régulateur

fédéral des télécommunications, qui réglemente notamment les obligations d'interconnexion indispensables pour le fonctionnement de l'industrie des télécommunications américaines.

Par ailleurs, aux États-Unis, deux systèmes légaux coexistent pour l'administration du droit *antitrust* : un système fédéral et des systèmes dans les États fédérés. L'expérience américaine récente a montré, par exemple dans l'affaire Microsoft, que les autorités fédérales pouvaient décider de ne pas poursuivre une entreprise dans le cadre de la section 2 du *Sherman Act*, tandis que plusieurs procureurs d'États fédérés joints à des plaignants privés dans une *class action* continuaient à solliciter devant les tribunaux le démantèlement de l'entreprise pour pratiques monopolisatrices. Au cours des débats à l'OCDE, il a été fait valoir notamment que, pour éviter de telles situations, un nouveau système devrait être mis en place, dans lequel le Gouvernement fédéral devrait consulter les États fédérés sur la manière de procéder avant de prendre toute décision finale mais en obligeant toutes les parties fédérales et fédérées lorsqu'une décision est prise (sur des remèdes structurels au cas considéré). Ainsi, en ce qui concerne le maintien d'éventuelles poursuites, les États fédérés seraient confinés à l'intérieur de leurs frontières, si même le nouveau système leur permettait de maintenir de telles positions. Par ailleurs, la question de la coordination entre les deux échelons ne doit pas nécessairement favoriser l'échelon fédéral. Dans les cas où des pratiques d'ententes n'affectent qu'une portion limitée de territoire d'un État, les priorités peuvent être renversées et l'entité fédérée pourrait avoir préséance dans l'éventualité d'un conflit d'attribution entre les deux échelons. Dans un tel cas, il ne semble pas nécessaire de limiter à un gouvernement et à un seul la capacité d'agir. Des ententes locales peuvent affecter le fonctionnement de marchés dans des proportions telles que le Gouvernement fédéral peut décider d'agir alors que le gouvernement local considère que ses ressources sont mieux employées ailleurs. La question n'est alors plus celle d'une *exclusivité* d'action mais celle d'une *priorité* d'action.

Certains feront observer que le problème de double niveau a été résolu en Europe par le nouveau règlement nº 1/2003 qui institue un réseau européen de concurrence permettant d'éviter une concurrence entre le système communautaire et les systèmes judiciaires nationaux. En matière d'action privée, le règlement nº 1/2003 n'a pas créé d'unification des régimes juridiques nationaux et communautaire. En revanche, la création à l'initiative de la Commission européenne d'un système permettant systématiquement les actions privées de manière équivalente dans chaque État membre devra conduire à une réflexion sur la nécessité de limiter l'autonomie des systèmes juridiques nationaux pour éviter les incohérences observées aux États-Unis entre le système fédéral et ceux des états subfédérés.

Les perspectives de développement de systèmes d'action privée en Europe

Plusieurs obstacles restent à franchir au niveau européen, notamment, améliorer l'accès aux juridictions, diminuer le risque pour les plaignants, faciliter la preuve et réduire les coûts.

À la différence des États-Unis, les juridictions de droit commun en Europe ne connaissent que relativement peu de procédures relatives à des questions

de concurrence. Les tribunaux européens et leurs magistrats ne possèdent ni la formation ni l'expérience de règlement de problèmes affectant à la fois, d'une part, le fonctionnement du marché dans son ensemble (matière traitée par les tribunaux fédéraux américains dans le cadre de procédures pénales et en Europe essentiellement par des autorités indépendantes spécialisées dans les questions économiques dans le cadre de procédures de nature administrative) et, d'autre part, les relations entre opérateurs victimes et auteurs des pratiques nocives au fonctionnement du marché.

Par ailleurs, le niveau de preuve requis pour démontrer une pratique anticoncurrentielle est assez élevé, les procédures au fond sont nécessairement longues (tant aux États-Unis qu'en Europe d'ailleurs) et les procès sont par conséquent onéreux : dans pratiquement tous les espaces juridiques nationaux européens – qu'il s'agisse d'entreprises ou de consommateurs – les victimes, elles-mêmes encore peu familiarisées avec les principes du droit de la concurrence, hésitent à engager des procédures de dommages-intérêts, même lorsque des pratiques anticoncurrentielles avérées ont été administrativement sanctionnées.

À ce stade des réflexions, il apparaît clairement que la transposition de systèmes opérationnels dans un environnement juridique donné n'est pas aisément opérable dans un autre environnement. Par ailleurs, l'expérience américaine invite à procéder avec circonspection à l'évaluation des mécanismes correcteurs qui peuvent être mis au point pour assurer la meilleure défense des victimes de pratiques anticoncurrentielles. En particulier, le cadre judiciaire dans lequel peut intervenir l'octroi de dommage-intérêt doit veiller à ne pas remettre en cause l'équilibre industriel et institutionnel du secteur d'activité dans lequel le problème est intervenu.

Les activités multilatérales et internationales

En 2004, les activités multilatérales en matière de droit et politique de la concurrence ont poursuivi les tendances observées ces dernières années. D'une part, le resserrement des relations entre autorités de concurrence s'est poursuivi au sein du réseau constitué dans chaque pays pour répondre aux défis de la « *globalisation* ». D'autre part, les efforts au profit des autorités de concurrence des pays en développement se sont renforcés, tant à l'OCDE qu'à la CNUCED. En revanche, les travaux du groupe de travail sur les interrelations entre commerce international et politique de la concurrence au sein de l'OMC, suspendus depuis la Conférence ministérielle de Cancun, n'ont pas repris en 2004.

La coopération au sein des institutions internationales

Les deux organisations internationales qui permettent actuellement aux autorités nationales de concurrence de traiter complémentairement les problèmes posés par des pratiques anticoncurrentielles susceptibles d'affecter à des degrés divers les échanges et le commerce international sont, d'une part l'Organisation de coopération et développement économique (OCDE) et d'autre part, la Conférence des Nations unies pour la Coopération et le Développement (CNUCED). Ces deux organisations ont tenu en 2004 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.

• OCDE

À l'OCDE, organisation réunissant l'ensemble des pays les plus développés, ainsi que quelques observateurs en développement (Brésil, Argentine), le Comité du droit et de la politique de la concurrence est présidé par un français, M. Frédéric Jenny, Conseiller à la Cour de cassation et ancien vice-président du Conseil de la concurrence. Cette organisation constitue un forum d'échanges d'informations sur le développement 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 2004, le Comité de la concurrence ainsi que ses groupes de travail ont développé des réflexions sur les relations entre politique de la concurrence et secteurs réglementés ou dans lesquels existe une forte intervention publique, tout en poursuivant une réflexion sur les pratiques anticoncurrentielles de dimension internationale, revenant ainsi à certains éléments d'études antérieures sur les aspects internationaux de la politique de la concurrence.

Cinq thèmes ont notamment mérité une mention particulière en 2004 et des tables rondes ont été organisées auxquelles des représentants du monde des affaires ont été conviés.

L'examen de la politique de la concurrence au Japon par la délégation française

L'examen de la politique de la concurrence du Japon par la délégation française est intervenu à l'occasion d'un examen de suivi de la réforme de la réglementation au Japon. La délégation française était dirigée par la présidente du Conseil de la concurrence, M^me^ Marie-Dominique Hagelsteen, qui s'est rendue à plusieurs reprises au Japon les années précédentes. La délégation japonaise était quant à elle dirigée par le secrétaire général chargé des affaires internationales de la Japan *Fair Trade Commission* japonaise, M. Takahashi. Les débats ont permis de noter que le Japon a effectivement appliqué la plupart des recommandations contenues dans le rapport de 1999 sur la réforme de la réglementation au Japon : suppression de la plupart des cas d'utilisation administrative de critères « *d'équilibre entre l'offre et la demande* » qui servaient à contrôler et limiter l'entrée sur certains marchés, réduction du champ des exemptions à l'application du droit de la concurrence, renforcement des possibilités d'action civile et amélioration de la transparence des pratiques contractuelles entre les opérateurs. Répondant à cet examen, M. Takahashi a souligné notamment que la JFTC étudie des projets de réformes importantes en vue d'alourdir les sanctions existantes et d'introduire des programmes de clémence tout en s'efforçant de mieux intégrer et développer des instruments de protection des consommateurs.

Relations entre droit de la concurrence et propriété intellectuelle

Concernant les relations entre droits de propriété intellectuelle et politique de la concurrence, les débats ont porté essentiellement sur les biotechnologies. Les membres du Comité de la concurrence ont examiné en particulier le

rôle que les autorités de concurrence doivent jouer dans le processus d'attribution des droits de propriété intellectuelle (ci-après DPI). Il est unanimement ressorti des discussions que les autorités de concurrence ne devaient pas être directement impliquées dans la définition ni la mise en œuvre de la politique relative à la protection des DPI. Les débats se sont également attachés à la question plus spécifique des comportements d'opérateurs liés à l'exercice de DPI qui peuvent soulever des problèmes d'application du droit de la concurrence, notamment du fait de la concentration due à certaines politiques de brevets et des refus unilatéraux d'octroi de licence qui sont parfois traités dans le cadre de la mise en œuvre des dispositions relatives aux abus de position dominante. La Commission européenne a présenté à cette occasion au Comité ses nouvelles lignes directrices en matière de propriété intellectuelle, qui mettent en avant pour la première fois en Europe la nécessité de distinguer les accords conclus entre concurrents sur un même marché pertinent et les accords conclus entre non concurrents.

Réglementation des activités marchandes du secteur public

Concernant la réglementation des activités marchandes du secteur public, une table ronde s'est intéressée aux conditions dans lesquelles les entreprises du secteur public peuvent fausser le jeu de la concurrence sur le marché. En effet, les entreprises publiques peuvent bénéficier d'avantages financiers (avantages fiscaux, financement d'équipement et d'opérations ou recapitalisation à moindre coût) par rapport à leurs concurrents privés. Les entreprises du secteur public peuvent être en mesure de se livrer à des pratiques anticoncurrentielles, parce qu'elles jouissent *de facto* ou *de jure* d'un régime dérogatoire au droit de la concurrence. Elles peuvent bénéficier d'aides financières découlant de leurs obligations de service public, qu'elles peuvent aussi tenter d'utiliser pour soutenir leurs activités concurrentielles au moyen de subventions croisées. Enfin, elles peuvent tirer avantage de la souplesse plus ou moins grande des règles relatives aux marchés publics. De ce fait, les délégués se sont penchés plus attentivement sur les moyens de veiller à la neutralité concurrentielle et sur les solutions adaptées reposant sur des dispositions de grande portée en matière de droit de la concurrence. Le dosage adéquat en matière d'action publique dépend à cet égard souvent de l'histoire du développement économique du pays, de l'importance du secteur public, du champ d'application du droit de la concurrence et de l'importance accordée à la préservation de l'équité des conditions de concurrence entre les entreprises des secteurs public et privé. Les délégations ont été unanimes pour souligner que les autorités de concurrence doivent exercer un rôle de veille et de sensibilisation pour promouvoir une politique de neutralité concurrentielle en cette matière.

Relations entre politique de concurrence et politique de consommation

Les relations entre politique de la concurrence et politique de la consommation ont fait l'objet d'une première réunion conjointe du comité de la concurrence et du comité de la politique de protection des consommateurs avec la fixation des deux premiers thèmes de travail : le fonctionnement du marché (identification des problèmes posés par le marché, examen des méthodes d'application des lois et des mesures correctives prises en vue de remédier aux problèmes identifiés) et l'application des lois (comparaison des

expériences de coopération en matière d'application des lois dans des affaires de concurrence et de protection des consommateurs, examen des instruments d'application des lois efficaces dans un contexte transfrontières en particulier avec le développement du commerce électronique, examen des avantages et inconvénients d'une intégration des compétences en matière de politique à l'égard des consommateurs et d'application du droit de la concurrence).

Les pratiques prédatrices

En ce qui concerne les pratiques d'éviction prédatrices, le Comité de la concurrence a examiné les différentes stratégies utilisées par des entreprises pour éliminer ou dissuader des concurrents. Le principal thème est celui des rabais considérés comme illicites ou prix d'éviction, stratégies qui consistent pour les entreprises à absorber des pertes à court terme dans le seul but de maximiser leurs bénéfices à long terme, une fois les autres concurrents éliminés. Le débat a porté sur les méthodes utilisées pour déterminer si l'on est en présence de prix d'éviction, notamment celles qui s'appuient sur le rapport prix/coût, ainsi que la preuve qu'une entreprise accusée de pratiques de prédation peut compenser les pertes encourues par ces pratiques. À la lumière d'affaires intervenues dans le domaine du transport aérien, ont été également envisagées les pratiques prédatrices n'utilisant pas l'arme des prix mais consistant par exemple à se doter d'une capacité excédentaire ou à utiliser de manière abusive les voies de recours judiciaires ou les réglementations nationales à seule fin de gêner les rivaux.

Par ailleurs, l'OCDE a poursuivi en 2004 le cycle de « *Forum globaux* » inauguré en 2001 dans l'ensemble des matières sur lesquelles travaillent chacun de ses grands Comités. C'est ainsi que s'est tenu le quatrième Forum global sur la concurrence en février 2004, en vue de permettre de créer un dialogue régulier et une confrontation d'expériences entre pays de l'OCDE et pays non-membres, permettant ainsi de prolonger et d'amplifier les réflexions menées au sein du Groupe conjoint sur les Échanges internationaux et la concurrence de cette même organisation. Pour ce quatrième Forum, plus d'une quarantaine de pays en développement de quatre continents ont été conviés, soit soixante-quinze délégations réunies à cette occasion. L'initiative prise en 2003 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 a été confirmée : les représentants d'une dizaine de pays, essentiellement d'Afrique et d'Asie ont poursuivi leur réflexion sur les principaux outils du droit de la concurrence pour le développement et ont évoqué l'utilité de créer un réseau d'autorités francophones de concurrence. Les problèmes essentiels à régler en matière de développement demeurent la mise en place d'un cadre institutionnel stable ainsi que la perte fréquente des cadres bien formés (importante rotation des ressources humaines formées par les autorités de concurrence et rapidement appelées à d'autres fonctions). La démarche d'intégration régionale semble pouvoir permettre de réduire certaines de ces difficultés en permettant le regroupement de moyens limités affectés à une meilleure efficacité économique régionale.

• ONU

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 – veillent à irriguer aussi régulièrement et concrètement que possible de ses expériences les travaux du Groupe de la CNUCED.

L'année 2004 a pris un relief particulier avec l'organisation de la XI[e] Conférence ministérielle de la CNUCED à Sao Paulo du 13 au 16 juin, ouverte par le secrétaire général des Nations Unies, M. Kofi Annan. La Conférence a été précédée par un séminaire préparatoire sur le rôle de la concurrence dans la promotion de la compétitivité et du développement permettant d'évaluer cet apport dans les pays d'Amérique Latine et de la Caraïbe. Au cours de la Conférence ministérielle, une session particulière a pour la première fois été consacrée intégralement au thème de la politique de la concurrence dans les pays en développement et a repris les éléments de conclusion du séminaire préparatoire envoyant à la ministérielle un message clair sur l'importance de la politique de la concurrence pour le développement. Le texte de la Déclaration finale de la ministérielle de la CNUCED (« *l'esprit de Sao Paulo* ») a notamment repris dans son paragraphe 12 l'idée que « *les politiques de développement devraient reconnaître l'importance des forces du marché, dans un environnement favorable aux entreprises qui pourrait comprendre des politiques appropriées en matière de concurrence et de protection des consommateurs* ».

Puis, une session du groupe intergouvernemental d'experts de la CNUCED s'est tenue à Genève du 8 au 10 novembre 2004, précédée les 14 et 15 juillet 2004 d'une réunion *ad hoc* des experts pour déterminer les principes de revue par les pairs susceptibles d'être retenus à la CNUCED pour l'examen des politiques de la concurrence appliquées dans les pays en développement. La présidence de la session de novembre du groupe d'experts a été assumée par le Kenya. Un peu plus d'une quarantaine de pays étaient représentés par des experts venus de leurs capitales, dont une nette majorité provenant de pays en développement tandis qu'une cinquantaine de communications officielles étaient présentées par les pays en développements et le secrétariat de la CNUCED. Les débats ont été organisés autour de trois tables rondes, concernant respectivement la coopération et les systèmes de règlement des différends dans les accords régionaux comportant des règles de concurrence, la collecte de preuves dans le cadre des enquêtes relatives aux cartels et les conditions dans lesquelles les autorités de concurrence peuvent remplir leur mission de « *plaidoyer* » (« *Advocacy* ») en faveur du droit de la concurrence. Pour l'essentiel, et à partir de communications ou d'interventions émanant principalement de représentants d'autorités de concurrence des pays en développement, il est apparu que ces questions déjà traitées au sein de l'OCDE depuis plusieurs années ne font pas apparaître de différence particulières entre pays en développement et pays développés.

Les travaux au sein de l'OCDE et de la CNUCED sont complétés au sein d'un réseau informel qui organise une réunion annuelle entre autorités de concurrence regroupées au sein de *l'International Competition Network (ICN)*. En 2004, cette conférence s'est tenue à Séoul (Corée du Sud). Les principaux points traités par cette conférence ont concerné la définition de bonnes pratiques dans l'organisation du système de contrôle des concentrations, reflétant l'acquis méthodologique des pays de l'OCDE de plusieurs décennies. Une réflexion a par ailleurs été lancée sur les moyens de lutter le plus efficacement contre les pratiques d'ententes injustifiables. Le Conseil de la concurrence était représenté par une délégation dirigée par la présidente Hagelsteen.

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

En 2004, le Conseil de la concurrence a démarré une politique d'établissement de relations bilatérales renforcées avec des autorités de concurrence assurant des missions analogues aux siennes, avec un effort appuyé en direction des nouvelles économies dynamiques d'Asie. C'est ainsi que la présidente du Conseil de la concurrence a notamment signé un accord de coopération technique avec la *Fair Trade Commission* de Taïwan, marquant le renforcement des relations du Conseil avec les autorités de concurrence des principales économies asiatiques. En marge de la Conférence internationale de l'ICN, à l'occasion de son séjour à Séoul, la présidente du Conseil de la concurrence a convenu du principe de la signature future d'un accord bilatéral entre le Conseil de la concurrence et la *Fair Trade Commission* de Corée, qui vient formaliser les relations bilatérales informelles qui existent entre les deux autorités depuis plus d'une quinzaine d'années. Le Conseil continue par ailleurs d'entretenir des relations bilatérales informelles avec la *Fair Trade Commission* du Japon (établies également depuis plus de quinze ans) et a établi ses premières relations informelles avec le *Consumers'Council* de Hong-Kong en janvier 2004. Une délégation dirigée par la présidente Hagelsteen a d'ailleurs visité la JFTC dans le sillage de la réunion de l'ICN à Séoul. Enfin, le Conseil de la concurrence a été également étroitement associé à la mise en place d'une loi de concurrence au Vietnam : deux vice-présidents et un chargé de mission du Conseil ont participé à des séminaires de formation pour les cadres supérieurs chargés de la mise en place de la politique de la concurrence, dans ce pays à la fois en développement et en transition d'une économie socialiste vers une économie de marché.

L'année 2004 a été marquée par un accroissement sensible des relations entre le Conseil de la concurrence français et l'autorité roumaine. Le président du Conseil de la concurrence roumain a rendu une première visite au cours du premier semestre à la présidente Hagelsteen. L'autorité de concurrence française a pu à cette occasion assurer le président Berinde de son soutien dans le cadre de la mise en œuvre du droit de la concurrence en Roumanie. Plusieurs initiatives de coopération entre les deux autorités ont été discutées. La fin de l'année 2004 s'est achevée par la visite du nouveau président du Conseil de la concurrence français, M. Bruno Lasserre, à Bucarest les 28, 29 et 30 octobre 2004. Cette visite a constitué le point de départ de nouvelles initiatives entre les deux autorités et a abouti à la signature d'un accord de coopération le 16 février 2005 à Paris.

Enfin, en novembre 2004, un chargé de mission du Conseil de la concurrence a participé à l'envoi à Washington d'une délégation du barreau de Paris dirigée par le Bâtonnier Burguburu. À la suite d'un rapport de la Banque Mondiale mettant en cause les conditions dans lesquelles le droit français était susceptible d'entraver la vie des affaires, voire de diminuer les performances économiques françaises, l'objet de cette mission était de présenter en quoi les évolutions récentes du droit français stimulent l'efficacité économique collective. En particulier, l'un des points évoqués au cours de deux journées d'études consacrées aux droits français et américain, a porté plus spécifiquement sur les contributions du droit de la concurrence français et européen au renforcement des mécanismes de libre marché, tant en France que dans l'Union européenne.

Études thématiques

Études thématiques

Les remises, rabais et ristournes en droit de la concurrence 85

- **Introduction** 85
- **Les critères d'attribution** 88
- **Les modalités de calcul de la remise** 96
- **L'importance des facteurs liés aux caractéristiques du ou des marchés concernés** 100
- **Les gains d'efficacité liés aux remises** 106
- **Conclusion** 109

Les droits de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence 111

- **Introduction** 111
- **L'existence des droits de propriété intellectuelle : un facteur de pouvoir de marché** 114
- **L'exercice des droits de propriété intellectuelle** 119
- **La gestion des droits d'auteur et des droits voisins** 152
- **Conclusion** 159

Études thématiques

■ Les remises, rabais et ristournes en droit de la concurrence

Introduction

Les remises, rabais et ristournes sur le prix de vente standard, catalogue ou affiché sont une pratique commerciale courante dans tous les secteurs d'activité. Par rapport à une baisse uniforme du prix de vente, les remises ne bénéficient qu'à certains clients et constituent donc une forme de discrimination par les prix. Leur généralisation tient au fait que, en raison même de ce caractère discriminatoire, elles présentent des avantages particuliers, en permettant de servir une demande, qui autrement ne serait pas satisfaite, ou en incitant la demande à prendre des formes qui permettent de réaliser des gains d'efficacité pour les offreurs.

Par exemple, le processus de production peut générer des économies d'échelle qui justifient des remises en fonction des quantités achetées. L'existence de coûts fixes liés à l'expédition entraîne également une baisse des coûts moyens lorsque les quantités commandées augmentent. De même, l'existence de coûts communs à la production de biens et services différents peut constituer la contrepartie de remises à l'occasion de leur achat simultané. Selon une jurisprudence constante des autorités européennes et nationales de concurrence, les remises dites « *de quantité* » ne faussent pas le jeu de la concurrence. Cette analyse a été rappelée par exemple par le tribunal de première instance des Communautés européennes (TPICE) dans l'arrêt Michelin [1], « *si l'augmentation de la quantité fournie se traduit par un coût inférieur pour le fournisseur, celui-ci est, en effet, en droit de faire bénéficier son client de cette réduction par le biais d'un tarif plus favorable* [...]*. Les rabais de quantité sont donc censés refléter des gains d'efficience et des économies d'échelle réalisées par l'entreprise en position dominante* ».

1. Arrêt du TPICE T-203/01, Michelin/Commission, du 30 septembre 2003.

Par ailleurs, l'étude des contrats et des incitations en économie industrielle a mis l'accent sur le rôle de la discrimination par les prix. Les remises peuvent aussi avoir un objet ou un effet incitatif, et assurer la fourniture d'un niveau d'effort plus élevé, par exemple un effort de vente ou d'augmentation de la qualité de service dans le cadre d'une relation verticale entre un vendeur et un revendeur. En effet, lorsque l'information entre fournisseurs et distributeurs est asymétrique ou incomplète, la discrimination peut être un outil efficace pour inciter financièrement le distributeur à fournir un niveau d'effort élevé dans son activité de vente des produits du fournisseur.

Toutefois, le caractère discriminatoire des remises peut aussi faciliter la mise en œuvre de pratiques tarifaires ayant pour objet ou pour effet de fausser le jeu de la concurrence. Les systèmes de remises font ainsi l'objet de nombreuses saisines des autorités de concurrence et ont donné lieu à plusieurs décisions et avis importants. Cette jurisprudence s'appuie à la fois sur la prohibition des ententes et des abus de position dominante. Lorsqu'un système de remises est mis en place par un fournisseur à l'attention de distributeurs qui l'ont approuvé, la prohibition de son caractère anticoncurrentiel relève des dispositions relatives aux ententes (articles 81-1 du traité de l'Union européenne et L. 420-1 du Code de commerce). Par ailleurs, l'octroi, par une entreprise en position dominante, de remises faussant le jeu de la concurrence constitue un abus prohibé par les dispositions des articles 82 du traité de l'Union et L. 420-2 du Code de commerce. La lecture de cette jurisprudence fait ressortir la diversité des mécanismes par lesquels les réductions de prix ainsi accordées sont susceptibles d'influer sur le jeu concurrentiel.

En premier lieu, les remises peuvent être utilisées pour restreindre l'accès au marché à de nouveaux entrants ou tenter d'évincer les concurrents déjà présents. C'est notamment le cas, lorsque le système de remise incite les acheteurs à s'approvisionner pour la totalité ou une partie importante de leurs besoins chez le fournisseur concerné. Cet effet fidélisant peut s'appuyer sur le pouvoir de marché que détient le fournisseur sur un marché ou sur plusieurs marchés (remises de couplage ou de gamme). Les effets d'un système de remises peuvent de ce fait s'exercer sur un marché connexe à celui sur lequel l'offreur détient un pouvoir de marché. Le simple usage ciblé de l'octroi de réductions peut aussi avoir un effet d'exclusion ou de verrouillage du marché. Cet effet peut être le même que celui de prix prédateurs à la différence près qu'il se peut que, globalement, l'offreur ne consent pas de pertes, y compris à court terme. En revanche, les prix peuvent, de façon ponctuelle, pour certains profils de demande, être inférieurs aux coûts variables et donc prédateurs.

En second lieu, un système de remises peut avoir pour objet et pour effet d'empêcher la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence. Le Conseil a été amené, dans l'avis 04-A-18 du 18 octobre 2004, relatif aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée, à décrire les mécanismes par lesquels les dispositions législatives sur le seuil de revente à perte ont favorisé le report des marges de négociation entre fournisseurs et distributeurs sur des ristournes conditionnelles et sur la coopération commerciale (marges arrières). De ce fait, les prix nets des rabais acquis à la date de la facturation (marges avant) sont les mêmes, pour un produit donné, dans tous les circuits de distribution. Le Conseil a constaté, dans plusieurs

affaires, que ce système était renforcé par la négociation de ristournes artificiellement conditionnelles, de sorte que ces réductions de prix ne puissent apparaître sur la facture et être répercutées aux consommateurs.

La diversité de ces mécanismes, qui peuvent se combiner dans un même système de remise, de même que la complexité de certains systèmes de remises mis en place par un offreur, comme par exemple celui mis en cause par la Commission européenne dans l'affaire Michelin citée ci-dessus [2], impose toutefois une analyse fine des mécanismes à l'œuvre et des effets sur la concurrence. La distinction entre « *remises de couplage* », « *remises de fidélité* », « *remises de quantité* » n'est pas en effet pas immédiate, comme l'avait déjà constaté, s'agissant de ces deux dernières catégories, la Cour de justice des Communautés européennes (CJCE) dans l'affaire dite « *Michelin I* » [3]. Alors que la Commission avait assimilé le système mis en place par Michelin à un système de remises de fidélité, la CJCE a été plus prudente. Elle a certes rappelé que : « *à la différence d'un rabais de quantité, lié exclusivement au volume d'achats effectués auprès du producteur intéressé, un rabais de fidélité, tendant à empêcher, par la voie de l'octroi d'avantages financiers, l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents, constitue un abus au sens de l'article 86 du traité* » mais a précisé ensuite que le système considéré ne constituait pas une remise de quantité, puisqu'il était subordonné à un seuil individualisé, mais se distinguait des remises de fidélité puisqu'il ne contenait aucun engagement d'exclusivité. La Cour a jugé qu'il convenait alors « *d'apprécier l'ensemble des circonstances, et notamment les critères et les modalités de l'octroi du rabais, et d'examiner si le rabais tend* [...] *à enlever à l'acheteur, ou à restreindre* [...] *la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement [ou] à barrer l'accès du marché aux concurrents* [...] *ou à renforcer la position dominante par une concurrence faussée* ». Dans l'arrêt « *Irish Sugar* » [4], le TPICE a également rappelé, comme pour toute pratique tendant à l'éviction d'un concurrent, qu'il convenait également de vérifier si elle prenait place dans le cadre d'un plan de l'entreprise en position dominante ayant pour but d'éliminer un concurrent.

Ces critères d'analyse ont pu être affinés par les autorités de concurrence à l'occasion de l'examen des nombreux cas dont elles ont été saisies. Ces autorités ont par ailleurs bénéficié des développements de la réflexion économique avec la mise en avant par l'École de Chicago des gains d'efficacité liés aux remises et les critiques en réponse, qui ont notamment mis en relief l'importance des caractéristiques structurelles du marché concerné. Avec la publication en 2000 de « *Lignes directrices sur les restrictions verticales* » (ci-après lignes directrices) la Commission européenne a fourni un guide d'analyse applicable aux ristournes et remises accordées par un fournisseur à un distributeur dans le cadre d'une relation verticale, mettant également l'accent sur l'importance de l'analyse du marché affecté. Enfin, à l'occasion de la réflexion menée par la Commission européenne et les États membres

2. Décision de la Commission 2002/405/CE, Michelin, du 20 juin 2001.
3. Arrêt de la CJCE C-322/81, Michelin/Commission, du 9 novembre 1983.
4. Arrêt du TPICE T-228/97, Irish Sugar/Commission du 7 octobre 1999.

sur l'article 82, les effets sur la concurrence des rabais et remises accordés par une entreprise en position dominante et les gains d'efficience qu'ils permettent éventuellement de réaliser ont été largement débattus [5].

Cette étude présente la grille d'analyse ainsi dessinée par la jurisprudence et la doctrine économique. Les effets sur la concurrence des remises doivent être appréciés au regard de leurs critères d'attribution, de leurs modalités d'octroi (taux, assiette, durée, prévisibilité), des caractéristiques du marché concerné et des éventuels gains d'efficacité qu'elles permettent de réaliser.

Les critères d'attribution

Par rapport à une baisse générale de prix, les remises permettent de faire payer les mêmes biens ou services à un prix différent en fonction de divers critères. Il s'agit d'une discrimination par les prix qui peut prendre des formes très connues des consommateurs finaux (tarifs réduits en fonction de l'âge, soldes, réductions liées à un abonnement...). Il n'est pas évident qu'une discrimination par les prix soit préjudiciable au bien-être social, ni même à celui des consommateurs. Une discrimination peut en effet permettre aux entreprises de faire bénéficier certains consommateurs de prix plus bas que le niveau qu'il serait possible d'atteindre en pratiquant un prix uniforme pour tous. En revanche, d'autres subissent des prix plus élevés. L'effet global peut très bien être positif, particulièrement lorsque des prix uniformes, plus élevés, conduiraient à exclure certains consommateurs : la discrimination permet alors d'augmenter les quantités vendues.

Selon une jurisprudence constante, tant nationale qu'européenne [6], lorsque ces critères sont liés à l'existence de contreparties immédiates en termes d'économies de coûts, par exemple parce que les remises sont accordées en fonction des quantités achetées, alors elles sont présumées ne pas avoir d'effets anticoncurrentiels.

Ce qui est pris en compte par les autorités de la concurrence est donc moins le caractère discriminatoire en lui-même que le critère selon lequel les acheteurs sont discriminés. La discrimination entre distributeurs peut être motivée par des raisons stratégiques visant à fausser le jeu de la concurrence sur le marché sur lequel le fabricant est présent. Le système de remises favorise alors les distributeurs qui ne distribuent pas les produits concurrents ou ceux qui appliquent les prix imposés par le fabricant. Il arrive que les critères d'attribution soient clairement formulés en ces termes, liant par exemple l'octroi de la remise à l'obligation de ne pas distribuer de produits concurrents. D'autres critères qualitatifs, non formulés en ces termes, peuvent toutefois aussi avoir des

5. Voir notamment Gyselen, « *Rebates, Competition on the Merits or Exclusionary Practice ?* », in European Competition Law Annual 2003 et John Kallaugher, Brian Sher (2004) « *Rebates Revisited : Anti-Competitive Effects and Exclusionary Abuse Under Article 82* », ECLR, 2004, p. 263-285, et Amelia Fletcher « *Loyalty Rebates Schemes : towards an effects-based approach ?* » Alberto Heimler « *Pricing below cost and loyalty discounts : are they restrictive and if so when* ? », Spector D. « *Which rule of reason for loyalty Rebates* » (2e conférence de l'Association des économistes de la concurrence, Sienne, 2-3 décembre 2004).

6. Voir, pour les décisions les plus récentes, les arrêts du TPICE T-203/01, Michelin/Commission, du 30 septembre 2003 et T-228/97, Irish Sugar/Commission du 7 octobre 1999.

effets restrictifs de concurrence. Des conditions subordonnant l'octroi de remises à un client à l'approvisionnement pour tout ou partie de ces besoins auprès du même fournisseur sont particulièrement représentatives des remises de fidélité. Mais des critères qui apparemment ne visent que les quantités achetées peuvent également, s'ils présentent certaines caractéristiques, avoir des effets fidélisants. Des conditions visant une durée minimale d'approvisionnement doivent également être analysées plus précisément.

Encore faut-il que ces critères puissent être vérifiés. S'ils ne sont pas affichés, c'est-à-dire ne sont pas transparents, ou si l'application qui en est faite ne correspond pas à ce qui est affiché, alors il convient de vérifier si les critères d'attribution constatés ne faussent pas le jeu de la concurrence.

Les critères qualitatifs

Les conditions d'octroi d'un rabais, lorsqu'elles sont d'ordre qualitatif, peuvent viser plus ou moins clairement à restreindre le jeu de la concurrence.

Les critères interdisant la concurrence intramarque : prix imposés et interdiction de ventes passives

C'est le cas lorsque, dans le cadre d'un contrat entre fournisseur et distributeur, les remises ont explicitement pour objet la mise en place d'une des restrictions caractérisées définies à l'article 4 du règlement d'exemption n° 2790/99 du 22 décembre 1999, comme par exemple la vente des produits à un prix fixe ou minimal. Les lignes directrices précisent qu'un prix de vente peut être imposé par des moyens indirects tels qu'« *un accord qui subordonne au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de ristournes* ». Ainsi, le Conseil a établi que la société *Virgin Loisirs*, importateur exclusif de consoles vidéo *Bandaï*, avait instauré, dans ses conditions commerciales de distribution, une remise trimestrielle de qualité, dont le principal critère d'attribution était le respect de sa politique commerciale [7].

De même, les lignes directrices citent, parmi les mesures indirectes que peut adopter un fournisseur afin de restreindre les ventes d'un distributeur sur un territoire donné ou aux utilisateurs finals, « *le refus ou la réduction des primes et remises* ».

Les critères interdisant la distribution de produits concurrents

Les conditions d'attribution de la remise peuvent également prévoir qu'elle ne sera accordée que si le distributeur s'engage à ne pas distribuer de produits concurrents. Le règlement d'exemption du 22 décembre 1999 sur les restrictions verticales définit ce type de remises comme des obligations indirectes de non-concurrence. Un accord vertical comprenant ce type d'obligations est exemptable au titre de ce règlement, dans la mesure où il est limité à moins de cinq ans, et où la part de marché du fournisseur concerné ne dépasse pas 30 %. Au-delà, les lignes directrices prévoient l'analyse d'un

7. Décision 95-D-62 du 26 septembre 1995.

certain nombre de facteurs structurels afin de déterminer les effets de ce type de remise sur la concurrence (*cf.* ci-dessous deuxième partie). Elles soulignent (point 1399) que le monomarquisme, favorisé par de telles remises, risque en effet de fermer l'accès des fournisseurs concurrents ou potentiels au marché, de faciliter la collusion entre fournisseurs en cas d'utilisation cumulative et, lorsque l'acheteur est un détaillant vendant aux consommateurs finals, d'affaiblir la concurrence intermarques à l'intérieur du point de vente.

Pour une entreprise en position dominante, des remises destinées à lui assurer l'exclusivité de l'approvisionnement d'un acheteur ont été jugées anticoncurrentielles depuis l'arrêt de la CJCE « *Hoffmann La Roche* » [8] : « *Attendu que, pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier – fût-ce à leur demande – des acheteurs par une obligation ou promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue une exploitation abusive d'une position dominante* [...] *soit que l'obligation en question soit stipulée sans plus, soit qu'elle trouve sa contrepartie dans l'octroi de rabais ; qu'il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique, soit en vertu d'accords passés avec ces acheteurs, soit unilatéralement, un système de rabais de fidélité, c'est-à-dire de remises liées à la condition que le client – quel que soit par ailleurs le montant, considérable ou minime, de ses achats – s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante ; qu'en effet, les engagements d'approvisionnement exclusif de cette nature, avec ou sans la contrepartie de rabais ou l'octroi de rabais de fidélité en vue d'inciter l'acheteur à s'approvisionner exclusivement auprès de l'entreprise en position dominante, sont incompatibles avec l'objectif d'une concurrence non faussée dans le marché commun parce qu'ils ne reposent pas* [...] *sur une prestation économique justifiant cette charge ou cet avantage, mais tendent à enlever à l'acheteur, ou à restreindre dans son chef, la possibilité de choix en ce qui concerne ses sources d'approvisionnement et à barrer l'accès du marché aux autres producteurs* [...] ».

De même, le Conseil a estimé dans sa décision 03-MC-04 du 22 décembre 2003 que la prime dite « *de fidélité* » (jusqu'à 1 %) accordée par les NMPP, en position dominante, aux éditeurs qui leur confiaient l'intégralité de leurs titres était de nature à fausser le jeu de la concurrence en dissuadant les éditeurs de changer de messagerie de presse.

Le Conseil a récemment eu à connaître des conditions d'octroi d'une remise prévoyant expressément une exception à un engagement implicite de non-concurrence. Il a considéré que la mention, dans les conditions d'achat signées entre un producteur de roquefort et un distributeur, d'une formule « *Toléré Papillon carte noire* » indiquait qu'une exception était faite à l'obligation de non-concurrence en faveur d'un produit concurrent, et prouvait l'existence de cette obligation [9].

8. Décision de la CJCE C-85/76, Hoffmann-Laroche/Commission, du 13 février 1979.

9. Décision 04-D-13 du 8 avril 2004.

Les critères liant l'achat de biens et services différents

Les critères d'attribution d'une remise peuvent prévoir expressément qu'elle sera accordée si l'acheteur fait l'acquisition simultanément ou au cours d'une période de temps spécifiée, de deux ou plusieurs biens ou services. Les autorités de la concurrence ont considéré, dans de nombreuses décisions que de telles remises dites « *de couplage* », accordées par une entreprise en position dominante sur l'un des marchés concernés, étaient susceptibles de fausser le jeu de la concurrence sur un marché. Ainsi, dans une affaire mettant en cause le laboratoire pharmaceutique Novartis, qui détenait une position dominante sur le marché de la ciclosporine (médicament anti-rejet pour les greffes), le Conseil a considéré que les remises accordées aux hôpitaux, liant l'achat de cette spécialité à l'achat d'autres médicaments faussaient le jeu de la concurrence sur le marché de ces médicaments sur lequel il existait d'autres offreurs [10].

Lorsque l'éventail de produits liés entre eux par des remises est large et que la position dominante de l'offreur est appuyée, entre autres, sur le fait qu'il est en mesure de proposer une large gamme de produits, on parle aussi de remise de gamme. Dans la décision mettant en cause la Société des caves et des producteurs réunis de Roquefort, le Conseil a ainsi sanctionné des remises qui étaient accordées à la condition que les enseignes de la grande distribution référencent plusieurs des produits commercialisés par ce fabricant, constitués tant de fromages de roquefort, que d'autres spécialités à base de lait de brebis. Par exemple, dans certains des contrats mis en cause, une remise spécifique rétribuait l'achat des trois spécialités de roquefort (« *Templiers* », « *Baragnaudes* », « *Abeille »*).

Les critères exprimés en pourcentage des ventes de l'acheteur

Les remises peuvent aussi être subordonnées à la réalisation d'objectifs quantitatifs incitant directement les acheteurs à s'adresser de façon exclusive ou quasi exclusive au même fournisseur. Lorsque l'exclusivité porte sur une part importante des ventes, ce type de critère peut avoir les mêmes effets que l'interdiction des ventes de produits concurrents examinée ci-dessus (*cf.* « *Les critères interdisant la distribution des produits concurrents* »).

En ce qui concerne l'application de l'article 81.1 du traité CE à des accords verticaux, le règlement d'exemption du 22 décembre 1999 définit les obligations de non-concurrence comme celles imposant de se fournir pour plus de 80 % de ses besoins chez le même fournisseur. Dans la mesure où elle est imposée pour une durée de plus de cinq ans, cette obligation ne peut bénéficier de l'exemption accordée aux fournisseurs qui ne réalisent pas plus de 30 % des ventes sur le marché affecté. Les lignes directrices recommandent alors de procéder à une analyse au cas par cas, notamment en fonction des caractéristiques structurelles du marché affecté.

Le Conseil a examiné dans une décision récente, les effets sur la concurrence sur le marché de la téléphonie mobile, d'une remise accordée en 1999 par

10. Décision 03-D-35 du 24 juillet 2003.

SFR, aux grossistes signataires d'une convention « partenaire grossiste », par laquelle ils s'engageaient à ce que, chaque mois, au moins 90 % du nombre total des abonnements qu'ils enregistraient dans les points de vente liés soient des lignes SFR validées par SFR, [11]. L'analyse structurelle a cependant conduit le Conseil à considérer que ces effets n'avaient pu être significatifs.

Dans cette analyse structurelle est notamment pris en compte le pouvoir de marché du fournisseur. Pour une entreprise en position dominante, le fait de subordonner l'octroi d'une remise à l'approvisionnement d'un pourcentage des besoins de l'acheteur peut être considéré comme abusif, indépendamment du seuil de 80 % mentionné ci-dessus. La jurisprudence Hoffmann-Laroche citée ci-dessus considère comme abusif le fait de lier une remise à l'obligation de s'approvisionner pour « *une part considérable* » ou « *une part importante* » des besoins de l'acheteur. En particulier, lorsqu'un fournisseur en position dominante subordonne l'octroi de remises au fait que l'acheteur s'adresse à lui pour la couverture d'un pourcentage de ses besoins égal ou supérieur à la part de marché détenue par ce fournisseur, ce type de remises est de nature à geler les parts de marché des concurrents.

Le Conseil a ainsi sanctionné une clause du contrat conclu entre la société Coca-Cola – en position dominante sur le marché des sirops au goût de coca destinés aux distributeurs de boissons – et les entrepositaires-grossistes, qui prévoyait que « *lorsque la part de marché du quart consigné Coca-Cola sera au moins égale à 85 % du volume total des quarts consignés réalisés dans l'année, l'entrepôt bénéficiera d'une rémunération de 4 % sur le chiffre généré par ce produit* » [12].

S'agissant de remises dans le secteur de la vente d'espaces publicitaires télévisuels, le Conseil a également estimé que la mise en œuvre de remises fondées sur les parts de marché conduisait les annonceurs à affecter à la chaîne de télévision qui leur consent cet avantage le budget publicitaire minimum qui leur est imposé pour pouvoir en bénéficier et qu'une telle remise s'apparente ainsi à une remise de fidélité qui fait obstacle à la fluidité des investissements publicitaires entre les chaînes [13].

Les critères fondés sur un ou plusieurs seuils en valeur absolue

Dans d'autres cas, la stratégie poursuivie par le fournisseur est moins explicite. Les remises sont accordées lorsque les achats dépassent un seuil en valeur absolue, exprimé en valeur ou en volume, ou augmentent progressivement avec le montant ou le volume des achats. Elles sont donc fonction des quantités achetées mais ces remises « *quantitatives* » peuvent néanmoins avoir un effet fidélisant de nature à évincer les fournisseurs concurrents ou à élever les barrières à l'entrée sur un marché.

En premier lieu, ces seuils peuvent être homogènes (le même pour tous) ou individualisés. La mise en place de seuils individualisés est souvent basée

11. Décision 04-D-67 du 1er décembre 2004.
12. Décision 96-D-67 du 29 octobre 1996.
13. Décision 00-D-67 du 13 février 2001.

sur une enquête précise du besoin du client. Ce genre de seuil revêt la forme d'une discrimination du premier degré [14]. Cette discrimination est assez forte, et peut permettre de fixer le niveau d'exclusivité souhaité par le fabricant. Le seuil sera fixé en valeur absolue mais de fait correspondra à un pourcentage important voire à la totalité des besoins de l'acheteur pour ce type de bien ou de service et ses effets seront alors ceux d'une obligation de non-concurrence décrits ci-dessus. Ainsi, le fait que le système de rabais mis en place par Michelin reposait sur des seuils individualisés selon les revendeurs, est un des éléments qui a été pris en considération par les autorités européennes dans leur condamnation des effets anticoncurrentiels de ce système (décision de la Commission du 7 octobre 1981 et arrêt de la CJCE du 9 novembre 1983).

Des seuils communs non ciblés peuvent néanmoins être fixés à un niveau suffisamment élevé pour, de fait, exclure les concurrents. C'était le cas s'agissant du barème des NMPP rémunérant les dépositaires de presse, qui comportait des tranches de remise dont les seuils étaient calculés de telle sorte que seule la filiale de son actionnaire principal, Relais H, pouvait obtenir une rémunération maximale, les concurrents existants et, *a fortiori*, tout entrant potentiel, ne pouvant espérer qu'une rémunération inférieure de moitié environ à celle attribuée à Relais H [15].

De même, la CJCE, dans un arrêt en date du 29 mars 2001 C-163/99 (République portugaise c/ Commission), a considéré que le niveau des seuils en valeur absolue pouvait avoir des effets anticoncurrentiels : « *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* ».

Un système fondé sur une « *grille de remises* », dans lequel sont prévus plusieurs taux de remises de plus en plus élevés en fonction du chiffre d'affaires réalisé par l'acheteur avec le même fournisseur, peut être moins contraignant pour l'acheteur puisque les effets n'en sont pas liés à un seuil unique. Toutefois, le mode de calcul et le niveau des remises peuvent remettre en cause ce constat, comme la Commission européenne l'a établi dans l'affaire Michelin II (*cf.* ci-dessous).

14. La discrimination par les prix au premier degré correspond à une discrimination parfaite, le producteur fixant un prix différent pour chaque consommateur égal à son prix de réserve et s'appropriant ainsi la totalité du surplus des consommateurs.

15. Décision 03-D-09 du 14 février 2003.

Les critères relatifs à la durée de l'engagement auprès du fournisseur

Les remises peuvent être subordonnées à un engagement de s'approvisionner auprès du même fournisseur pendant une certaine durée, de façon explicite. Le même objectif peut être atteint de façon implicite, en fonction de la période de référence sur laquelle l'objectif quantitatif doit être atteint. Comme pour les remises liées aux quantités achetées, de telles remises ne sont pas dépourvues de contreparties réelles pour le fournisseur, dans la mesure où l'engagement de l'acheteur réduit l'incertitude quant à l'évolution de ses ventes.

Toutefois, si la durée d'engagement est longue les coûts de changement de fournisseur (*switching costs)* qui seraient subis en cas de rupture de l'engagement ou de non-atteinte de l'objectif et de perte de la remise sont suffisamment importants pour décourager le départ d'un client vers un concurrent. Les clients sont donc liés pour une période donnée à leur fournisseur de référence. Il n'est donc pas possible de leur proposer un contrat attrayant pendant la durée de l'engagement. Cette durée doit être comparée à la fréquence à laquelle les ventes aux acheteurs concernés peuvent être remises en concurrence. Si elle conduit à allonger de façon artificielle la durée au cours de laquelle les clients sont captifs, alors de telles remises peuvent avoir pour effet d'élever artificiellement les barrières à l'entrée pour les concurrents.

Les lignes directrices sur les restrictions verticales de 2000 précisent (point 141) que les obligations de non-concurrence – dont on a vu ci-dessus qu'elles peuvent prendre la forme de remises incitant les acheteurs à s'approvisionner pour tout ou partie de leurs besoins auprès du fournisseur concerné – ne donnent pas lieu à des effets anticoncurrentiels sensibles lorsqu'elles sont contractées par des entreprises n'occupant pas de position dominante pour une durée de moins d'un an. Entre un et cinq ans, ces obligations doivent être examinées sur la base d'un bilan des effets pro concurrentiels. Au-delà de cinq ans, la Commission considère que généralement ces obligations ne sont pas nécessaires pour obtenir les gains d'efficience allégués ou bien que ceux-ci sont insuffisants pour compenser l'effet de fermeture du marché.

Dans la décision 04-D-67 précitée, le Conseil a examiné la durée sur laquelle les grossistes « *partenaires SFR* » étaient liés : « *En l'espèce, la durée de l'obligation était identique à celle de la convention* "partenaires grossistes"*, soit trois ans, renouvelable par tacite reconduction pour un an et pouvant être dénoncée trois mois avant l'échéance. Au bout de trois ans, le grossiste était donc libre de changer de fournisseur ou de renoncer au bénéfice de la convention* "grossiste partenaire SFR" ».

Pour conclure sur les effets anticoncurrentiels liés aux critères que les acheteurs doivent respecter pour bénéficier de rabais, il convient de souligner que certains systèmes de remises sont multicritères. Ainsi, le Conseil de la concurrence a sanctionné la société Abbott pour avoir mis au point un système de remises de fidélité au moment où son brevet d'exclusivité sur le principe actif d'un gaz anesthésique tombait dans le domaine public. Cette société proposait à des centrales d'achats d'hôpitaux privés et de cliniques des remises liées soit à l'achat de l'ensemble de la gamme de produits Abbott, soit au chiffre d'affaires total réalisé avec chaque établissement, soit

en fonction d'un quota d'achat. Par ailleurs, certains contrats étaient valables pour une durée de deux ans, au lieu de la période d'un an usuellement pratiquée dans la profession. Le Conseil a estimé que « *la société Abbott, alors qu'elle se trouvait en position dominante, a, pour les années 1993 et 1994, proposé aux centrales CAHP et CACIC des contrats offrant des remises de nature à capter l'exclusivité des achats d'Isoflurane de l'ensemble des membres de chacune de ces centrales et à les dissuader de se fournir auprès de la société Belamont, qui entrait sur le marché avec un produit générique concurrent* » [16].

Les critères non transparents

Les critères réels selon lesquels les acheteurs peuvent bénéficier de remises ne sont pas toujours affichés. L'absence de transparence d'un système de remises peut constituer un indice sérieux de son caractère anticoncurrentiel. Lorsque certains acheteurs bénéficient d'un rabais alors que les conditions générales de vente n'en prévoient aucun, il convient en effet de vérifier que ces remises ne sont pas utilisées pour fausser le jeu de la concurrence. Des remises peuvent également être accordées à certains acheteurs alors qu'ils ne remplissent pas les conditions affichées, par exemple dans les conditions générales de vente.

Des rabais peuvent ainsi être accordés, dans les faits, aux acheteurs qui s'approvisionnent pour la totalité ou une part importante de leurs besoins auprès du fournisseur concerné. L'analyse de leurs effets potentiels doit alors être guidée par celle des lignes directrices relative aux obligations de non-concurrence et, s'agissant d'une entreprise en position dominante, par la jurisprudence « *Hoffmann-Laroche* ».

Elles peuvent également être utilisées, de façon ponctuelle, pour garder la clientèle d'un acheteur tenté de passer à la concurrence ou être proposées exclusivement aux clients d'un concurrent. La Commission dans la décision « *Irish Sugar* » [17] a jugé qu'une politique de prix bas appliquée de manière sélective aux clients potentiels de son concurrent et qu'il ne s'agit pas de généraliser, même pour les clients les plus importants, était prédatrice lorsqu'elle était mise en œuvre par une entreprise en position dominante.

Le Conseil a, par exemple, constaté, s'agissant de la distribution de chrono dactylographes, que les conditions d'octroi de remises n'étaient « *pas vérifiées, appliquées à des distributeurs qui ne l'ont pas signé : son véritable objet était de procurer un avantage financier substantiel aux négociants qui s'engageaient à ne pas commercialiser des produits de substitution* » [18]. En l'absence de transparence, un système de remise peut être ramené à un système de remises accordées au cas par cas, comme l'a estimé le Conseil s'agissant de remises accordées par un fabricant de tuiles et briques [19] :

16. Décision 01-D-23 du 10 mai 2001.

17. Décision de la Commission 97/624/CE du 14 mai 1997 et arrêt du TPICE T-228/97, Irish Sugar/Commission du 7 octobre 1999.

18. Décision 90-D-34 du 2 octobre 1990.

19. Décision 90-D-27 du 11 septembre 1990.

« *le système s'apparentait en fait à celui des remises de fidélité calculées non exclusivement en fonction de quantités fixées objectivement et valables pour l'ensemble des acheteurs éventuels mais d'estimations établies cas par cas pour chaque client* ».

Le système de remises mis en cause par la Commission, dans l'affaire dite « *Michelin I* » [20], revêtait également cette forme : le niveau de remise était généralement inconnu du revendeur et l'attribution effective de celle-ci semblait en partie à la discrétion de Michelin. Michelin aurait ainsi parfois unilatéralement modifié le taux de remise ou l'aurait attribuée à des revendeurs n'ayant pas atteint leurs objectifs de chiffre d'affaires.

Le Conseil a aussi constaté, dans plusieurs affaires ainsi que dans l'avis 04-A-19 du 18 octobre 2004, relatif aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée, qu'un système de ristournes artificiellement conditionnelles était négocié entre un producteur et des distributeurs, de façon à ce que ces rabais ne puissent apparaître sur la facture et être répercutées aux consommateurs, puisqu'elles étaient supposées être non acquises à la date de la facturation. Dans les faits, les distributeurs sont assurés d'en bénéficier même s'ils n'atteignent pas les objectifs présentés comme la condition de leur attribution.

Par exemple, le Conseil a montré que deux des principaux fournisseurs de calculatrices à usage scolaire (Texas Instrument et Noblet) avaient mis en place un système de remises faussement conditionnelles puisque les distributeurs avaient obtenu de leurs fournisseurs la garantie *ex ante* de leur versement. Cependant, ces remises prenaient, dans les contrats, l'apparence de remises conditionnelles. Elles garantissaient ainsi aux fournisseurs le respect d'un prix de revente uniforme, artificiellement élevé, aux consommateurs puisqu'elles empêchaient, grâce à l'interdiction de revente à pertes, aux distributeurs de les répercuter. Ces remises étaient d'ailleurs accompagnées d'une politique de surveillance des prix pratiqués par les distributeurs comportant au besoin le rappel de l'interdiction de la revente à pertes [21].

Dans d'autres cas, les rabais ne sont pas accordés à un ou plusieurs acheteurs alors qu'ils remplissent les conditions prévues. Cette forme de discrimination peut constituer une mesure de rétorsion et révéler que les critères d'octroi de ces remises ne sont pas, ou ne sont pas toujours, ceux qui sont affichés. Dans les faits, le fournisseur peut, par exemple, réserver le bénéfice de ces rabais aux acheteurs qui ne s'approvisionnent pas auprès de fournisseurs concurrents ou à ceux qui respectent une certaine politique tarifaire.

Les modalités de calcul de la remise

Les remises, rabais et ristournes sont utilisées, de préférence à une baisse uniforme des prix, parce qu'elles permettent d'inciter les acheteurs à adopter un certain comportement. L'effet incitatif dépend avant tout du montant de la

20. Décision de la Commission du 7 octobre 1981 et arrêt de la CJCE C-322-81, Michelin/Commission, du 9 novembre 1983.

21. Décision 03-D-45 du 25 septembre 2003.

réduction dont l'acheteur peut espérer bénéficier s'il adopte ce comportement, et donc du taux de la remise mais également de l'assiette sur laquelle le taux de réduction est appliqué.

Toutefois, la définition de l'assiette elle-même peut également déterminer le type de comportement que la remise veut favoriser et lui conférer notamment un caractère fidélisant ou lier *de facto* les achats de biens et services différenciés.

Le taux de réduction

Une remise est d'abord caractérisée par son taux. *A priori*, plus le taux est élevé, plus grand est l'effet incitatif et potentiellement anticoncurrentiel. Dans la décision 04-D-13 du 8 avril 2004 précitée, le Conseil a ainsi noté que le montant très élevé des rémunérations versées par ce dernier aux magasins à l'enseigne Carrefour, soit 8,60 %, contre une moyenne de 5 % versée par les autres fournisseurs de roquefort, venait encore confirmer le fait que ces remises achetaient l'exclusivité de l'approvisionnement. En revanche, évaluant les effets qu'avait pu avoir sur la concurrence, une prime offerte par France Télécom en janvier 1999, sous la forme d'un abonnement gratuit de six mois à une nouvelle option tarifaire du service téléphonique fixe de France Télécom, et subordonnée à la souscription d'un abonnement mobile, le Conseil a jugé que la modicité de cette remise écartait tout risque d'effet anticoncurrentiel : « *Le prix de l'option Primaliste Longue Distance, inscrite au catalogue de France Télécom, était en effet de 15 francs par mois, et l'avantage offert étant limité à 90 francs au total* ».

L'assiette sur laquelle sont calculées les remises peut être plus ou moins large et plus ou moins diversifiée

La remise peut ainsi s'appliquer à la seule quantité incrémentale achetée au-delà d'un seuil ou à la quantité totale achetée. Dans le premier cas, le tarif s'approche d'une tarification en « *binôme* » assez classique. Dans le cas où la remise porte sur la quantité totale, le non-franchissement du seuil est beaucoup plus pénalisant pour l'acheteur et Aghion et Bolton [22] en ont montré le caractère potentiellement anticoncurrentiel. L'assiette peut encore être élargie en prenant en compte le chiffre d'affaires réalisé au cours de périodes passées. Le Conseil a ainsi sanctionné des remises accordées par la société *Scan Coupon* à titre rétroactif, c'est-à-dire sur le chiffre d'affaires passé, à ceux qui acceptaient la reconduction d'une clause d'exclusivité [23].

En deuxième lieu, le mode de calcul des remises peut favoriser les achats couplés de plusieurs biens et services si elles sont assises sur le montant global des achats réalisés au cours d'une période, et ce, même si les conditions d'attribution de ces remises ne prévoient pas expressément un achat couplé.

22. P. Aghion et P. Bolton, 1987, « *Contracts as Barrier to Entry* », American Economic Review, 77, p. 388-401.

23. Décision 02-D-33 du 10 juin 2002.

Ainsi, s'agissant de remises accordées par La Poste [24], le Conseil a considéré que « *la globalisation des chiffres d'affaires entre deux produits* [...] [du secteur concurrentiel], *servant de base de calcul des remises, peut avoir un objet anticoncurrentiel en ce qu'il incite les clients à concentrer leur demande auprès de La Poste. Cette globalisation n'est pas justifiée par des gains d'efficience dans la mesure où les produits sont indépendants, de sorte que le développement de l'un ne procure pas d'économies d'échelle pour le développement de l'autre. L'intérêt de la globalisation pour le secteur de la VPC est de s'appuyer sur les chiffres d'affaires importants réalisés avec les envois de colis vers les consommateurs et la diffusion de catalogues, pour bénéficier de remises pour d'autres produits en concurrence offerts sur des marchés distincts, alors que les volumes concernés sont faibles. Pour La Poste, l'intérêt est d'inciter les entreprises à concentrer chez elle leur demande de services en concurrence, et ce, d'autant plus que les sociétés du secteur de la VPC s'adressent majoritairement à La Poste pour la livraison de colis à destination des consommateurs et quasi exclusivement à cette dernière pour les catalogues* ».

De même, le Conseil, en examinant les effets sur la concurrence d'une offre sur mesure proposée par France Télécom à Renault en 1999 [25], a constaté que « *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 a conclu « *qu'en permettant à Renault de prendre un engagement de volume portant sur la globalité du trafic, France Télécom lui a offert deux avantages majeurs, une remise sur les communications locales et un risque de pénalités réduit, qu'aucun opérateur entrant ne pouvait offrir à ce stade de l'ouverture des marchés des télécommunications à la concurrence, notamment en l'absence de dégroupage* ».

Dans l'affaire mettant en cause les accords conclus entre les principales enseignes de la grande distribution et le groupe Société des caves du Roquefort [26], le Conseil a également constaté, s'agissant des conditions consenties aux Comptoirs modernes, que le fait de subordonner l'octroi d'une remise à l'achat de cinq références avait renforcé l'effet lié au seul taux de la remise : « *Au total, contre l'octroi d'une rémunération de 7 %, équivalente à celle versée dans les autres contrats de sélectivité à caractère exclusif passés avec les autres enseignes de la GMS, la Société des caves détenait, en 1997, plus de 90 % des approvisionnements de roquefort des Comptoirs modernes, soit une part très supérieure à sa part de marché nationale en GMS, qui était de 75 %.* »

En troisième lieu, lorsque le système est basé sur une grille donnant le niveau de remises en fonction du chiffre d'affaires, une caractéristique importante est la progressivité de la grille. Par exemple, si une progression de 10 % du volume d'affaires permet un doublement du niveau de la remise, il est évident que le système est plus fidélisant que si la remise n'augmente que de 1 %.

24. Décision 04-D-65 du 30 novembre 2004.
25. Décision 01-D-46 du 23 juillet 2001.
26. Décision 04-D-13 du 8 avril 2004.

Si la remise est calculée sur l'ensemble du chiffre d'affaires mais varie en fonction du seuil atteint, le prix d'une unité supplémentaire achetée peut être très faible voire négatif, en tout état de cause inférieur à son coût variable, au voisinage d'un seuil. Pour un concurrent, il est alors très difficile de vendre à ce client cette unité supplémentaire de bien. L'exemple chiffré suivant montre que le niveau de remise que doit proposer un concurrent, pour rendre son client neutre face au choix de se fournir exclusivement chez son fournisseur de référence et diversifier ses achats, peut être très différent du niveau affiché. Dans le cas d'une remise d'approvisionnement exclusif de 2 % : le client perd la remise dès qu'il achète une unité du bien chez un concurrent. L'influence de cette remise dépend de la capacité des concurrents à répondre partiellement ou totalement à la demande du client. Si un concurrent peut fournir 5 % des besoins du client, il doit proposer une remise de 40 % par rapport au prix de l'entreprise en place. Si le concurrent est en mesure de fournir 20 % des besoins du client, il doit proposer une remise de 10 %. S'il est en mesure de fournir 50 % des besoins, la remise doit simplement être de 4 %. À l'extrême, si le concurrent peut répondre à la totalité de la demande du client, la remise doit être de 2 %. La part des besoins du client qui peut être contestée par un concurrent dépend des caractéristiques du marché comme nous le verrons ci-dessous (mode de concurrence sur le marché en cause, caractère incontournable du produit du fournisseur dominant).

Dans l'affaire mettant en cause un producteur de roquefort [27], le Conseil a exposé le même type d'effet lié au mode de calcul du rabais : « *Les remises consenties par la Société des caves étaient calculées sur la base du chiffre d'affaires réalisé sur la vente d'un très grand nombre de références, dont certaines ne pouvaient être fournies que par elle, notamment en raison des quantités demandées par les acheteurs. Il n'était donc pas possible aux concurrents de proposer des rabais compétitifs sur les seuls produits de la gamme sur lesquels ils étaient présents, dès lors que l'assiette de leur rabais était nécessairement plus restreinte et que, pour donner un avantage financier global comparable à celui offert par l'entreprise en position dominante, ils auraient dû consentir des taux de remise économiquement très difficiles à supporter pour eux* ».

En revanche, Alberto Heimler [28] et Amelia Fletcher [29] montrent que, s'agissant du système de « *remises quantitatives* » mis en cause dans l'affaire Michelin II [30], le taux de remise qui devait être offert par un concurrent pour contester une partie des achats des distributeurs restait très raisonnable puisqu'il ne dépassait pas, selon eux 1,5 % à 2 %.

27. Décision 14-D-13 du 8 avril 2004.

28. Heimler, Alberto, « *Pricing Below Cost and Loyalty Discounts : Are They Restrictive and If So When ?* » SSRN Electronic Paper Collection, septembre 2004.

29. Présentation à la conférence de l'Association of Competition Economists, Sienne, décembre 2004.

30. Décision de la Commission, du 20 juin 2001 et arrêt TPICE du 30 septembre 2003.

L'importance des facteurs liés aux caractéristiques du ou des marchés concernés

Les critiques adressées par l'École de Chicago à la prohibition des remises de couplage et des remises de fidélisation tendent à montrer que, même pour une entreprise en position dominante, leurs effets négatifs sur la concurrence sont loin d'être démontrés ou qu'à tout le moins, si des systèmes de remises sont mis en place, c'est qu'ils engendrent des gains d'efficacité qui compensent largement ces effets négatifs.

Ces conclusions sont cependant largement dépendantes des hypothèses faites sur l'environnement dans lequel les remises sont mises en œuvre. Elles ont donc attiré l'attention sur l'importance de la prise en compte, au-delà des caractéristiques propres aux remises elles-mêmes (conditions et mode de calcul tels qu'exposés ci-dessus), de la structure du marché affecté. S'agissant des remises et rabais accordés dans le cadre d'un accord de distribution, l'importance de ces variables environnementales a été soulignée par la Commission dans les lignes directrices.

Les facteurs suivants sont notamment susceptibles d'atténuer ou d'intensifier les effets anticoncurrentiels des remises : les positions respectives du fournisseur et de ses concurrents sur le marché, l'existence de barrières à l'entrée et la position de l'acheteur.

La réflexion économique a mis en relief l'importance des facteurs liés à la structure du marché

Pour l'École de Chicago, si une entreprise peut offrir de façon profitable à ses acheteurs des remises qui se traduisent pour elle par une perte par rapport à la vente au « *prix catalogue* », c'est qu'il existe des gains d'efficacité.

Ainsi, s'agissant des remises visant à obtenir de l'acheteur un engagement d'exclusivité, un acheteur qui accepte de signer une clause d'achat exclusif se prive volontairement de la possibilité d'acheter de la marchandise à un autre fournisseur à un prix moindre. S'il est rationnel, il n'acceptera une telle clause d'achat que si la remise est suffisamment élevée par rapport à la baisse de prix qu'il pourrait obtenir auprès d'un autre fournisseur. Or, le fournisseur n'est en mesure d'offrir une telle remise, que si l'augmentation du profit qu'il escompte réaliser du fait de la mise en place de l'exclusivité, est supérieure à cette perte de surplus, Pour l'École de Chicago, si on constate l'existence de contrats d'exclusivité, c'est que l'exclusivité génère des gains d'efficacité si importants que la pratique, rentable pour l'entreprise, est donc également socialement profitable.

S'agissant des remises de couplage, les tenants de l'École de Chicago contestent que le pouvoir de monopole puisse être étendu sur un marché connexe, le profit obtenu sur le marché en monopole ne pouvant être accru puisqu'il est déjà maximal. Si l'entreprise offre une remise sur son marché en monopole pour chaque achat sur le marché concurrentiel, c'est donc qu'il y a des gains d'efficience liés au couplage. Ce constat serait vérifié aussi bien pour des biens indépendants que pour des biens complémentaires. L'absence de coûts communs qui est parfois mise en cause pour démontrer

le caractère artificiel et donc non justifié du couplage entre les biens indépendants ne pourrait donc fonder la prohibition de la remise. L'argument de l'École de Chicago repose donc sur le manque de rationalité de cette pratique en l'absence de gains d'efficience.

Les critiques adressées par l'École de Chicago à la prohibition des remises de couplage et des remises fidélisantes sont largement dépendantes des hypothèses portant sur l'environnement dans lequel les remises sont mises en œuvre et principalement sur la structure du marché.

Ainsi, dans les modèles qui prennent en compte l'effet des remises sur les possibilités d'entrée sur le marché, et qui pour la plupart introduisent aussi des considérations liées aux imperfections de marché, telles que les asymétries d'information, les remises peuvent s'accompagner d'un mécanisme d'exclusion anticoncurrentiel [voir par exemple les travaux de Aghion et Bolton (1987) [31], Rasmussen *et al.* (1991) [32], Fumagalli et Motta (2002) [33]]. De même, les raisonnements tenus sur les effets des remises de couplage reposent sur des hypothèses contraignantes concernant le marché en concurrence, en particulier l'absence d'économies d'échelle. En revanche, Whinston [34] (1990) a montré, pour des biens indépendants, que plus les coûts fixes étaient importants sur ce marché – et donc les barrières à l'entrée élevées – plus les prix bas résultant de la remise de couplage étaient susceptibles de décourager les nouveaux entrants.

Dans le modèle de Carlton et Waldman (2002) [35], les ventes liées sont également utilisées comme barrière à l'entrée, non parce que l'entreprise veut étendre son pouvoir de monopole sur un marché adjacent mais parce qu'elle veut protéger son pouvoir de monopole et craint l'entrée de concurrents plus efficaces sur un marché complémentaire. L'entreprise dominante aujourd'hui a intérêt à lier les deux biens (et à subir une perte aujourd'hui) pour empêcher le concurrent de rentrer demain sur son marché principal. Les auteurs montrent que les cas où cette stratégie bloque l'entrée, sont effectivement ceux qui sont socialement inefficaces ; les consommateurs y perdent. Cette stratégie s'apparente à celle dénoncée par le Département de la justice, aux États-Unis dans l'analyse du cas Microsoft : le couplage d'Internet Explorer à Windows aurait été motivé pour Microsoft par la volonté de préserver son monopole sur le système d'exploitation, sur lequel Windows occupe une position largement dominante. Si la plupart des applications, dont les logiciels de navigation sur internet tels Internet Explorer, ne fonctionnent que sous Windows, alors il y a peu d'incitation à développer des systèmes d'exploitation concurrents. En revanche, le développement d'une offre concurrente sur les marchés des applications menacerait à terme le

31. Aghion P., Bolton P. (1987), « Contracts as a barrier to entry », *American Economic Review*, p. 388-401.

32. Rasmussen E., Ramseyer J., Wiley J. (1991), « Naked exclusion », *American Economic Review*, p. 1137-1145

33. Chiara Fumagalli, Massimo Motta (2003), « Exclusive dealing and entry when Buyers Compete ».

34. Whinston M. (1990), « Tying, foreclosure and exclusion », *The American Economic Review*, septembre 1990.

35. Carlton D., M. Waldman (2002), « *The strategic use of tying to preserve and create market power in evolving industries* », RAND Journal of Economics, été 2002.

monopole de Microsoft sur les systèmes d'exploitation. Carlton et Waldman montrent que l'effet dissuasif du couplage est encore renforcé par l'existence d'effets club, c'est-à-dire de situations dans lesquelles l'utilité d'un bien s'accroît avec le nombre d'utilisateurs.

Ces modèles soulignent cependant que ces stratégies posent un problème d'engagement : si finalement l'entrée a lieu, alors l'entreprise dominante a intérêt à ne pas lier les deux biens. Une simple remise de couplage, et non un couplage technologique, peut se révéler insuffisante pour rendre la stratégie d'éviction crédible, à moins qu'elle ne s'accompagne de choix techniques ou d'investissements qui imposent de produire et de vendre les deux biens A et B en un lot inséparable. Dans ce cas, l'effet d'éviction est là mais la remise peut être justifiée par des économies de coûts.

En conséquence, plus les modèles de la littérature économique approchent la réalité et plus les conclusions deviennent nuancées : ces éléments militent en faveur de l'évaluation des effets des remises sur la base d'une analyse approfondie des circonstances et de l'environnement de marché dans lesquels elles sont offertes.

Les positions respectives du fournisseur et de ses concurrents sur le marché

Les effets anticoncurrentiels d'un système de remises qui présente une ou plusieurs des caractéristiques décrites ci-dessus sont d'autant plus importants que le fournisseur qui les met en œuvre détient une part de marché importante, fortement asymétrique par rapport à ses concurrents. À l'inverse, il est probable que les remises accordées par une entreprise qui détient une faible part de marché ne puissent pas engendrer d'effets négatifs. Cette analyse est à la base du règlement d'exemption du 22 décembre 1999, selon lesquels les accords verticaux conclus par un fournisseur dont la part de marché n'excède pas 30 %, n'ont pas sur la concurrence des effets tels qu'ils ne puissent être compensés par les gains d'efficacité qu'ils permettent. De façon corollaire, les lignes directrices rappellent que tant que les concurrents sont nombreux et forts, il n'y a pas lieu de craindre des effets anticoncurrentiels sensibles. Les fournisseurs concurrents ne courent le risque d'être évincés, que s'ils sont sensiblement plus petits que le fournisseur mis en cause.

Toutefois, une politique de remises ayant pour effet d'empêcher de nouvelles entrées ou d'exclure un *maverick,* peut être mise en œuvre par un groupe d'entreprises occupant une position dominante collective ou être le résultat d'une entente expresse. Les lignes directrices mettent également en garde contre le risque d'effets cumulatifs dus à la généralisation sur un même marché d'accords susceptibles de présenter des effets anticoncurrentiels. Si ces fournisseurs relèvent individuellement de l'exemption par catégorie rappelée au paragraphe précédent, il est envisagé que le bénéfice de cette exemption puisse leur être retiré pour contrer cet effet cumulatif préjudiciable.

De plus, il faut rappeler que certaines pratiques, dites « *clauses noires* », notamment celles de prix imposés, ne bénéficient pas de cette présomption de légalité en raison de l'atteinte grave qu'elles portent à la concurrence.

Un accord qui subordonne au respect d'un niveau de prix déterminé l'octroi de ristournes, fait obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence, quelle que soit la part de marché du fournisseur.

S'agissant d'entreprises en position dominante, la CJCE a jugé, depuis l'arrêt Hoffmann-La Roche du 9 juin 1979, qu'elles abusaient de cette position en mettant en place un système de remises incitant les acheteurs à s'approvisionner auprès d'elles pour la totalité ou l'essentiel de leurs besoins. En application de cette jurisprudence, les lignes directrices sur les restrictions verticales précisent que « *les entreprises en position dominante ne peuvent imposer d'obligations de non-concurrence à leurs acheteurs à moins de pouvoir donner des raisons objectives pour justifier cette pratique commerciale dans le contexte de l'article 82* ».

Dans le cadre d'une relation verticale, les effets de fermeture des marchés de la distribution aux concurrents ou aux nouveaux entrants qui peuvent être liés à certaines politiques de rabais, sont en effet d'autant plus importants, que le fournisseur constitue pour les distributeurs un partenaire commercial essentiel. Dans la décision du 20 juin 2001, par laquelle la Commission déclare contraire à l'article 82 du traité de l'Union, le système de remises mis en place par Michelin, il est constaté que Michelin est un partenaire « *obligatoire* » pour les revendeurs de pneus, sur la base notamment d'un taux de demande spontanée évalué entre 50 et 70 % en France.

Dans le cas de remises subordonnées à l'achat couplé de plusieurs produits (remises de couplage), leur caractère incitatif s'appuie sur le pouvoir de marché que détient le fournisseur sur l'un des marchés concernés, du fait du caractère incontournable du produit, voire de la position de monopole qu'il y détient. L'entreprise prend alors appui sur son monopole pour rendre plus attractives ses offres sur un marché concurrentiel (*cf.* la décision du Conseil sanctionnant les laboratoires Novartis déjà citée plus haut [36]).

La détention d'une large gamme de produits constitue également l'un des éléments de la position dominante sur lequel peuvent reposer les effets d'exclusion des réductions tarifaires. Les effets anticoncurrentiels de remises calculées sur le cumul des achats auprès d'un fournisseur seront d'autant plus importants, que celui-ci propose une variété étendue de produits ou un large portefeuille de marques.

La CJCE avait ainsi noté dans l'arrêt Hoffmann-La Roche que la large gamme de vitamines commercialisées par La Roche lui permettait une stratégie tarifaire beaucoup moins dépendante des conditions de concurrence sur chaque marché que celle des autres producteurs.

Dans la décision sanctionnant le système de remises mis en place par les Caves de Roquefort auprès de la grande distribution [37], le Conseil a souligné qu'« *il résulte du caractère incontournable des produits de la Société des caves du Roquefort* [...] *que cette société est effectivement la seule à pouvoir offrir certaines références et certains volumes demandés par les grands*

36. Décision 03-D-35 du 24 juillet 2003.
37. Décision 04-D-13 du 8 avril 2004.

distributeurs [...] *ce constat ne fait que rendre plus évident le pouvoir de l'entreprise en position dominante de restreindre la possibilité de choix des acheteurs par la conclusion, comme en l'espèce, d'accords exclusifs venant réduire la part de l'approvisionnement encore en concurrence et liant, en outre, en ce qui concerne les remises accordées, les achats de roquefort et ceux réalisés dans les autres productions de la Société des caves* ».

De même, dans sa décision concernant les pratiques mise en œuvre par La Poste [38], le Conseil a noté que « *le fait que La Poste puisse offrir à sa clientèle une gamme de produits très large accroît l'effet potentiellement anticoncurrentiel des remises de quantités combinées, les opérateurs concurrents, en général spécialisés dans un segment de marché, ne pouvant proposer des avantages commerciaux conjoints concernant une gamme de produits* ».

L'existence de barrières à l'entrée

D'une manière générale, l'absence de barrières à l'entrée sur un marché rend vaine la mise en œuvre de pratiques d'éviction des concurrents dans la mesure où de nouveaux entrants peuvent facilement venir se substituer aux exclus. En matière de restrictions verticales, il importe de tenir compte des barrières à l'entrée à la fois sur le marché sur lequel opère le fournisseur et sur le marché sur lequel opèrent les acheteurs (voir ci-dessous).

Sur le marché sur lequel opère le fournisseur, les effets anticoncurrentiels des remises seront d'autant plus importants que les barrières à l'entrée sont élevées. Le niveau de celles-ci dépend de la part de marché qu'un nouvel entrant doit conquérir pour être profitable. Plusieurs éléments entrent en ligne de compte : la nature du bien, sa divisibilité, l'importance relative des coûts fixes et variables, l'existence d'économies d'échelle ou d'effets de gamme.

Or, les remises visant à inciter les acheteurs à s'approvisionner pour tout ou partie de leurs besoins auprès du même fournisseur contribuent à élever les barrières à l'entrée en faisant passer d'une concurrence sur les unités vendues à une concurrence sur chaque acheteur. L'acheteur choisit de se fournir pour l'essentiel de ses besoins auprès du fournisseur A ou du fournisseur B. Le fournisseur secondaire ne peut alors entrer sur le marché que de façon marginale. L'effet sur les barrières à l'entrée des remises dépend également de la nature du bien, par exemple de la fréquence de renouvellement.

De fait, le système de remises peut avoir pour effet de rendre impossible une concurrence « *à la marge* ». On a ainsi vu ci-dessus (*cf. supra* « *L'assiette et le taux de la remise* ») que, face à une remise d'approvisionnement exclusif de 2 %, un nouvel entrant qui ne peut espérer conquérir que 5 % du marché doit offrir un prix net inférieur de 40 % à celui du bénéficiaire de l'exclusivité, contre 4 % s'il est en mesure de répondre à 50 % des besoins du client.

38. Décision 04-D-65 du 30 novembre 2004.

La position de l'acheteur bénéficiaire des remises

En ce qui concerne les obligations de non-concurrence, la Commission souligne dans les lignes directrices (point 141) que ce n'est pas seulement la position du fournisseur sur le marché qui compte, mais aussi la part de marché effectivement liée, c'est-à-dire concernée par les obligations. Dans l'analyse des effets de la remise accordée par SFR aux « *grossistes partenaires* » rétribuant un engagement de non-concurrence [39], le Conseil a tenu compte du fait que seuls six grossistes – qui assuraient globalement en 1998, la distribution de 20,4 % des ventes de produits SFR –, avaient signé cette convention. La part de ventes effectuée par le biais de cette convention n'était donc pas de 36,5 % (part de SFR sur le marché de la téléphonie mobile) mais de 7,4 % (20,4 % de 36,5 %). De plus, il ressortait du dossier, que les grossistes partenaires ne demandaient pas le rattachement à la convention de l'ensemble de leurs points de vente, ce qui réduisait encore la part des ventes réellement liées.

Le Conseil avait également tenu compte de ce facteur, s'agissant des rabais accordés par la société Médiamétrie [40]. Il avait en effet constaté des différences de traitement entre clients pour des prestations identiques, mais qui n'avaient concerné que trois entreprises de petite taille.

Dans la décision se prononçant sur les effets potentiels sur la concurrence de la remise accordée par France Télécom en 1999, liant une réduction sur la facture de téléphonie fixe à la souscription d'un abonnement mobile, le Conseil a également pris en compte le fait que, compte tenu des démarches à faire pour pouvoir bénéficier de cette remise et de l'absence de publicité, elle n'avait pu concerner qu'un nombre limité de consommateurs et n'avait donc pu avoir des effets sensibles sur la concurrence [41].

Les lignes directrices insistent également sur la prise en compte du « *stade du commerce* » (points 147 à 149), les risques de fermeture de l'accès des concurrents à la distribution pouvant s'analyser différemment selon que l'obligation de non-concurrence s'applique au stade de la distribution en gros ou au stade du détail : « *Le risque est plus grand au stade de la vente au détail en raison des barrières élevées que doivent surmonter la plupart des producteurs afin d'ouvrir des points de vente pour leurs seuls produits. En outre, c'est au stade du commerce de détail que les accords de non-concurrence peuvent affaiblir la concurrence intermarques à l'intérieur du point de vente* ». Il convient donc, dans l'hypothèse où les remises sont accordées aux grossistes, d'analyser spécifiquement les barrières à l'entrée au niveau de la distribution en gros et le mécanisme éventuel de répercussion des effets de ces remises au stade du détail. S'agissant de la remise accordée par SFR aux « *partenaires grossistes* », le Conseil a relevé la possibilité laissée aux distributeurs de détail appartenant au réseau d'un des grossistes partenaires SFR, de s'approvisionner en produits concurrents auprès d'un autre grossiste, même s'ils avaient demandé leur rattachement à la convention

39. Décision 04-D-67 du 1er décembre 2004.
40. Décision 98-D-53 du 8 juillet 1998.
41. Décision 04-D-22 du 21 juin 2004.

partenaire SFR, et a constaté qu'une obligation de non-concurrence imposée au stade du gros peut n'avoir que des effets très dilués au stade du détail, notamment lorsque aucune disposition conventionnelle n'interdit à un distributeur de travailler avec plusieurs grossistes simultanément [42].

Enfin, les lignes directrices mentionnent également (point 145) la capacité des acheteurs à faire contrepoids, car des acheteurs puissants ne se laisseront pas facilement écarter de l'offre de biens et services concurrents, tout en soulignant que des accords de non-concurrence conclus avec des acheteurs importants peuvent produire de graves effets sur la concurrence. Plus généralement, la prise en compte de la puissance d'achat des acheteurs pose problème, dans la mesure où l'effet le plus évident des remises est d'abord une baisse des prix dont ils sont les bénéficiaires.

De plus, dans de nombreux cas, il a été démontré que les acheteurs avaient intérêt et avaient consenti à la mise en œuvre de la pratique anticoncurrentielle, particulièrement lorsque celle-ci visait à maintenir des prix élevés. Dans l'affaire [43] relative à des pratiques mises en œuvre par la société Celloplast dans le secteur de la distribution du chlorate de soude, la preuve de l'entente a été simple étant donné que le système de remise autorisait une certaine liberté commerciale aux revendeurs et que l'acceptation du prix du fournisseur montrait à lui seul l'accord de volonté. Le Conseil de la concurrence a ainsi considéré que le fournisseur Celloplast s'était entendu avec les centrales d'achat de la grande distribution puisque « *toutes les sociétés qui connaissaient avec certitude le montant de tout ou partie des ristournes ou rémunération auxquelles elles avaient droit, auraient pu tenir compte de ces ristournes dans la fixation de leurs prix de promotion, y compris dans les catalogues qu'elles éditaient* » et « *que c'est donc volontairement qu'elles se sont conformées aux injonctions de Celloplast de pratiquer un prix uniforme ; qu'elles ne sont donc pas fondées à soutenir qu'elles étaient dans l'impossibilité d'établir leurs prix de promotion en dessous du prix de vente figurant sur les factures d'achat du chlorate de soude à Celloplast* ».

Les gains d'efficacité liés aux remises

Comme cela l'a été précisé dès l'introduction, les remises peuvent être essentiellement justifiées par la volonté d'inciter la demande à prendre une forme génératrice d'économies de coûts de production ou de distribution et constituer la rétrocession aux acheteurs d'une partie de ces économies. Un prix qui ne fausse pas le jeu de la concurrence n'est pas forcément un prix strictement orienté vers les coûts de revient des biens ou des services concernés et il ressort des éléments d'analyse exposés ci-dessus que des remises qui ne correspondent pas à des économies de coûts peuvent néanmoins ne pas avoir d'effets anticoncurrentiels. Mais le fait que les avantages accordés soient justifiés par le volume d'activité qu'ils apportent et par les éventuelles économies d'échelle qu'ils permettent au fournisseur de réaliser

42. Décision 04-D-64 du 1er décembre 2004.
43. Décision 00-D-85 du 20 mars 2001.

suffit généralement à démontrer qu'ils n'ont pas d'objet anticoncurrentiel et les systèmes de rabais quantitatifs, liés exclusivement au volume des achats effectués auprès d'une entreprise en position dominante, sont généralement considérés conformes aux dispositions du droit de la concurrence tant national que communautaire [44].

Les gains d'efficacité retirés par une entreprise des incitations qu'elle donne sous forme de rabais sur le prix de vente catalogue peuvent également être plus indirects et passer par une restriction du libre jeu de la concurrence. C'est ce qu'admettent les dispositions du droit européen relatives aux ententes, l'article 81-3 du traité de l'Union prévoyant qu'un accord bien que restreignant le jeu de la concurrence au sens de l'article 81-1, peut être exempté s'il contribue à améliorer la production ou la distribution des produits ou à promouvoir le progrès technique ou économique, tout en réservant aux utilisateurs une partie équitable du profit qui en résulte, et sans imposer aux entreprises intéressées des restrictions qui ne sont pas indispensables pour atteindre ces objectifs ni donner à des entreprises la possibilité, pour une partie substantielle des produits en cause, d'éliminer la concurrence.

Le règlement d'exemption du 22 décembre 1999 sur les restrictions verticales [45] repose sur l'analyse selon laquelle les restrictions imposées par un fournisseur qui ne dispose que d'une part de marché inférieure à 30 % ne peuvent avoir sur la concurrence qu'un effet peu significatif, vraisemblablement compensé par les gains d'efficacité induits par la possibilité laissée à un fournisseur d'organiser la distribution de ses produits comme il l'entend. Les lignes directrices développent aux points 115 à 118 les avantages que peuvent présenter certains types de restrictions, dont on rappelle qu'elles peuvent être mises en place par l'intermédiaire de systèmes de remises : « *il est important de reconnaître que les restrictions verticales ont souvent des effets positifs, en particulier en encourageant la concurrence sur d'autres aspects que les prix et en incitant à améliorer la qualité des services* [...] *les relations habituelles entre un fournisseur et l'acheteur, dans le cadre desquelles ne sont fixés que le prix et les quantités d'une transaction donnée, peuvent conduire à un niveau sous-optimal des investissements et des ventes* ». Les restrictions caractérisées listées à l'article 4 du règlement d'exemption ne sont cependant pas susceptibles d'être compensées.

S'agissant des obligations de non-concurrence, qui peuvent prendre la forme de remises visant à encourager un acheteur à s'approvisionner pour la totalité ou l'essentiel de ses besoins auprès du même fournisseur, le point 153 des lignes directrices précise : « *Lorsque l'existence d'effets anticoncurrentiels sensibles est établie, la question se pose d'une éventuelle exemption sur la base de l'article 81, paragraphe 3, pour autant que le fournisseur n'occupe pas de position dominante. Pour les obligations de non-concurrence en particulier, les gains d'efficience décrits au point 116-1 (problèmes*

44. Voir arrêts de la CJCE 322/81 du 9 novembre 1983, Michelin/Commission, et C-163/99 du 29 mars 2001, Portugal/Commission et arrêt du TPICE T-203/01 du 30 septembre 2003, Michelin/Commission.

45. Règlement (CE) n° 2790/1999 de la Commission européenne du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81 paragraphe 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées.

de parasitisme entre fournisseurs), au point 116-4 et 5 (divers problèmes de renonciation à certains investissements) et au point 116-7 (imperfections du marché des capitaux) peuvent être déterminants ».

Par exemple, si le vendeur fournit du matériel ou une formation utiles pour le revendeur dans le cadre d'un contrat de coopération commerciale, ou encore s'il lui consent un prêt, certaines clauses des remises peuvent avoir pour objet ou pour effet d'éviter le risque, connu, de « *passager clandestin* ». L'exclusivité adossée à la remise permet d'éviter que le revendeur fasse profiter à d'autres fournisseurs des formations ou du matériel fourni ou acquis grâce au prêt. L'article 5 du règlement du 22 décembre 1999 prévoit ainsi que l'exemption ne s'applique pas aux obligations de non-concurrence d'une durée indéterminée ou qui dépasse cinq ans sauf lorsque les biens et services contractuels sont vendus par l'acheteur à partir de locaux et de terrains dont le fournisseur est propriétaire. Le point 116-4 des lignes directrices détaille ce type de justification mais insiste sur le fait que l'investissement doit être spécifique à la relation contractuelle entre ce vendeur et cet acheteur, qu'il doit être de long terme et que le coût ne doit pas pouvoir en être récupéré à court terme. Il précise que de tels effets positifs justifient des restrictions de type obligations de non-concurrence ou quotas de vente, qui peuvent être mis en place par l'intermédiaire d'une remise, pour une durée identique à l'amortissement de l'investissement [46].

Lorsqu'il examine les effets sur la concurrence d'un système de remises, au regard du droit national, le Conseil considère également que ces aspects positifs sur le bien-être social peuvent justifier la pratique. Ainsi a-t-il observé dans une décision relative à des remises octroyées par la société Moulinex [47], que « *la seule observation d'une différenciation tarifaire entre les distributeurs, lesquels ne rendent pas tous les mêmes services et n'ont pas la même image ou le même pouvoir attractif sur la clientèle, ne prouve pas que les producteurs se livrent à des pratiques discriminatoires* ».

Dans deux affaires, dans lesquelles les avantages ne revêtaient pas la forme de remises exprimées en pourcentage du prix de vente du produit, mais d'aides commerciales globales accordées par les constructeurs automobiles Renault et Peugeot à ceux de leurs concessionnaires directement exposés à la concurrence des importations parallèles de véhicules, le Conseil a estimé qu'elles étaient justifiées : « *Or, il est loisible à un constructeur de consentir un effort commercial à l'égard de ses concessionnaires afin de soutenir son réseau, de développer les ventes ou d'éviter leur chute.* [...] *la circonstance que ces aides n'étaient pas affectées à une vente spécifique mais accordées de façon globale, mise en avant par le saisissant, n'empêche pas qu'elles aient pu bénéficier aux clients finals, sous forme de baisses de prix ou du maintien de la qualité du service offert par les concessionnaires et par l'ensemble du réseau, dont la densité a ainsi été préservée. De tels éléments contribuent à l'animation de la concurrence.* » [48]

46. Voir aussi les points 154 à 158 pour les justifications des obligations de non-concurrence.
47. Décision 91-D-50 du 13 novembre 1991.
48. Décisions 03-D-66 et 03-D-67 du 23 décembre 2003.

La possibilité de compenser d'éventuelles atteintes à la concurrence par des gains d'efficacité dépend évidemment de l'ampleur de cette atteinte. Elle paraît peu probable pour une entreprise en position dominante. Les effets positifs des restrictions verticales sont notamment expliqués dans les lignes directrices par le fait que « *lorsqu'une entreprise ne dispose d'aucun pouvoir de marché, elle ne peut chercher à augmenter ses bénéfices qu'en optimisant ses processus de fabrication et de distribution* ». Les remises constitutives d'obligations indirectes de non-concurrence, dont on a vu ci-dessus que, pour une entreprise qui n'est pas en position dominante, elles peuvent être nécessaires à la réalisation de certains gains d'efficience, ont été prohibées par la CJCE, pour une entreprise en position dominante, dans l'affaire « *Hoffmann-Laroche* » [49]. Les arguments des économistes de l'École de Chicago, selon lesquels l'octroi de remises par une entreprise en position dominante n'est rationnel que si les éventuelles restrictions de concurrence qu'elles entraînent sont compensées par des gains d'efficience, résistent mal à une analyse plus poussée prenant en compte la structure du marché affecté, dont notamment le pouvoir de marché de l'offreur et l'existence de barrières à l'entrée sur le marché.

Mais la réflexion en cours sur la modernisation de l'article 82 porte notamment sur la possibilité de prendre mieux en compte les gains d'efficacité.

Conclusion

De nombreux facteurs sont susceptibles d'influer sur l'effet des remises sur la concurrence. La prise en compte de l'environnement apparaît en particulier essentielle.

Il convient cependant d'opérer une distinction entre la démonstration d'une potentialité d'effets et la constatation d'effets. L'emploi du terme « *tend* » dans la décision de la CJCE citée ci-dessus montre bien qu'il ne s'agit pas de démontrer que l'octroi de remises a eu des effets anticoncurrentiels mais que, compte tenu de ses caractéristiques propres et des structures du marché concerné, le système de remises en cause ne peut que fausser le jeu de la concurrence.

Les effets réellement constatés peuvent conforter l'analyse faite par ailleurs des effets potentiels. Ainsi, dans la décision relative aux pratiques du laboratoire Sandoz (décision 03-D-35 du 24 juillet 2003), le Conseil note qu'elles ont eu pour effet d'évincer des concurrents à vingt-trois reprises, à l'occasion d'appels d'offres passés par huit hôpitaux. De même, dans l'analyse du système de remises de la Société des caves du Roquefort (décision 04-D-13 du 8 avril 2004), le Conseil relève qu'à la suite de sa mise en place, ce fournisseur est resté le seul présent dans les linéaires de certains distributeurs. Mais les effets réellement constatés peuvent être imputables à d'autres facteurs, comme l'a estimé le Conseil dans la décision 03-D-67 du 23 décembre 2003 s'agissant des effets des aides commerciales de Peugeot à certains distributeurs : « *il n'est pas démontré que la baisse constatée des importations*

49. Décision de la CJCE 85/76, Hoffmann-Laroche/Commission, du 13 février 1979.

parallèles soit imputable à la mise en place des budgets frontières, d'autres explications, telles que la baisse des prix de vente en France et, plus généralement, la convergence des prix de vente en Europe étant à prendre en considération ».

Aussi, le fait de ne pas constater d'effets ne démontre pas que la pratique n'en a pas eu ou ne pouvait pas en avoir. L'évolution de la situation de l'entreprise mise en cause et de ses concurrents et en effet également fonction d'autres facteurs, sans liens avec la pratique. Le TPICE, dans sa décision Michelin du 23 septembre 2003, a indiqué au §67 : « [...] *La requérante ne saurait tirer un argument du fait que ses parts de marché et ses prix ont diminué pendant la période litigieuse. En effet, lorsqu'une entreprise met effectivement en œuvre des pratiques dont l'objet est de restreindre la concurrence, la circonstance que le résultat escompté n'est pas atteint ne suffit pas à écarter l'application de l'article 82 CE* [...] *En tout état de cause, il est fort probable que la diminution des parts de marché de la requérante et de ses prix de vente aurait été plus importante en l'absence des pratiques dénoncées par la décision attaquée* ».

Ce n'est que lorsque la pratique n'est pas susceptible d'avoir un effet qu'elle est jugée légale. Le Conseil a ainsi constaté qu'une remise couplant des offres sur deux marchés différents, même offerte par un opérateur en position dominante, n'était pas susceptible d'avoir un effet anticoncurrentiel (décision 04-D-22 du 21 juin 2004) : « *Cependant, le caractère peu attractif de la remise consistant en six mois d'abonnement gratuit à l'option Primaliste Longue Distance, ses modalités d'octroi et l'absence de publicité accompagnant cette option n'étaient pas susceptibles de conférer à l'offre de France Télécom un quelconque effet anticoncurrentiel sur un marché* ».

■ Les droits de la propriété intellectuelle et le droit de la concurrence

Introduction

« *L'intervention de plus en plus fréquente des autorités de concurrence dans le domaine des droits de propriété intellectuelle, parfois critiquée, conduit à s'interroger sur les relations entre ces deux corpus. Les droits de propriété intellectuelle constituent par essence des droits exclusifs, des monopoles légaux. Ils constituent donc une arme dans la concurrence dont l'exercice à des fins anticoncurrentielles doit être sanctionné par les autorités de concurrence. Par ailleurs, alors que la nouvelle économie produit essentiellement des droits de propriété intellectuelle, de logiciels, des codes, plutôt que des biens physiques* [50]*, le champ de la protection légale des droits a tendance à investir tous les secteurs économiques* ».

La nouvelle économie produit essentiellement des droits de propriété intellectuelle, des logiciels, des codes, plutôt que des biens physiques [51]. Le champ de la protection légale des droits a tendance à investir tous les secteurs économiques. Parallèlement, le développement fulgurant des technologies de l'information favorise un accès et une utilisation des œuvres qui échappent au contrôle des titulaires de droit, situation à laquelle s'efforce de remédier le droit de la protection des titres de propriété intellectuelle.

Les droits de propriété intellectuelle sont des droits accordés par les États qui confèrent des exclusivités souvent temporaires pour l'exploitation de créations intellectuelles. On distingue classiquement les droits de propriété littéraire et artistique, des droits de propriété industrielle.

Les droits de propriété littéraire et artistique concernent des créations purement esthétiques, ne débouchant pas sur la fabrication de produits industriels, contrairement aux droits de propriété industrielle. Ce sont les droits d'auteur et les droits voisins du droit d'auteur, c'est-à-dire par exemple, les droits dérivés des producteurs, interprètes et producteurs de bases de données. La protection naît du seul fait de la création, sans nécessité d'obtenir, contrairement encore aux droits de propriété industrielle, une reconnaissance administrative ; en outre, les prérogatives attachées au droit d'auteur, très larges, concernent aussi bien l'exploitation du droit que la protection du droit moral de l'auteur, laquelle subsiste sans condition de durée.

Les droits de propriété industrielle sont relatifs à des créations industrielles ou commerciales (protégées, selon le cas, par des brevets, des obtentions végétales, des marques et des dénominations géographiques...). Les logiciels, qui ne sont pas sans présenter un caractère industriel, bénéficient pourtant de la protection des droits d'auteur que complètent quelques dispositions qui leur sont spécifiques. Particuliers sont également les dessins et modèles, lesquels, tout en relevant de la propriété industrielle peuvent bénéficier également de la

50. Landes, Posner, « *The Economic Structure of Intellectual Property law* », 2003, p. 390.
51. Landes, Posner, « *The Economic Structure of Intellectual Property law* », 2003, p. 390.

protection des droits d'auteur, en application du principe dit « *de l'unité de l'art* », dès lors qu'ils présentent un caractère d'originalité au sens de l'article L. 111-1 du Code de la propriété intellectuelle. Contrairement à la propriété littéraire et artistique, en matière de propriété industrielle, le droit exclusif ne naît pas de la création elle-même, mais de la délivrance d'un titre par l'autorité publique qui lui octroie ainsi un monopole, souvent temporaire. Cette protection n'a pas de dimension morale.

Les droits de propriété intellectuelle sont essentiellement protégés au niveau des États. Toutefois, sous l'égide de l'Organisation mondiale du commerce, les accords de Marrakech du 15 avril 1994, dits accords ADPIC, établissent des règles de protection minimales des titres de propriété intellectuelle au niveau mondial, de même que les conventions de Berne (1886) et de Genève (1952) pour les droits d'auteur, les conventions de Rome (1961) et de Genève (1971) pour les droits voisins, les traités OMPI pour les droits d'auteur et les droits voisins (1996), enfin, les conventions de Paris (1883), de Washington (1970) et de Munich (1973) pour les brevets.

La réalisation du marché intérieur impliquant l'élimination des restrictions à la libre circulation des biens et services et des distorsions de concurrence, tout en créant un environnement favorable à l'innovation et à l'investissement, la Communauté européenne est également intervenue [52] pour harmoniser les législations nationales relatives à la propriété intellectuelle. Elle a également consacré son activité législative à la création de titres communautaires : les marques et dessins et modèles [53] communautaires ont ainsi vu le jour à partir des années 1990. Un autre titre, le brevet communautaire, en projet, est toujours en cours de négociation. La spécificité de ces titres, contrairement, aux titres protégés par des textes nationaux, est de répondre à une définition et à un régime de protection uniques dans toute la Communauté. Même si leur protection juridictionnelle relève encore des juridictions nationales, ils ont vocation à contribuer à la construction du marché intérieur.

Les exclusivités conférées aux titulaires de droits de propriété intellectuelle permettent à ceux-ci d'empêcher toute utilisation non autorisée de leur propriété intellectuelle et son exploitation, éventuellement en ayant recours à la justice pour des actions de contrefaçon civiles ou pénales. Le titulaire d'un droit de propriété littéraire a ainsi le droit d'interdire aux tiers de représenter son œuvre, de la reproduire, de la modifier... Le titulaire d'un droit de propriété industrielle peut interdire l'exploitation du brevet, la reproduction d'un objet breveté, la reproduction, l'imitation ou l'usage d'une marque, réalisés sans son consentement.

52. La liste des directives intervenues dans ce secteur et transposées en droit national est impressionnante ; on peut la trouver sur le site de la DG Marché intérieur sur Europa : citons la directive 91/250/CEE du Conseil concernant la protection juridique des programmes d'ordinateur du 14 mai 1991, appliquée dans l'affaire Microsoft ; la directive 96/9/CE du Parlement européen et du Conseil concernant la protection juridique des bases de données du 11 mars 1996 ; la directive importante 2004/48/CE du Parlement européen et du Conseil relative au respect des droits de propriété intellectuelle, qui harmonise le niveau de protection judiciaire des droits de propriété intellectuelle au sein des États membres.

53. Règlements n° 40/94 et 2868/95 sur la marque communautaire et règlement n° 6/2002 sur les dessins et modèles communautaires.

Ces exclusivités garantissent une protection du titulaire du droit de propriété intellectuelle contre les atteintes à ses droits moraux (quand ils existent), mais également à ses intérêts économiques. Il est nécessaire de protéger le titulaire de ces droits contre tout risque de « *passager clandestin* » (« *free rider* ») qui copierait une invention, une marque, une œuvre, sans avoir à en supporter les coûts de développement, parfois fort élevés. Un tel système ruinerait tout effort de recherche et d'innovation.

Pour la plupart des titres, ainsi qu'il a été dit plus haut, la protection conférée par les droits de propriété intellectuelle est limitée, dans le temps, l'espace et l'étendue. Les limitations dans le temps sont variables selon les titres : 15 ans pour les bases de données, 20 ans pour les brevets, 50 ans pour les droits voisins et 70 ans, à compter du décès de l'auteur, pour les droits d'auteur [54]. Elle peut en revanche être perpétuelle pour la marque dont l'usage ne s'interrompt pas, tandis que le droit moral de l'auteur est imprescriptible.

La protection, limitée dans l'espace, est inhérente au niveau essentiellement national des règles protectrices. Dans son étendue, elle est circonscrite par les textes nationaux ou communautaires et par la jurisprudence communautaire relative à l'épuisement du titre, qui résulte de l'application de l'article 30 du traité. Ainsi, une fois que les produits incorporant le droit de propriété intellectuelle sont mis en circulation dans un État membre avec le consentement du titulaire du droit [55], celui-ci ne peut plus s'opposer à la mise en circulation du produit sur le territoire communautaire, même dans les États membres où le produit n'est pas breveté.

Le droit de la concurrence protège, quant à lui, l'intérêt général des marchés et vise à garantir l'ordre public économique ainsi qu'un fonctionnement concurrentiel du marché. Les droits de propriété intellectuelle protègent avant tout l'intérêt individuel d'une personne et garantissent que l'inventeur ou le créateur pourra retirer un profit légitime de son invention ou de sa création, encourageant ainsi l'innovation qui est un des moteurs de la concurrence. Ces droits sont donc aussi édités dans l'intérêt général pour favoriser le progrès et la diffusion des connaissances dans le public.

En France, l'application du droit de la concurrence aux droits de propriété intellectuelle par les autorités nationales de concurrence s'est imposée depuis près de 50 ans [56], avant même que n'intervienne le traité de Rome (1957) en consacrant la priorité.

54. Certaines dispositions prévoient, pour certains droits, la fin de la protection en cas de non usage ou d'usage insuffisant du droit ; c'est ainsi que l'article L. 613-11 du Code de la propriété intellectuelle français prévoit que si le titulaire du brevet n'exploite pas celui-ci ou n'a pas commercialisé le produit incorporant le brevet en quantité suffisante pour satisfaire aux besoins du marché à compter d'un délai de trois ans à compter de la délivrance du brevet, toute personne peut obtenir une licence obligatoire sur ce brevet. Il convient de signaler que cette disposition n'est guère appliquée.

55. On considère que le titulaire n'a pas consenti si le tiers a agi sans droit, détient une licence obligatoire, ou encore exploite l'invention sur le territoire d'un État membre dans lequel l'invention relève du domaine public (CJCE, 31 octobre 1974, Centrafarm, n° 15/74).

56. Avis de la Commission technique des ententes du 8 octobre 1955 industrie du magnésium (brevets) ; avis du 22 juin 1962, industrie du fil mousse de nylon (brevet et licences) ; rapport annuel de la Commission de la concurrence de 1983 ; avis de la Commission de la concurrence du 10 octobre 1985 (certificat d'obtention végétale).

Le Conseil a rendu de nombreuses décisions concernant les droits voisins des droits de propriété littéraire et artistique (dans l'audiovisuel) et des décisions concernant les organismes de gestion collective des droits. Il a également rendu récemment des décisions sur les droits de propriété intellectuelle sur les logiciels (Codes Rousseau, NMPP, Ipod), les marques (Numéros verts) et les bases de données. Il a, en revanche, rendu peu de décisions sur les brevets.

La Commission a, quant à elle, une jurisprudence abondante sur les droits de propriété intellectuelle, puisque environ 7 % de son activité concerneraient ces droits, dont la moitié sur les brevets et un quart sur les droits d'auteur. Quant à la Cour de justice des Communautés, elle a rendu sur ces sujets de nombreux arrêts et avis, dont certains controversés.

Un bilan concernant les relations entre droits de propriété intellectuelle et droit de la concurrence s'impose donc. Le droit de la concurrence ayant vocation à s'appliquer à toutes les activités économiques fondées sur l'exercice, l'exploitation ou la gestion des droits exclusifs, ce bilan sera articulé autour de la distinction traditionnelle faite entre l'existence (l'acquisition et la détention) et l'exercice des droits (l'usage et la gestion).

L'acquisition et la détention des droits exclusifs sont conçues comme une arme stratégique limitée par le contrôle des structures réalisé par les autorités de concurrence, nationale et communautaire.

L'exercice des droits exclusifs conférés par ces droits peut, dans certaines circonstances, constituer une entente ou une position dominante.

La gestion des droits d'auteur et des droits voisins est régie par les règles communes du droit de la concurrence. Ce secteur particulier, très riche en jurisprudence, et présentant une cohérence interne, justifie qu'un développement spécifique lui soit consacré.

L'existence des droits de propriété intellectuelle : un facteur de pouvoir de marché

Si le droit de la concurrence s'applique aux droits de propriété intellectuelle, le champ de leur protection ne relève pas des autorités de concurrence. Ce champ est défini par les textes nationaux et communautaires. Par exemple, s'agissant des droits de propriété intellectuelle applicables aux ordinateurs, la directive sur les programmes d'ordinateurs décrit le champ de la protection des titulaires des droits d'auteurs et prévoit, pour le titulaire des droits de propriété intellectuelle sur le logiciel que son autorisation « *peut ne pas être requise pour procéder à la décompilation de certains éléments du programme lorsque c'est indispensable pour obtenir les informations nécessaires à l'interopérabilité d'un programme d'ordinateur* », disposition qui restreint la protection attachée au droit.

Le Conseil de la concurrence a eu l'occasion de rappeler qu'il n'entrait pas dans sa compétence de statuer sur l'existence de droits de propriété intellectuelle, dans une décision n° 02-MC-06 du 30 avril 2002. Il était saisi par RMC Info, titulaire de droits exclusifs de diffusion radiophoniques des matchs de la coupe du monde de football 2002, de pratiques du GIE Sport libre regroupant

les principales radios françaises, visant à l'évincer du marché de la retransmission des matchs de foot. Le GIE alléguait en défense que la vente de ces droits exclusifs par la FIFA ne relevait pas de la protection des droits de propriété intellectuelle. Le Conseil a rappelé dans sa décision qu'il ne lui appartenait pas « *de se prononcer ni sur l'existence même des droits exclusifs dont se prévaut RMC Info, ni sur l'opportunité que de tels droits soient commercialisés, ni sur la frontière entre les droits de propriété intellectuelle des organisateurs d'événements et le droit à l'information* ».

L'acquisition et la détention de droits de propriété intellectuelle dans l'appréciation des opérations de concentration

La détention d'un titre de propriété intellectuelle ne crée pas nécessairement une position dominante au profit de son titulaire (CJCE, 18 février 1971, Sirena/ Eda). Cette situation peut néanmoins se produire [57]. En tout état de cause, dans l'analyse de la position d'une entreprise au sein d'un marché, les titres de propriété intellectuelle dont elle est titulaire sont pris en compte.

Un titre de propriété intellectuelle peut contribuer à la création ou au renforcement de la position dominante d'une entreprise, notamment parce qu'un titre de propriété intellectuelle a une force économique en soi. Il participe au pouvoir de marché de l'entreprise qui en est titulaire : à une marque ou un brevet peut correspondre une ou plusieurs parts de marché, voire même, un seul marché, comme cela a pu être jugé déjà pour un médicament (décision du Conseil n° 96-D-12, Dobutrex) ; une marque, un brevet peuvent constituer une barrière à l'entrée (technologique ou économique) pour des concurrents sur le même marché. Plus la notoriété de la marque est forte, plus son pouvoir de marché est grand. Il en est de même si l'on ne dispose pas d'une seule marque mais d'un portefeuille de marques.

L'acquisition et la détention de droits de propriété intellectuelle participent donc de la stratégie concurrentielle des entreprises.

Dans l'appréciation des opérations de concentrations, les droits de propriété intellectuelle, quand ils existent, sont au cœur de l'analyse concurrentielle menée par les autorités de concurrence et peuvent les conduire à interdire l'opération. À cet égard, les autorités de concurrence ont dégagé la notion de marque « *incontournable* » qui n'existe pas en droit de la propriété intellectuelle, lequel ne connaît que les notions de *marques* et de *marques notoires*. La notion de marque « *incontournable* » se réfère à un pouvoir de marché particulièrement important tiré de la très forte notoriété de la marque ainsi qualifiée. Les exemples qui suivent illustrent ces propos.

57. Pour un exemple en matière de brevet de médicament, se reporter à la décision du Conseil 96-D-12 du 5 mars 1996, Dobutrex.

Affaire Lagardère/VUP : l'acquisition d'une position dominante sur le marché des droits d'édition en langue française

La Commission a défini un marché mondial des droits d'édition en langue française et un marché secondaire des droits d'édition échangés entre éditeurs pour les formats de poche et les clubs de livres.

Aux parties notifiantes qui exposaient que les contrats d'édition conclus *intuitu personae* se situaient par nature en dehors du marché, la Commission fait valoir l'existence d'une concurrence frontale entre les maisons d'édition pour attirer les auteurs reconnus, les critères de sélection de ceux-ci étant la rémunération, l'ampleur des opérations promotionnelles des maisons d'édition, ainsi que leurs facultés de diffusion et de distribution.

La Commission a ensuite analysé les effets horizontaux de la concentration VUP Lagardère en soulignant que la nouvelle entité aurait entre 45 et 50 % de part de marché de l'acquisition des droits de livres de la littérature générale non traduits.

S'agissant des effets verticaux, elle a souligné la puissance d'attraction des maisons d'édition concernées, fondée sur leur capacité à commercialiser les œuvres dans tous les points de vente. Elle en a conclu que la position dominante de l'entité fusionnée sur le marché de la vente des livres au format de poche serait susceptible de permettre une meilleure rentabilité des œuvres au cours d'une « *seconde vie* », offrirait la possibilité d'une rémunération supérieure pour les auteurs, et entraînerait une présence prédominante du nouveau groupe sur le marché de la publicité.

La Commission a aussi souligné que face au poids de l'entité fusionnée, aucune pression concurrentielle n'était susceptible de s'exercer, la concurrence potentielle de la société Bertelsmann étant insuffisante en tout état de cause. Par ailleurs, l'offre des auteurs n'était pas susceptible de compenser le pouvoir de marché des éditeurs. L'opération n'a été autorisée qu'en contrepartie de mesures correctrices, consistant à céder à un opérateur tiers un certain nombre de maisons d'édition, titulaires des droits d'édition.

Coca-Cola : les marchés de marques et les effets de gamme

Le Conseil de la concurrence a eu à donner son avis sur le projet d'acquisition, par *The Coca-Cola Compagny* (TCCC), de la marque Orangina, ainsi que des unités industrielles correspondantes, vendues par la société Pernod Ricard SA.

Dans son avis nº 98-A-09 du 29 juillet 1998, le Conseil s'est livré à une étude du secteur des boissons gazeuses, en soulignant qu'il s'agissait principalement d'un marché de marques où les barrières à l'entrée étaient précisément constituées par l'accès aux marques.

Dans ce secteur, l'entretien d'une marque existante ou le lancement d'une nouvelle marque nécessitent des investissements très élevés et irrécupérables en cas d'échec sur le marché.

Le Conseil a souligné que le nouvel ensemble, constitué des marques Orangina, Fanta et Sprite, se situerait au premier rang des fournisseurs de boissons gazeuses sans alcool (BGSA) autres que les colas, et serait titulaire d'un

portefeuille de marques de très forte notoriété présentes sur des marchés connexes et dont deux, Orangina et Coca-Cola sont incontournables.

Le Conseil a relevé que « *d'une manière générale, la détention par un même opérateur de plusieurs marques de forte notoriété qui sont présentes sur le même marché ou sur des marchés connexes est susceptible de procurer à cet intervenant des avantages par rapport à la concurrence ;* [...] *cet opérateur est ainsi en mesure de proposer aux distributeurs une gamme développée de produits ;* [...] *il dispose d'une plus grande souplesse pour adapter ses prix, promotions et remises et d'une puissance renforcée pour développer ses activités de vente, de marketing et de promotion* »

Le Conseil a distingué deux marchés : s'agissant de la consommation des BGSA (boisson gazeuse sans alcool) à domicile, il a considéré que le pouvoir de la nouvelle entité serait compensé par le pouvoir de marché de la grande distribution. S'agissant en revanche, de la consommation hors foyer, compte tenu de la contrainte d'espace des entrepositaires-grossistes, il a relevé que seules les marques de premier plan étaient généralement retenues. Par ailleurs, relevant que sur ce marché se forgeaient des habitudes de consommation et que les opérateurs avaient intérêt à utiliser l'effet de levier ou de portefeuille de leurs marques incontournables pour vendre leur gamme complète, il a estimé que *« l'utilisation de cet effet de levier ou de portefeuille garantit l'existence d'une concurrence active dès lors que les quelques groupes présents dans le secteur détiennent tous des marques considérées comme incontournables* ». Considérant que tel n'était pas le cas, en l'espèce, le Conseil s'est opposé à l'opération notifiée.

TCCC et Pernod Ricard SA, à la suite de l'opposition du ministre de l'Économie à cette opération, ont présenté un nouveau projet aux termes duquel TCCC s'engageait à ne pas commercialiser les boissons de marque Orangina dans le circuit hors foyer pendant deux ans et à accorder à un tiers indépendant une licence exclusive pour la commercialisation et la distribution de ces boissons. Le Conseil s'est encore opposé à l'opération dans un avis 99-A-14 du 28 septembre 1999, en raison de la présence de TCCC dans le comité de pilotage d'Orangina, qui présentait des risques de comportements de collusion entre le licencié et Coca-Cola, sous couvert du contrôle, par Coca-Cola de la protection de la marque (*goodwill*) sur le marché hors foyer.

En effet, « *si la mise en œuvre d'un accord de licence implique que le propriétaire de la marque dispose du droit de contrôle nécessaire pour s'assurer que le licencié ne porte pas atteinte au caractère distinctif, à la force et au "goodwill" de la marque Orangina, ce contrôle ne doit pas, dès lors que le licencié et le donneur de licence sont concurrents sur le même marché, mettre en cause l'indépendance commerciale du licencié ».*

Dans un avis 02-A-07 du 15 mai 2002, le Conseil, en revanche, ne s'est pas opposé à la reprise par SEB des éléments corporels et incorporels de Moulinex (dont les marques) en estimant que la part de marché de la nouvelle entité jointe aux effets de portefeuille de marques ne démontraient pas qu'elle détienne une position dominante sur le marché français. Le Conseil a fondé sa décision sur l'existence de marques notoires concurrentes détenues par de grands groupes, le potentiel des marques distributeurs et du petit électroménager sans marque, le contrepoids de la grande distribution

et l'absence d'effet de portefeuille du nouvel ensemble, en l'absence de marques « *incontournables* ».

De même, dans un avis 2000-A-07, le Conseil a relativisé l'importance pour la concurrence de la cession de la marque de cirage Baranne de la société Benckiser à la société Sara Lee. Nonobstant la détention par Sara Lee, à l'issue de l'opération, de 82, 5 % de parts de marché national de l'entretien des chaussures en GMS, le Conseil a relevé qu'il y avait des concurrents potentiels et que la nouvelle entité ne détenait pas de marques incontournables, compte tenu du faible attachement des consommateurs aux marques dans ce secteur. En outre, le poids de la grande distribution, et l'absence de barrières à l'entrée, ont milité dans le sens de l'autorisation de l'opération [58].

L'acquisition et la détention de droits de propriété intellectuelle dans l'analyse des pratiques anticoncurrentielles

En principe, une entreprise en position dominante peut détenir des titres de propriété intellectuelle sans que cela ne constitue un abus. Toutefois, la Cour de justice des Communautés européennes a jugé que *« l'acquisition par une entreprise en position dominante d'une licence exclusive de brevet portant sur un nouveau procédé industriel constitue un abus de position dominante, dès lors qu'elle a pour effet de renforcer la position, déjà très forte, de l'entreprise concernée sur un marché où la concurrence est très fortement réduite et d'empêcher, ou du moins de retarder considérablement, l'entrée d'un nouveau concurrent sur ce marché, une telle acquisition ayant pour effet d'exclure en pratique toute la concurrence sur le marché en cause.* » (TPI, 10 juillet 1990, Tetra Pak / Commission, T-51/89).

L'acquisition d'un droit de propriété intellectuelle, par exemple, par le truchement du dépôt d'un brevet, peut être aussi de nature anticoncurrentielle, ainsi que le Conseil l'a rappelé dans une décision 01-D-57 du 21 septembre 2001 : « *le simple fait* (pour un opérateur fût-il en position dominante) *de déposer des brevets* [...] *et de défendre les droits qui en découlent devant les juridictions compétentes ne saurait être regardé comme abusif* », sauf s'il peut être établi que « *cet opérateur se livrerait à un gel des droits attachés auxdits brevets et qu'ainsi sa pratique de dépôt de brevet aurait pour unique objet d'empêcher des concurrents de pénétrer le marché* ».

À titre de comparaison, il est intéressant de se référer à la célèbre affaire *anti-trust* américaine Xerox relative à la même question. Dans les années 1972, la Federal Trade Commission (FTC) a engagé une action contre Xerox, l'inventeur du photocopieur qui avait empilé les brevets pour empêcher l'émergence de toute concurrence sur le marché des photocopieurs, la technologie de base étant brevetée, mais aussi tout itinéraire possible aboutissant au même résultat. Cette situation avait abouti à un verrouillage complet du marché pendant vingt ans. La FTC lui a enjoint de donner accès gratuitement à trois de ses brevets.

58. Voir aussi l'avis 2000-A-11 du Conseil du 6 juin 2000 : cession de la licence et du logo de la marque Fichet.

La plupart des affaires qu'ont eu à connaître les autorités de concurrence concernent en réalité l'exercice des droits de propriété intellectuelle, qu'il s'agisse de pratiques d'ententes, ou d'abus de position dominante. Dans ce dernier cas, l'application de la théorie des infrastructures essentielles tend à accroître le champ des abus.

L'exercice des droits de propriété intellectuelle

En dépit du développement d'une législation communautaire visant à harmoniser les législations nationales, la protection territoriale des droits exclusifs conférée par les textes nationaux est de nature à cloisonner les marchés et, en conséquence, à créer des obstacles à la libre circulation des produits couverts par ces droits et au jeu de la concurrence à l'intérieur du marché commun.

Le rapport entre les droits nationaux de propriété intellectuelle et les règles générales du droit communautaire est expressément régi par l'article 30 (ancien article 36) du traité. Celui-ci prévoit la possibilité de déroger aux grands principes posés par le traité [59] pour des raisons de protection de la propriété industrielle et commerciale et admet certaines restrictions quantitatives à l'importation ou mesures d'effet équivalent, normalement interdites par ce texte. Cet article fonde, en droit communautaire, la légitimité de la protection des droits de propriété industrielle (arrêt Hoffman-Laroche, 23 mai 1978, 102/77), dans la limite, toutefois, de la protection de l'objet spécifique du droit ou de sa fonction essentielle, ainsi que le prescrit l'article 30 § 2 du traité. Au-delà, le droit communautaire recouvre sa primauté sur le droit national.

S'agissant du droit communautaire, dès l'arrêt Grundig du 13 juillet 1966 (n° 56/64 et 58/64) [60], la Cour de justice a estimé que « [...] *l'article 36* [...] *ne saurait limiter le champ d'application de l'article 85* » : « [...] (le système communautaire) [...], *en raison du caractère susvisé et de sa fonction (règles d'efficacité immédiate et qui s'imposent directement aux individus) n'admet pas l'emploi abusif des droits découlant de l'un ou l'autre droit national des marques, pour mettre en échec l'efficacité du droit communautaire des ententes* ».

En particulier, si *« [...] l'exercice des droits découlant d'un brevet* [...] *ne porte pas, en lui-même, infraction aux règles de concurrence fixées par le traité* » et si des interdictions et restrictions d'importation peuvent être justifiées par des raisons de protection de la propriété intellectuelle, c'est sous la réserve qu'elles ne « *doivent pas constituer ni un moyen de discrimination arbitraire,*

59. En particulier le principe de la libre circulation des marchandises.

60. Consten est le distributeur exclusif de Grundig en France ; il jouit sur ce territoire d'une protection absolue : Grundig s'est engagé à ne pas livrer de tiers en France, même indirectement, Consten est interdit d'exportation ainsi que tous les grossistes allemands de Grundig ; en outre *« le dépôt en France par Consten de la marque Gint, que Grundig appose sur tous ses produits, tend à ajouter à la protection inhérente à l'accord litigieux contre le risque d'importations parallèles en France des produits Grundig, celle résultant du droit de la propriété industrielle* ».

ni une restriction déguisée dans le commerce entre États membres » (CJCE, 29 février 1968, Parke, Davis, 24-67).

S'agissant non plus des ententes, mais des abus de position dominante, la Cour a également affirmé que la titularité d'un droit de propriété intellectuelle n'exempte nullement du respect des règles de la concurrence : « *Un comportement d'une entreprise en position dominante qui relève de l'exercice d'un droit qualifié de* » droit d'auteur « *par le droit national n'est pas, de ce seul fait, soustrait à toute appréciation au regard de l'article 86 du traité* » (CJCE, 6 avril 1995, RTE et ITP). Dans un avis 97-A-10 du 25 février 1997, le Conseil de la concurrence affirme, en se référant à la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés (arrêt Hoffman-Laroche précité) que : « *l'exercice d'un droit ne saurait être toléré par le droit de la concurrence dès lors qu'il constituerait une exploitation abusive de la position dominante résultant de sa détention* ».

Seules les restrictions à la libre concurrence inhérentes à la protection de la substance même du droit de propriété intellectuelle sont admises. L'objet spécifique du droit d'auteur lui confère le droit de se réserver l'exclusivité de la reproduction de l'œuvre protégée. Si les pratiques vont au-delà de ce qui est nécessaire pour protéger cet objet essentiel, elles ont de grands risques d'être qualifiables en droit de la concurrence.

Même si la Cour a pu enseigner que les principes de libre concurrence et de libre circulation prévalent sur les droits de propriété intellectuelle conférés par les législations nationales (CJCE, 8 juin 1971, Deutsche Grammophon, 78/70), l'analyse de la jurisprudence montre que la question est complexe.

Dispositions communes aux ententes et abus de position dominante : la méthode de l'analyse dégagée par la jurisprudence

L'apport de la jurisprudence, communautaire et nationale a été de construire et de développer une méthode d'analyse de nature à permettre la distinction entre les cas d'exercice légitime d'un droit de propriété intellectuelle et les cas d'abus. Il réside également dans les conséquences efficaces qu'elle a données aux constats d'abus effectués.

La méthode d'analyse élaborée par la jurisprudence repose sur l'identification d'un ensemble de critères spécifiques aux droits de la propriété intellectuelle permettant ensuite de vérifier la conformité de l'exercice de ces droits avec les règles de la concurrence.

La juridiction communautaire a en effet défini le périmètre de l'exercice légitime d'un droit de propriété intellectuelle en recourant aux notions d'« *objet spécifique »* (CJCE, RTE / Commission, BBC / Commission, ITP / Commission, 10 juillet 1991), ou de « *substance même du droit exclusif* » (CJCE, Volvo/ Veng, 5 octobre 1988), ou encore de leurs « *prérogatives essentielles* » (arrêt RTE), notions synonymes selon les conclusions de l'avocat général Claus Gulmann du 01/06/94 présentées devant la Cour dans l'affaire Magill. Elle s'appuie également sur la notion de « *fonction essentielle* », distincte des précédentes (CJCE, RTE / Commission, BBC / Commission, ITP / Commission, 10 juillet 1991 en matière de droit d'auteur ; Tribunal de

première instance, 151/01 en matière de marque), la *« fonction essentielle »* du droit permettant de délimiter son « *objet spécifique* ».

La juridiction communautaire s'est efforcée de définir ces notions :

• L'objet spécifique de la marque est « *notamment d'assurer au titulaire le droit exclusif d'utiliser la marque et de le protéger ainsi contre les concurrents qui voudraient abuser de la position et de la réputation de la marque en vendant des produits indûment pourvus de cette marque* » (CJCE, 31 octobre 1974, Centrafarm BV, 16-74). Sa fonction essentielle « *doit consister à garantir aux consommateurs l'identité d'origine du produit de celui qui a une autre provenance* » (CJCE, 22 juin 1976, Terrapin, 119/75 et CJCE, 23 mai 1978, Hoffman-Laroche, 102/77).

• L'objet spécifique du brevet est « *notamment d'assurer au titulaire, afin de récompenser l'effort créateur de l'inventeur, le droit exclusif d'utiliser une invention, en vue de la fabrication soit directement soit par l'octroi de licence à des tiers, ainsi que le droit de s'opposer à toute contrefaçon* » (CJCE 15-74 du 31/10/74 Centrafarm BV).

• « *La faculté pour le titulaire d'un modèle protégé d'empêcher des tiers de fabriquer et de vendre ou d'importer, sans son consentement, des produits incorporant le modèle protégé constitue la substance même de son droit exclusif* » (CJCE, 5 octobre 1988, Volvo/Veng, 238/87).

• Enfin, la fonction essentielle du droit d'auteur, au sens de l'article 36 (actuel article 30) du traité, « *est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur* » (arrêts 10/07/91 RTE / Commission ; BBC / Commission ; ITP / Commission).

Ainsi, par un arrêt du 17 mai 1988 (Warner Brothers, 158-86), la Cour a jugé que le titulaire d'un droit de propriété intellectuelle qui se borne à exploiter l'une de ses prérogatives essentielles (s'agissant, pour le droit d'auteur, de droit de reproduction et de représentation), ne commet pas d'abus. Il en est de même du titulaire d'un brevet qui refuse une licence, en alléguant l'exercice de la substance même de son droit exclusif ; les autorités de concurrence admettent que les titulaires de droits exercent leurs droits patrimoniaux et moraux dans toutes leurs dimensions, dans la limite d'un exercice « *légitime* ». À l'inverse, l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle risque d'être anticoncurrentiel s'il excède ce qui est nécessaire pour protéger *« l'objet spécifique de chaque droit »*.

Tout comme la juridiction communautaire, le Conseil, au terme d'une jurisprudence maintenant ancienne, s'appuie sur les notions « *d'objet spécifique* », de « *prérogatives essentielles* » et de « *substance même du droit* », pour distinguer l'exercice licite de l'exercice illicite d'un droit de propriété intellectuelle. Il a notamment appliqué la notion similaire de « *prérogatives essentielles* » dans son avis 97-A-10 du 25/02/97, celle d'« *objet spécifique* » dans sa décision n° 03-MC-02 du 5 mars 2003, parfois même, comme ce fut le cas pour ces deux décisions, en visant expressément la jurisprudence communautaire (en l'occurrence les arrêts de la Cour de justice United brands, Hilti, Tremblay et Magill pour la première et arrêts du 22 juin 1976, Terrapin, 119/75 et du 23 mai 1978 Hoffman-Laroche 102/77 pour la seconde).

La délimitation et la définition de l'objet spécifique d'un droit, et de sa fonction essentielle, sont les repères qui permettent de jauger la conformité de l'exercice de ce droit à son objet et à sa fonction. En outre, cet exercice doit être compatible avec les règles de la concurrence. La jurisprudence communautaire n'est pas d'une lecture toujours aisée (TPI, 10 juillet 1991, RTE).

À cet égard, les conclusions précitées de l'avocat général Gulmann sont instructives sur la méthode d'analyse employée par la juridiction communautaire, conjuguant dispositions générales du droit de la concurrence et spécificités des droits exclusifs, pour qualifier une atteinte au droit de la concurrence.

Certes, l'abus est caractérisé lorsque le droit exclusif « *ne répond plus à sa fonction essentielle* » (CJCE, 10 juillet 1991, RTE, BBC, ITP / Commission ; décision 03-MC-02 du 5 mai 2003) ou à son objet spécifique (décision 03-MC-02 du 5 mai 2003) et qu'il a des conséquences néfastes sur la concurrence.

Mais l'abus est également caractérisé lorsque l'exercice du droit de propriété intellectuelle, bien que conforme à son objet ou à sa fonction spécifique, est de nature, dans les circonstances particulières de l'espèce, « *à créer des obstacles inacceptables à une concurrence non faussée* » (conclusions de l'avocat général Gulmann, point 62). Ainsi, la portée de l'objet spécifique du droit exclusif dépend des circonstances particulières qui entourent son exercice (arrêt Keurkoop du 14/09/82). Le caractère protégé des droits de propriété intellectuelle a amené la juridiction communautaire à considérer que l'exercice d'un droit exclusif par une entreprise en position dominante peut être abusif dans des circonstances exceptionnelles (CJCE, 6 avril 1995, RTE et ITP ; 16 décembre 1999, Micro Leader ; TPI, 26 novembre 2001, IMS Health, 184/01). Le Conseil vise quant à lui souvent les « *circonstances propres à chaque cas* » (décision 99-D-85 du 22 décembre 1999).

Ces circonstances sont, par exemple : l'exploitation d'un droit exclusif poursuivie dans « *un but manifestement contraire aux objectifs de l'article 86 du traité* » (TPI, 10 juillet 1991, BBC et BBC Enterprises Limited ; décision 99-D-85 du 22 décembre 1999) ; l'exercice d'un droit exclusif qui a des effets néfastes sur la structure de la concurrence sur le marché en cause, par exemple en éliminant un concurrent également établi sur ce marché (CJCE, 14 février 1978, « *United Brands* ») ou en empêchant l'entrée d'un nouveau concurrent sur le marché en cause (CJCE, 9 décembre 1983, Michelin ; décision précitée 03-MC-02), ou sur un autre marché (décision 96-D-12 du 5 mars 1996). Sera abusif l'exercice d'un droit exclusif ayant pour effet de faire obstacle au maintien d'une concurrence effective (CJCE, 18 février 1971, Sirena/Eda ; avis du Conseil du 10 octobre 1985) en limitant les débouchés au préjudice des consommateurs (United Brands/ Commission). Ces circonstances exceptionnelles sont également celles qui justifient l'application de la théorie des infrastructures essentielles.

Il arrive enfin, plus rarement, que ne soient pas visées, dans les décisions, les notions d'objet, de fonction spécifique, et celle corrélative, de circonstances exceptionnelles et que la juridiction communautaire retienne un abus au vu des circonstances de l'espèce qu'elle décrit (CJCE, 13 juillet, Lucazeau c/Sacem ; TPI, 12 décembre 1991, Hilti). L'exercice d'un droit protégé est alors appréhendé comme une simple pratique.

Les ententes

Il est possible de distinguer les ententes en matière de brevets, de savoir-faire et droits d'auteur sur logiciels, les ententes en matière de recherche et développement, qui font l'objet de deux règlements d'exemption communautaire [61] des ententes concernant les autres droits de propriété intellectuelle.

Les ententes en matière de brevets, de savoir-faire et droits d'auteur sur logiciels

• La licence de brevet

Le brevet confère le droit exclusif pour son titulaire d'utiliser ou de céder une invention pendant un certain temps, généralement pendant vingt ans dans le pays où il a demandé et obtenu son titre. Seules les inventions véritablement innovantes, non évidentes et susceptibles d'exploitation industrielle sont protégées par des brevets. Les « *revendications* » du brevet fixent le périmètre de la protection obtenue. En contrepartie de son droit exclusif, le titulaire du brevet divulgue son invention par la description qu'il en fait.

Ce droit exclusif est limité par l'objet spécifique du brevet, entendu par la jurisprudence comme étant le droit exclusif d'exploitation et de première mise en circulation du produit [62] et par l'épuisement des droits. Il en résulte que le titulaire du brevet ne peut s'opposer à l'importation dans son propre État ou, de façon générale, à la circulation dans l'Union, du produit, inventé dès lors qu'il a consenti à sa mise sur le marché dans l'un des États membres.

Le droit exclusif est justifié notamment par la nécessité pour l'inventeur de rentabiliser ses investissements.

Dans cette perspective, la concession de brevets est généralement considérée comme proconcurrentielle. En effet, elle permet de diffuser l'invention auprès d'un plus grand nombre d'opérateurs économiques, de partager les risques entre l'inventeur et ceux qui commercialisent l'invention et d'obtenir un avantage en terme de coûts « *par exemple,* [lorsque] *la combinaison des technologies améliorées appartenant au donneur de la licence et d'actifs de production et de distribution plus efficaces appartenant au preneur peut permettre de réduire les coûts de production ou de fabriquer un produit de meilleure qualité* » [63]. Elle autorise enfin l'épuisement du potentiel d'une innovation, dans l'hypothèse où le titulaire concède le brevet après l'avoir lui-même exploité.

Généralement, l'appréciation des atteintes à la concurrence causées par les concessions de brevets s'effectue en fonction de la puissance de marché des parties. La probabilité que les effets proconcurrentiels l'emportent sur les effets anticoncurrentiels dépend du pouvoir de marché des entreprises considérées et des concurrents existants. Intuitivement, on voit bien que les

61. Les autorités de concurrence ont en outre, depuis le 1er mai 2004, date d'entrée en vigueur du règlement 1/2003, à apprécier le bien fondé d'une exonération individuelle, en application de l'article 81 § 3.

62. CJCE, 31 octobre 1974, Centrafarm.

63. Communication de la Commission portant Lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie du 27 avril 2004 (2004/C 101/02), § 17.

atteintes à la concurrence dépendent certes du pouvoir de marché du titulaire du brevet et du licencié, mais aussi de leur position comme concurrents ou non-concurrents et de l'existence ou non de brevets croisés entre eux. Le cas idéal le moins attentatoire à la concurrence est le cas d'accords non réciproques entre non-concurrents. À l'opposé, les accords entre concurrents (réciproques ou non réciproques) peuvent s'avérer porteurs de dangers anticoncurrentiels.

Accords non réciproques entre concurrents

Un accord de licence d'un producteur détenant et utilisant un brevet à destination d'une firme directement concurrente peut avoir des visées anticoncurrentielles. En particulier, la cession de licence peut être utilisée par une firme en position dominante sur un marché pour éviter l'entrée de produits concurrents : en cédant une licence sur son propre produit, la firme en place demande en contrepartie au licencié de retarder – voire de renoncer – au lancement de son propre produit. Cette situation a d'ailleurs fait récemment l'objet aux États-Unis de plusieurs investigations antitrust dans le secteur pharmaceutique : face à la menace d'entrée de génériques, un laboratoire pharmaceutique pourrait être tenté de céder une licence à une firme de génériques afin de limiter la concurrence thérapeutique. Ces accords peuvent aussi s'avérer proconcurrentiels, lorsqu'ils permettent notamment de rassurer les consommateurs sur la pérennité de l'offre, en multipliant les sources d'approvisionnement.

Accords non réciproques entre non-concurrents

Un accord de licence entre une entreprise qui détient un brevet sur une technologie et une entreprise qui produit des biens à partir de cette technologie sous brevet n'a pas de portée anticoncurrentielle. En effet, l'entreprise donneur de licence ne produit pas le bien incorporant la technologie et ne détient pas les facteurs de production nécessaires. L'accord de licence accroît donc le bien-être général, car il permet l'exploitation de la technologie et donc la production de biens à destination des consommateurs finals de meilleure qualité ou de prix plus compétitifs. Cette solution peut même s'avérer plus économique que la solution d'intégration verticale, où l'entreprise de technologie aurait elle-même produit les biens en question.

Accords réciproques entre concurrents

À l'opposé, un accord de licences croisées entre concurrents fournit aux entreprises concernées l'occasion de se cartelliser en se partageant le marché ou en fixant les prix. En effet, l'échange mutuel de licences – surtout dans le cas de technologies concurrentes – peut être utilisé par les firmes comme un moyen de stabiliser un cartel, en renforçant la sévérité des punitions qui pourraient être infligées à l'un des membres suite à une tentative de tricherie, comme l'a mis en évidence l'affaire Summit Technology/VISX en 1998 aux États-Unis. Ces accords peuvent aussi s'avérer proconcurrentiels s'ils consacrent des pools soumis à certaines conditions. En particulier, les cessions de licence croisées peuvent permettre la mise en commun de technologies complémentaires, dans un contexte marqué par une forte division du travail en matière de recherche-développement et par l'apparition de situations de brevets mutuellement bloquants (« *blocking patent* »). Ainsi, une firme X

possédant un composant A peut céder une licence à une firme Y, qui en retour accordera une licence sur son composant B à la firme X : cet échange croisé de technologies complémentaires permettra la mise sur le marché en concurrence d'un nouveau produit combinant les composants A et B. L'opportunité concurrentielle d'une licence croisée (et plus généralement d'un pool de brevets) peut ainsi s'apprécier à l'aune de la complémentarité des technologies mises en commun.

• Le règlement n° 772/2004 du 7 avril 2004 relatif aux accords de transfert de technologie

C'est une démarche économique qui a clairement inspiré l'élaboration du règlement n° 772/2004 du 7 avril 2004 relatif aux accords de transfert de technologie, similaire à celle des autres règlements d'exemption [64]. En effet, il édicte des seuils [65] en parts de marché, en deçà desquels les accords sont présumés exonérés sur la base de l'article 81 § 3 du traité et qu'il énonce des listes de clauses anticoncurrentielles, dites de restrictions caractérisées de concurrence, qui font perdre le bénéfice de cette exemption à l'accord dans son ensemble. Il combine donc une approche économique à titre principal à une approche juridique subsidiaire [66].

La communication de la Commission portant lignes directrices relatives à l'application de l'article 81 du traité CE aux accords de transfert de technologie du 27 avril 2004 (2004/C 101/02) fournit un cadre très détaillé d'analyse des pratiques de licence de brevets qui dépasse d'ailleurs le champ d'application du règlement lui-même.

Les accords de transfert de technologie portent sur « *la concession de licence relative à des technologies, dans le cadre desquelles le donneur autorise le preneur à exploiter la technologie concédée pour la production de biens ou de services* » (article 1 § 1 du règlement) : il s'agit essentiellement de licences de brevets, mais aussi de savoir-faire, de droits d'auteurs sur logiciels, ou de la combinaison de ces droits. Les concessions de licence portant sur d'autres types de droits de propriété intellectuelle (marques, droit d'auteur...) ne rentrent pas dans le champ d'application du règlement et relèvent d'une appréciation individuelle.

Seuls sont couverts par le règlement d'exemption les accords entre deux parties (s'il y a plus de deux parties, il faut se livrer à une appréciation individuelle). Ces accords doivent concerner « *la production de produits contractuels c'est-à-dire comportant la technologie concédée ou produits à partir de celle-ci* ». Les accords de recherche et développement [67], quant à eux,

64. Ainsi les règlements n° 2790/1999 du 22 décembre 1999, n° 2658/2000 du 29 novembre 2000 et n° 2659/2000 du 29 novembre 2000.

65. Point n'est besoin de rappeler ici que les seuils de la communication *de minimis* s'appliquent aussi aux accords de transfert de technologie et qu'en deçà des seuils définis dans cette communication, les accords n'enfreignent pas l'interdiction posée à l'article 81 § 1 du traité.

66. Laurence Idot, « Une facette de la modernisation du droit communautaire de la concurrence : les nouveaux règlements d'exemption », *Petites Affiches*, 1er février 2005, n° 22, p. 5-13.

67. L'article 2 du règlement n° 2659/2000 définit ainsi la recherche et développement : « *acquisition d'un savoir faire, la réalisation d'analyses théoriques, d'études ou d'expérimentation relatives à des produits ou des procédés, y compris la production expérimentale et les tests techniques de produits ou de procédés, la réalisation des installations nécessaires et l'obtention de droits de propriété intellectuelle y afférent* ».

relèvent du règlement nº 2659/2000 du 29 novembre 2000 et les accords de spécialisation ou de production conjointe, du règlement nº 2658/2000 du 29 novembre 2000.

Le principe qui sous-tend ce règlement est un principe d'exemption fondé sur le présupposé que les accords de transfert de technologie « *améliorent généralement l'efficience économique et favorisent la concurrence dans la mesure où ils peuvent réduire la duplication des actions de recherche-développement, mieux inciter les entreprises à lancer de nouvelles actions de recherche-développement, encourager l'innovation incrémentale, faciliter la diffusion des technologies et susciter la concurrence sur les marchés de produits* » (considérant 5 du règlement nº 772/2004).

L'appréciation de l'accord

La technologie protégée par le brevet peut être incorporée dans un produit ou un processus de production ; la concurrence sera donc affectée sur le marché des produits finis ou sur le marché des technologies substituables.

La part des entreprises sur le marché de technologie sera mesurée par la part des redevances perçues par le titulaire du brevet sur cette technologie par rapport au total des redevances perçues sur le marché des technologies substituables, ou encore par la vente de produits comportant la technologie concédée sur les marchés de produits en aval (§ 23 des lignes directrices).

Le règlement introduit deux distinctions importantes pour apprécier les atteintes à la concurrence :
– distinction concurrents/ non-concurrents : sur le marché des technologies, sont concurrents ceux qui concèdent sous licence des technologies concurrentes ; sur le marché des produits, sont concurrents ceux qui vendent des produits incorporant cette technologie ;
– accords réciproques (licences croisées sur des technologies ou des produits en concurrence) et non réciproques (licence unilatérale ou licences croisées portant sur des technologies ou produits non en concurrence).

Les accords sont présumés (présomption simple et réfragable) rachetés par le progrès économique en deçà des seuils suivants :
– en cas d'accord entre entreprises concurrentes, si la part cumulée de marché des entreprises est inférieure à 20 % ;
– en cas d'accord entre entreprises non concurrentes, si la part de marché de chaque entreprise est inférieure à 30 %.

La durée de l'exemption court tant que le droit de propriété intellectuelle sur la technologie n'a pas expiré.

Les restrictions caractérisées

En vertu de l'article 4 du règlement, la présence de telles restrictions caractérisées dans un accord lui fait perdre le bénéfice de l'exemption. Il s'agit :
• de restrictions de la capacité d'une partie à déterminer ses prix de vente à des tiers (clause noire, qu'il s'agisse d'accords entre concurrents ou entre non-concurrents) ;
• de limitation de la production (à l'exception de la limitation de la production imposée au preneur d'un accord non réciproque) ;

• de la répartition des marchés ou des clients : ces clauses ne constituent des clauses noires que pour les accords entre concurrents ; pour les accords entre non-concurrents, seule l'interdiction de vente passive est considérée comme une restriction caractérisée. Mais s'agissant de telles clauses et pour les accords entre concurrents, le règlement édicte de nombreuses exceptions :

– *pour toutes les catégories d'accords (réciproques et non réciproques), ne constituent pas des clauses noires :*
  – l'usage captif, à savoir l'obligation pour le preneur de ne produire les produits contractuels que pour son usage propre, à condition qu'il puisse vendre librement les produits en tant que pièces de rechange pour ses propres produits ;
  – l'obligation de ne produire à l'aide de la technologie concédée que dans certains secteurs ou sur certains marchés ;
  – les restrictions du preneur à exploiter sa propre technologie ;
– *pour les accords non réciproques, ne constituent pas des clauses noires :*
  – les accords d'exclusivité consistant à ne pas produire les biens sous licence dans les territoires exclusifs réservés à d'autres parties ;
  – l'interdiction des ventes actives ou passives par le preneur sur son territoire exclusif ;
  – l'obligation de produire pour un acheteur déterminé.

Les clauses « rouges »

L'article 5 du règlement vise les *« restrictions exclues »* du bénéfice du règlement d'exemption. Il s'agit de restrictions qui ne font pas perdre à l'accord le bénéfice de l'exemption, mais seulement aux clauses incriminées. Ces clauses doivent être examinées au cas par cas. Il s'agit :
– de l'obligation imposée au preneur, d'accorder au donneur ou à un tiers, une licence sur les améliorations dissociables qu'il aurait lui-même apportées ou de nouvelles technologies ;
– de l'obligation de céder ses droits ;
– de l'obligation de ne pas mettre en cause la validité des droits de propriété intellectuelle détenus par le donneur sur le marché commun.

S'agissant des pratiques non couvertes par le champ d'application du règlement d'exemption par catégorie, la communication de la Commission constitue un guide pour leur appréciation au regard de l'article 81 § 3.

• Les problèmes de concurrence susceptibles de se poser dans les licences de brevet

De nombreux problèmes de concurrence sont identifiés dans le secteur des brevets.

Certains sont relatifs à la mauvaise qualité des brevets octroyés, d'autres à la stratégie des entreprises.

On constate généralement que le champ législatif de la brevetabilité s'est singulièrement ouvert [68], que les revendications des titulaires de brevet sont

68. Les autorités de concurrence ne peuvent pas influer sur la législation, si ce n'est dans leur rôle consultatif. Il faut aussi souligner que les grandes tendances contemporaines du droit de la propriété intellectuelle relèvent des influences et du poids respectifs des États, visant à avantager leurs propres intérêts dans les textes internationaux et au sein de l'Union européenne.

souvent trop larges, et que les organismes publics chargés d'examiner les demandes adoptent une appréciation très libérale notamment du critère de nouveauté de l'invention, sur lequel repose la délivrance du brevet. Ainsi, l'octroi de brevets de mauvaise qualité protège indûment de la concurrence des opérateurs peu utiles pour la collectivité et crée des pouvoirs de marché non efficaces.

Dans certains secteurs, comme les biotechnologies ou les semi-conducteurs, on constate que les entreprises multiplient les stratégies anticoncurrentielles sur les brevets et constituent des « *buissons de brevets* » destinés à empêcher l'émergence de concurrence et à protéger leurs propres technologies ou produits [69]. Des stratégies de thésaurisation de brevets ont également été identifiées, visant à se réserver des brevets et à ne pas les utiliser. Les brevets sont aussi utilisés comme armes de guerre, les actions en contrefaçon étant brandies comme menace pour obtenir en échange l'octroi de licence de brevets par des concurrents.

Un intervenant sur le marché doit donc d'abord identifier les brevets existants dans un secteur donné, ce qui peut être difficile si de nombreux brevets existent. Il doit ensuite obtenir des licences, tout ceci générant des aléas, des pertes de temps et des coûts de transaction qui peuvent freiner ou décourager l'innovation (blocage par les biens privatifs).

Les solutions relevant du droit de la concurrence tiennent aux possibilités de constituer des regroupements de brevets.

En vertu des lignes directrices de la Commission sur les accords de transfert de technologie, « *les accords de regroupements de technologies sont des accords par lesquels deux parties ou plus regroupent un ensemble de technologies qui sont concédées non seulement aux parties à l'accord, mais aussi à des tiers* » (§ 210). Les preneurs peuvent opérer sur le marché sur la base d'une licence unique.

Ces regroupements ne sont pas compris dans le champ d'application du règlement, sauf dans leurs relations avec des tiers.

Si ces accords peuvent avoir le mérite de remédier aux inconvénients signalés plus haut et permettent de réduire les coûts de transaction et de supprimer des situations de blocage, ils peuvent aussi restreindre la concurrence, car en mettant en commun des technologies concurrentes, les parties peuvent réaliser des ententes sur les prix et réduire la concurrence entre elles. Par ailleurs, les regroupements peuvent avoir pour effet de créer une norme industrielle de fait, en excluant d'autres technologies du marché et peuvent rendre dépendants les autres opérateurs.

La Commission indique que l'appréciation concurrentielle de l'accord de regroupement dépend de la nature des technologies regroupées.

L'accord incluant des technologies qui sont des substituts [70] « *restreint la concurrence intertechnologique* », comme le ferait un accord de fixation des

69. Voir plus haut l'affaire Xerox.

70. Deux technologies constituent des substituts « *si chacune d'elle permet au preneur de fabriquer le produit ou de réaliser le processus auquel les technologies s'appliquent* » (paragraphe 216 de la communication).

prix. Ces groupements pourraient aussi nuire à la concurrence en incorporant des brevets non valides et en limitant les contestations de la validité des brevets. La Commission estime peu probable que dans de tels cas, les conditions énoncées à l'article 81, paragraphe 3 soient remplies (§ 219 de la communication).

Lorsque l'accord ne comprend que des technologies essentielles [71] et donc complémentaires, il n'entre généralement pas dans le champ d'application de l'article 81, paragraphe 1, quelle que soit la position des parties sur le marché (§ 220). L'accord réduit les coûts de transaction et supprime les situations de blocage.

Lorsque l'accord porte sur des brevets non essentiels mais complémentaires, l'accord risque d'entrer dans le champ d'application de 81 §1, dès lors que les parties à l'accord détiennent des parts importantes sur l'un des marchés en cause (§ 221).

S'agissant des relations du groupement avec les tiers, elles relèvent du règlement d'exemption. Plus la position des parties à l'accord est forte, plus le risque d'effets anticoncurrentiels est élevé. Ces accords doivent être ouverts et non discriminatoires et ne doivent pas exclure indûment des technologies appartenant à des tiers ; les redevances doivent être fixées de façon équitable et non discriminatoire, les donneurs et preneurs doivent rester libres de développer des produits et normes concurrents. Les donneurs doivent rester libres de concéder individuellement leur technologie. La faculté de se procurer des licences distinctes peut aussi être prise en considération. Les autorités de concurrence apprécieront aussi la composition du regroupement et la représentation des intérêts qui s'y fait jour, l'association d'experts indépendants dans le processus et aussi les freins apportés aux échanges d'informations sensibles au sein du groupement.

On peut signaler à cet égard le caractère exemplaire du groupement (ou *pool*) « *Moving Pictures Expert Group 2* » (MPEG -2), qui regroupe de grandes entreprises d'électronique ayant mis en commun des brevets indispensables à la technologie de compression de données vidéo (standard qui est devenu une norme internationale pour les téléviseurs et lecteurs de DVD). Il s'agit de brevets essentiels et donc complémentaires. Les coûts de transaction pour les utilisateurs sont plus bas qu'en l'absence de groupement. Le regroupement est géré par un agent spécialisé qui est chargé d'exclure les brevets devenus non indispensables. Chaque brevet peut être licencié indépendamment des autres et la licence commune est cédée sans discrimination aux tiers utilisateurs.

Les ententes en matière de recherche et développement

On peut distinguer deux catégories d'accords concernant la recherche :
– « *les accords passés en vue d'entreprendre une recherche en commun ou de développer en commun les résultats de la recherche jusqu'au stade de*

71. « *Une technologie est considérée comme essentielle,* [...] *s'il n'existe pas de substitut pour cette technologie parmi les technologies regroupées pour fabriquer les produits ou réaliser les processus auxquels le regroupement s'applique* » (ib.).

l'application industrielle, celle-ci n'étant pas comprise qui ne relèvent pas de l'interdiction prévue à l'article 81, paragraphe 1 du traité » ;
– les accords qui ont pour objet la recherche et le développement de produits ou de procédés jusqu'au stade de l'application industrielle ainsi que l'exploitation en commun des résultats, « y compris les dispositions relatives aux droits de propriété intellectuelle », qui relèvent du règlement nº 2659/2000 du 29 novembre 2000.

Ces accords sont censés généralement bénéficier aux consommateurs, mais l'exemption doit être limitée aux accords de recherche et développement qui ne donnent pas aux entreprises concernées la possibilité d'éliminer la concurrence pour une partie substantielle des produits ou services en cause. S'agissant d'accords situés en amont de la commercialisation, les parts de marché en deçà desquelles les accords sont exonérés sont plus élevées que pour les accords de transfert de technologies. Les accords entre entreprises qui ne sont pas concurrentes sur le marché des produits susceptibles d'être améliorés ou remplacés par les résultats de la recherche, sont exemptés quelle que soit la part de marché détenue par les parties. S'agissant d'entreprises concurrentes, l'exemption bénéficie aux accords dans lesquels les parties détiennent une part de marché cumulée inférieure à 25 %.

L'article 5 du règlement énumère les clauses noires qui font perdre à l'accord le bénéfice de l'exemption ; on peut citer, sans que cela soit exhaustif, la restriction de la liberté des entreprises participantes de poursuivre des activités de recherche indépendantes ou avec des tiers, l'interdiction de contester, après la réalisation des travaux de recherche, la validité des droits de propriété intellectuelle, la limitation de production ou de ventes, la fixation des prix de vente du produit contractuel aux tiers, les restrictions de clientèle, l'obligation de ne pas concéder à des tiers des licences de fabrication des produits contractuels, lorsqu'une exploitation des résultats issus de la recherche et du développement en commun n'est pas envisagée ou n'est pas effectuée par au moins une des parties...

La communication [72] de la Commission portant lignes directrices sur l'applicabilité de l'article 81 du traité aux accords de coopération horizontale contient un cadre général d'analyse des accords de recherche et de développement.

Les ententes concernant les autres droits de propriété intellectuelle

L'exercice des autres droits de propriété intellectuelle ne relève pas du règlement d'exemption. Les autorités de concurrence doivent donc porter une appréciation individuelle sur les accords concernant ces droits.

La possibilité de céder ou de confier un droit de propriété intellectuelle sous licence fait partie des prérogatives des titulaires de droits.

Ainsi que le Conseil l'a énoncé dans une décision 99-D-34 du 8 juin 1999, « *il est loisible au détenteur d'un droit de propriété intellectuelle, soit de se réserver l'usage de ce droit, soit d'en concéder l'usage exclusif à la personne de son choix* ».

72. Communication 2001/C3/02.

La cession ou l'obtention d'une licence de droit est licite en soi, ainsi que le Conseil l'a rappelé dans une décision 99-D-34 du 8 juin 1999 : « *le contrat par lequel le titulaire d'un droit d'auteur concède un droit d'exclusivité de reproduction ou de diffusion n'est pas illicite en soi ;* [...] *il y a lieu cependant, d'apprécier, dans chaque cas d'espèce, si les modalités fixées pour l'exercice de ce droit n'ont pas pour objet ou pour effet ou ne peuvent avoir pour effet de fausser le jeu de la concurrence* ».

De même, une exclusivité territoriale n'est pas davantage anticoncurrentielle en soi : le fait que le titulaire d'un droit d'auteur ait décidé de concéder une licence exclusive unique sur le territoire d'un État membre et donc d'interdire l'octroi de sous-licences en dehors du territoire concédé, n'est pas contraire aux règles de concurrence (TPI, 12 juin 1997, Coditel II, n° T-504/93, point 15).

Dans l'hypothèse d'une licence exclusive confiée par le titulaire à un autre opérateur, celui-ci ne peut, pour les produits considérés, être en concurrence avec un autre offreur ; « *en conséquence, le fait que les conditions de vente de ces produits soient fixées par concertation entre le détenteur et son concessionnaire est indifférent au regard du droit de la concurrence* » (décision 99-D-34 du 8 juin 1999).

Des cas d'ententes sanctionnées dans le secteur des droits voisins peuvent être trouvés dans la jurisprudence du Conseil de la concurrence, concernant les achats groupés de droits et les accords consistant à se réserver indûment l'exploitation de droits.

Achat groupé de droits de propriété intellectuelle

L'acquisition centralisée de droits de propriété intellectuelle n'est, en soi, pas plus prohibée que la constitution de centrales d'achat dans le commerce des produits ordinaires.

S'agissant des droits de retransmission sportive, la Commission européenne a accordé une exemption sur le fondement de l'article 81 §3 à l'Union européenne de radiotélévision (UER) qui regroupe les chaînes de télévision et négocie en leur nom l'achat de droits télévisuels exclusifs sur les événements sportifs (décision n° 2000/400/CE du 10 mai 2000). Cette décision a été annulée par le tribunal de première instance dans un arrêt du 8 octobre 2002 (affaire n° T-185/00, T-216/00, T-299/00, et T-300/00, M6 et autres).

Dans sa décision 02-MC-06 du 30 avril 2002, le Conseil de la concurrence n'a pas exclu que le groupement d'achat, GIE Sport libre, regroupant les principales radios françaises, puisse être exempté, mais a constaté qu'en l'espèce, un certain nombre de caractéristiques du GIE faisait présumer l'existence d'une entente entre ses membres, visant à empêcher la société RMC Info, titulaire des droits de diffusion des retransmissions de matchs de foot, de réaliser cette diffusion sur l'ensemble du territoire national. RMC ne pouvait en effet, à elle seule, couvrir le territoire national et devait donc sous-licencier ses droits à d'autres radios.

Les caractéristiques de ce GIE étaient les suivantes : les principales radios adhéraient à ce GIE, constitué quelques heures après que la licence ait été accordée à RMC Info ; aucune des radios membres ne pouvait négocier des droits individuellement en cas d'échec des négociations menées par le GIE,

sous peine d'encourir une exclusion et des pénalités. RMC Info aurait donc eu de grandes difficultés à trouver un partenaire.

Pratiques consistant à se réserver un marché connexe au marché de la coproduction d'œuvres audiovisuelles

En contrepartie de sa participation financière au financement d'œuvres audiovisuelles, la chaîne TF1 faisait insérer, dans les contrats de coproduction de ces œuvres audiovisuelles, des clauses-types, aux termes desquelles étaient attribués à titre exclusif à l'une de ses filiales les droits d'édition et de distribution des vidéogrammes tirés de ces œuvres, pour des durées pouvant aller jusqu'à 28 ans pour les documentaires. Le Conseil a jugé que l'exploitation sous forme de vidéogrammes était effectivement réalisée dans une minorité de cas et que, de ce fait, les droits d'édition sous forme de vidéogrammes n'étaient pas pleinement utilisés. Le Conseil a donc estimé que l'exclusivité consentie avait pour objet et effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de l'édition vidéographique et qu'elle constituait une entente anticoncurrentielle (décision 99-D-85 du 22 décembre 1999).

Devant la cour d'appel et la Cour de cassation, TF1 alléguait qu'en insérant ces clauses d'exclusivité dans ses contrats de coproduction, elle n'avait fait qu'un usage licite de ses droits de propriété intellectuelle. Selon l'article L. 132-24 alinéa 1er du Code de la propriété intellectuelle, « *le contrat qui lie le producteur aux auteurs d'une œuvre audiovisuelle,* [...], *emporte, sauf clause contraire et sans préjudicie des droits reconnus à l'auteur* [...] *cession au profit du producteur des droits exclusifs d'exploitation de l'œuvre audiovisuelle »*, à savoir le droit de représentation et le droit de reproduction.

L'avocat général Lafortune [73] a exposé dans ses conclusions, citant l'arrêt Magill, que « *l'*exercice *du droit exclusif par le titulaire peut, dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif* ». Ces circonstances exceptionnelles étaient, selon lui, réunies et avaient bien été caractérisées par la cour d'appel.

La Cour de cassation, dans un arrêt du 26 novembre 2003, a approuvé la cour d'appel d'avoir relevé que la société TF1 n'avait pris aucun engagement quant à l'exploitation effective des œuvres coproduites sous forme de vidéogramme et qu'elle avait ainsi conçu « *une protection contre une exploitation de droits par une entreprise concurrente* » et avait « *cherché à entraver l'accès de tout compétiteur potentiel sur le marché dérivé de l'édition vidéographique et à garantir sa progression sur ce marché* », alors que cette pratique n'était justifiée « *ni par des nécessités particulières au secteur de la télévision ni par les exigences propres à l'activité d'édition des vidéogrammes* ». La Cour a enfin relevé que l'injonction du Conseil demandant à TF1 de supprimer la clause litigieuse des contrats de coproduction « *ne prive pas la société TF1 de ses droits de coproducteur et de diffuseur dès lors qu'elle perçoit sur toute exploitation de l'œuvre coproduite sa quote-part de recettes telle que prévue au contrat de coproduction, que l'œuvre soit exploitée sous forme vidéographique par elle-même ou par une autre entreprise et que ses droits d'auteur sont en tout état de cause préservés* ».

73. *Petites Affiches* du 2 juillet 2004, p. 12.

La Cour ne s'est, ici, pas référée aux circonstances exceptionnelles. Elle adopte en revanche une formulation de principe : « *la pratique en cause ne constitue pas l'exercice normal des droits exclusifs de reproduction du coproducteur mais un abus de droit en vue de fausser la concurrence* ».

Sous couvert de protection des droits de propriété intellectuelle, les opérateurs économiques ne peuvent s'entendre pour porter atteinte à la concurrence. Le Conseil de la concurrence a ainsi sanctionné comme anticoncurrentielle une clause contenue dans des accords de coopération commerciale, signés entre l'éditeur de musique Polygram et les grossistes de disques, subordonnant le maintien des avantages liés à la coopération commerciale au respect de la propriété intellectuelle, alors qu'en réalité elle visait à prohiber les importations de disques Polygram auprès d'autres éditeurs que Polygram (décision 98-D-76 du 9 décembre 1998).

Les abus de position dominante

Les droits de propriété intellectuelle garantissent à leur titulaire des droits exclusifs, lesquels ne sont pas anticoncurrentiels en soi (CJCE, 18 mars 1980, Coditel).

La légitimité de l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle n'est pas remise en cause du seul fait que le titulaire du droit est en position dominante sur un marché (CJCE, 23 mai 1978, Hoffman-Laroche / Centrafarm). Appliquant la méthode d'analyse précédemment décrite, la juridiction communautaire et le Conseil de la concurrence sanctionnent l'exercice d'un droit de propriété intellectuelle qui peut être abusif.

Les pratiques non abusives

L'exercice d'un droit de propriété intellectuelle qui s'exerce conformément à son objet spécifique, ou à sa fonction essentielle ne peut, en principe, caractériser un abus.

Ont ainsi été jugés comme ne constituant pas des abus :

- **En matière d'exploitation des droits**

« *La faculté pour le titulaire d'un modèle protégé d'empêcher des tiers de fabriquer et de vendre ou d'importer, sans son consentement, des produits incorporant le modèle protégé relève de la substance même de ce droit* » (CJCE, 5 octobre 1988, Volvo / Veng). En matière de brevet, le Conseil, dans sa décision 01-D-57 du 21 septembre 2001, a considéré que le fait de s'opposer à la fabrication de produits brevetés sans le consentement du titulaire, relève de la substance même du droit exclusif que procure le brevet.

« *La protection de l'objet spécifique du droit d'auteur confère, en principe, à son titulaire, le droit, que ne remet pas en cause le traité, de se réserver l'exclusivité de la reproduction de l'œuvre protégée* » et l'exercice du droit d'auteur doit répondre à la fonction essentielle de ce droit, au sens de l'article 30 du traité, qui est d'assurer la protection morale de l'œuvre et la rémunération de l'effort créateur (TPI, 10 juillet 1991, RTE / Commission ; BBC / Commission ; ITP / Commission).

« *Le refus de licence, de la part du titulaire d'un droit de propriété intellectuelle, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci* » (CJCE, 5 octobre 1988, Volvo, 238/87 ; CJCE, 26 novembre 1998, Oscar Bronner, C-7/97 et CJCE, 6 avril 1995, Magill). En vertu des prérogatives qui s'attachent à un droit de propriété intellectuelle, une société peut s'opposer à l'exploitation par une autre société d'un site internet sous son nom de marque qu'elle n'a pas autorisé (décision 00-D-45 du 18 janvier 2001).

« [...] *Le droit exclusif de reproduction fait partie des prérogatives de l'auteur, en sorte qu'un refus de licence, alors même qu'il serait le fait d'une entreprise en position dominante, ne saurait constituer en lui-même un abus de celle-ci.* » (CJCE, 6 avril 1995, RTE et ITP / Commission).

- **En matière de fixation des prix**

« *La supériorité du prix de vente du produit breveté sur celui du produit non breveté provenant d'un autre État membre n'est pas nécessairement constitutive d'abus de position dominante* », notamment quand elle correspond à la rétribution de l'inventeur (CJCE, 29 février 1968, Parke, Davis & Co/ Probel).

« *Le fait qu'un constructeur d'automobiles vende des éléments de carrosserie, protégés au titre du droit de modèle, à un prix supérieur à celui pratiqué pour ces mêmes éléments par des fabricants indépendants n'est pas nécessairement constitutif d'abus de position dominante au sens de l'article 86 du traité, car le titulaire d'un droit exclusif sur un modèle ornemental peut légitimement prétendre à une rémunération pour les dépenses qu'il a exposées en vue de mettre au point ce modèle protégé* » (CJCE, 5 octobre 1988, Cicra / Renault).

Le niveau du prix du produit ne suffit pas nécessairement à révéler l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86. Il peut cependant, par son importance, en l'absence de justifications objectives, constituer « *un indice déterminant* » (CJCE, 18 février 1971, Sirena/ Eda en matière de marque).

Les pratiques abusives

Les juridictions communautaires relèvent que l'exercice d'un droit exclusif par une entreprise en position dominante peut être abusif dans des circonstances exceptionnelles (CJCE, 6 avril 1995, RTE et ITP ; CJCE, 26 novembre 1998, Bronner ; CJCE, 16 décembre 1999, Micro Leader ; TPI, 26 octobre 2001, IMS Health, 184/01), le Conseil de la concurrence se réfère davantage à la notion de « *circonstances propres à chaque cas* » (décision 99-D-85 du 22 décembre 1999). L'abus est également caractérisé lorsque le droit exclusif « *ne répond plus à sa fonction essentielle* » (TPI, 10 juillet 1991, RTE, BBC, ITP / Commission ; décision 03-MC-02 du 5 mars 2003) ou à son *objet spécifique* (décision 03-MC-02).

L'abus est encore établi lorsque l'exploitation d'un droit exclusif « *est manifestement contraire aux objectifs poursuivis par l'article 86 (actuel article 82) du traité* » (TPI, 10 juillet 1991, BBC et BBC Enterprises Limited ; décision 99-D-85 du 22 décembre 1999).

Ont ainsi été jugés comme constituant des abus :

- **Les prix excessifs, les remises de fidélité et les prestations liées**

« *L'importance d'un niveau du prix d'un produit* [de marque], *en l'absence de justifications objectives, peut constituer un indice déterminant* » de l'exploitation abusive d'une position dominante au sens de l'article 86 (CJCE, 18 février 1971, Sirena/ Eda).

Les remises de fidélité liant un médicament indispensable pour les hôpitaux, sur lequel une entreprise est en position de monopole, du fait de l'exploitation d'un brevet, et un médicament produit sur un marché ouvert à la concurrence, ont pour objet ou pour effet de dissuader les acheteurs de s'adresser aux concurrents pour ce dernier médicament (décision 01-D-23 du 10 mai 2001, relative aux pratiques de la société Abbott sur le marché des produits anesthésiques) [74].

Les clauses réservant exclusivement aux filiales de TF1 le droit d'exploitation des films par vidéogrammes coproduits par TF1, pendant au moins cinq années constituent un abus de position dominante de TF1 (décision 99-D-85 du 22 décembre 1999).

Le fait, pour Canal Plus, de lier le préachat de droits exclusifs de diffusion par abonnement des films français à la condition que le producteur renonce à céder à tout autre opérateur les droits de diffusion télévisuelle de ces films pour le paiement à la séance, est un abus de position dominante (décision 98-D-70 du 24 novembre 1998).

- **Les comportements discriminatoires ou arbitraires**

« *L'exercice du droit exclusif correspondant à de tels brevets [pour modèles ornementaux relatifs à des éléments de carrosserie automobile] peut être interdit par l'article 86 (actuel art. 82) du traité s'il donne lieu, de la part d'une entreprise en position dominante, à certains comportements abusifs tels que le refus arbitraire de livrer des pièces de rechange à des réparateurs indépendants, la fixation des prix des pièces de rechange à un niveau inéquitable ou la décision de ne plus produire de pièces de rechange pour un certain modèle, alors que beaucoup de voitures de ce modèle circulent encore, à condition que ces comportements soient susceptibles d'affecter le commerce entre États membres* » (arrêts du 05/10/1985 Cicra / Renault ; arrêt Volvo / Veng).

« *Un droit d'auteur peut être sanctionné sur le fondement de l'abus de position dominante si le titulaire de ce droit pratique pour des transactions équivalentes des prix plus faibles sur un marché que sur le marché communautaire et si les prix communautaires sont excessifs* ». Il a considéré que l'écart de prix entre le marché canadien et le marché français constituait un indice selon lequel « *pour des transactions équivalentes, Microsoft appliquait des prix plus faibles sur le marché canadien que sur le marché communautaire et que les*

74. Pour un cas très proche, voir la décision du Conseil 03-D-35 du 24 juillet 2003, Sandoz, concernant la ciclosporine.

prix communautaires étaient excessifs » (arrêt TPI 16/12/99 Micro Business Leader / Commission, Aff. T-198/98)

Dans un avis 97-A-10 du 25 février 1997, le Conseil de la concurrence avait à apprécier des pratiques du service hydrographique et océanographique de la Marine. Ce service, seul offreur des informations nautiques officielles et reconnues par l'État, tire des droits de propriété intellectuelle qu'il détient sur ces informations, des redevances versées en contrepartie des autorisations de reproduction consenties aux éditeurs privés. Il est aussi en concurrence avec des éditeurs privés sur le marché aval de la production de cartes. Le Conseil de la concurrence énonce : « *Le titulaire d'un droit qui se borne à exploiter une de ses prérogatives essentielles, il s'agit du droit de reproduction et de représentation pour le droit d'auteur, ne commettrait pas d'abus. Pour autant comme le souligne l'arrêt du 28 mai 1978 (Hoffman Laroche), l'exercice d'un droit ne saurait être toléré par le droit de la concurrence dès lors qu'il constituerait une exploitation abusive de la position dominante résultant de sa détention* ». « *S'il était démontré que le SHOM établissait des prix de cession des droits de reproduction des données nautiques dans des conditions discriminatoires ou imputerait dans le prix de revient de ses propres ouvrages un coût correspondant inférieur à la redevance perçue auprès des opérateurs privés avec lesquels il est en concurrence, il pourrait être conclu à l'existence d'une entrave au jeu de la concurrence* ».

Le Conseil de la concurrence a récemment sanctionné le refus abusif de la société Codes Rousseau de transmettre à ses concurrents un protocole de connexion protégé par un droit de propriété intellectuelle, alors que cet accès était le seul moyen pour ces derniers de développer des supports pédagogiques compatibles avec les correctrices des épreuves du permis de conduire produites par Codes Rousseau qui équipaient toutes les auto-écoles (décision 04-D-09 du 31 mars 2004).

Enfin, les abus de position dominante commis par des sociétés de gestion des droits feront l'objet de développements ultérieurs.

- **Les clauses contractuelles injustifiées**

Est actuellement soumise à l'appréciation du Conseil, l'intéressante question de savoir si constitue un abus sur le marché des numéros spéciaux, le fait pour France Télécom d'avoir inséré dans ses contrats « *Numéros Accueil* » des clauses, prévoyant pour l'abonné la perte de l'usage des marques dénominatives et graphiques de France Télécom, « *Numéro Vert* », « *Numéro Azur* » et « *Numéro Indigo* », en cas de rupture des relations contractuelles avec France Télécom et notamment en cas de portage des numéros vers un autre opérateur. Le Conseil a également relevé que la portabilité (le fait de pouvoir changer d'opérateur sans changer de numéro) est imposée tant par les textes communautaires (directives 98/61/CE, 24 sept. 1998 et 2002/22/CE, 7 mars 2002) que nationaux (Code des postes et télécommunication (P&T), art. 99-16), que l'article L. 34-10 du Code des P&T dispose que les numéros ne peuvent pas être protégés par un droit de propriété intellectuelle et enfin que le dispositif ainsi prévu aboutit à rendre indissociables les marques en cause et les numéros. S'appuyant sur la notion « *d'objet spécifique* », n'excluant pas que les pratiques dénoncées aient pour objet ou pour effet de

fausser le jeu de la concurrence à l'égard des opérateurs alternatifs à France Télécom et de faire obstacle à l'ouverture de la concurrence du marché des services spéciaux, le Conseil, sur le fondement de l'article L. 464-1 du Code de commerce, a décidé de prononcer des mesures conservatoires (décision 03-MC-02 du 5 mars 2003).

- **Les manœuvres déloyales dont l'exercice d'un droit exclusif est l'instrument sont constitutives d'un abus de position dominante**

« *Constitue un abus de sa position dominante le fait pour une entreprise de prolonger inutilement la procédure d'octroi à un concurrent d'une licence de droit sur un brevet qu'elle détient, en formulant des exigences manifestement exagérées en ce qui concerne le montant auxquelles elle peut prétendre* » (arrêt 12/12/91 Hilti / Commission).

S'agissant de la commercialisation d'un procédé breveté, consistant en une presse étagée pour fabriquer du Reblochon, le Conseil a condamné « *des réticences dans la fourniture de renseignements, hausses des prix au cours des négociations, délais de livraison inhabituels et largement transgressés durant l'exécution* [...] » ayant eu pour conséquence d'empêcher un cocontractant d'exercer sur le marché des installations fromagères [75].

- **Les atteintes à la concurrence**

Dans l'ensemble les décisions précitées relèvent, en constatant l'exercice abusif, les atteintes à la concurrence qui en résultent. Le Conseil a constaté que le comportement de Codes Rousseau « *a eu pour effet de restreindre le droit des concurrents d'exploiter leur propre capacité d'innovation, en développant et en commercialisant, pour le bénéfice des consommateurs, des supports pédagogiques numériques différents de ceux des Codes Rousseau* » (décision 04-D-09 du 31 mars 2004). La plupart de ces décisions présentent une analyse mettant en évidence d'une part, un exercice du droit de propriété intellectuelle non conforme à son objet spécifique (ou à sa fonction essentielle), d'autre part, les effets sur la concurrence qui en résultent.

De manière plus ambiguë, comme l'a relevé l'avocat général Gulmann, le TPI, réduisant la question à une seule problématique, a jugé que « *le droit d'auteur ne répond plus à sa fonction essentielle lorsqu'une société de télédiffusion exploite le droit d'auteur sur ses grilles de programmes hebdomadaires* [...] *pour se réserver l'exclusivité de leur publication, faisant ainsi obstacle à la venue sur le marché annexe des magazines de télévision, où elle est en situation de monopole, d'un produit nouveau, regroupant les programmes de l'ensemble des chaînes susceptibles d'être captées par les téléspectateurs, pour lequel il existe une demande potentielle de la part des consommateurs. » (arrêts TPI du 10/07/91 RTE, BBC, ITP / Commission).*

75. Décision 97-D-16, du 11 mars 1997.

L'atteinte à la concurrence semble enfin caractériser l'abus de position dominante dans le cas d'un refus de mise à disposition d'une infrastructure essentielle. Ce sujet fait l'objet de développements ultérieurs spécifiques.

Sachant que l'énumération des pratiques abusives, par l'article 82 du traité, n'est pas limitative (CJCE, 21 février 1973, Europemballage Corporation et Continental Can Company), la juridiction communautaire et le Conseil de la concurrence ont sanctionné des abus touchant indifféremment à tous les droits de propriété intellectuelle, propriété littéraire et artistique et propriété industrielle, et concernant les comportements les plus variés : manœuvres déloyales, conditions de tarification, refus arbitraire, imposition d'engagements non indispensables ou inéquitables, en s'appuyant sur les circonstances particulières de chaque espèce, sur les éléments relevant de l'atteinte à la structure de la concurrence et/ou à un exercice du droit de propriété intellectuelle non conforme à son objet spécifique ou à sa fonction essentielle.

Les conséquences données par la jurisprudence à un constat d'abus

Les autorités de concurrence sanctionnent les infractions aux règles de la concurrence en prononçant une amende ou en prononçant des injonctions. Elles peuvent également accepter des engagements proposés par les parties.

Le recours à l'amende est classique. Les injonctions prononcées, y compris à titre de mesure conservatoire, illustrent de manière très concrète l'assujettissement des droits de propriété intellectuelle au droit de la concurrence qui peut en modifier les conditions d'exercice : injonctions de supprimer une clause d'exclusivité, interdiction d'acquérir une licence, obligation de concéder une licence à un tiers.... Cette graduation de l'immixtion du droit de la concurrence dans l'exercice des droits qui peut aller jusqu'à contraindre un titulaire de droits à contracter ou, au contraire, à ne pas contracter, porte atteinte aussi bien au monopole du titulaire qu'à la liberté contractuelle. Lorsqu'elles sont maximales, ces atteintes, favorisées par l'application de la théorie des infrastructures essentielles, réduisent les droits du titulaire à un simple droit de créance sur une redevance.

Ainsi, dans sa décision 00-D-75 du 6 février 2001, le Conseil, en même temps qu'il a prononcé des sanctions pécuniaires contre la société Interflora, lui a fait injonction, notamment, « *de cesser d'interdire aux fleuristes adhérents de mentionner sur une même annonce d'annuaire ou de minitel l'appartenance simultanée au réseau Interflora et à d'autres réseaux de transmission florale à distance*. » Dans sa décision 89-D-41 du 28 novembre 1989, le Conseil a fait injonction à France Loisirs de modifier ses contrats de cession de droits, contenant au bénéfice de France Loisirs, une clause d'exclusivité par laquelle l'éditeur s'engageait à refuser toute demande de solde ou d'offre publicitaire de bienvenue émanant d'un autre club ou d'une organisation concurrente. Il a donc fait injonction à France Loisirs notamment de limiter l'application de ladite clause, initialement prévue pour toutes les formes de commercialisation du livre, aux seules ventes par abonnement, correspondance et courtage.

Se prononçant sur une demande de mesures provisoires, le Conseil, dans l'affaire dite du « *Numéro Vert* », a enjoint à la société France Télécom de suspendre l'application de la clause contractuelle relative à la perte du droit

d'utilisation des marques de France Télécom (décision 03-MC-02 du 5 mars 2003). Enfin, aux sociétés NMPP, il a fait injonction, notamment, d'accorder aux MLP, dans des conditions économiques équitables, un accès direct à certaines fonctionnalités de son logiciel Presse 2000 (décision 03-MC-04, 22 décembre 2003).

Enfin, récemment, la Commission européenne a imposé à la société Microsoft de divulguer à ses concurrents les spécifications complètes et exactes des protocoles utilisés par les serveurs de groupe de travail sous Windows de manière à permettre le développement de produits concurrents en matière de partage de fichiers et d'impression (décision du 24/06/04).

Ces derniers exemples illustrent la gradation de l'influence du droit de la concurrence dans l'exercice des droits de propriété intellectuelle. La théorie des infrastructures essentielles, cas particulier de l'abus de position dominante, fournit un cadre conceptuel d'analyse aux situations les plus critiques pour la concurrence.

Les licences obligatoires : la théorie des infrastructures essentielles et ses applications

La Cour de justice des Communautés européennes a jugé dans deux arrêts (5 octobre 1988, Volvo, nº 238/87 et CICRA/Renault, nº 53/87), que le droit de refuser d'accorder des licences relève de l'objet spécifique du droit d'auteur, et qu'ainsi « *une obligation imposée au titulaire du modèle protégé d'accorder à des tiers, même en contrepartie de redevances raisonnables, une licence pour la fourniture de produits incorporant le modèle aboutirait à priver le titulaire de la substance de son droit exclusif, et* [...] *le refus d'accorder une pareille licence ne saurait constituer en lui-même un abus de position dominante* ».

Plus généralement, le Conseil de la concurrence a rappelé, dans un avis SIRÈNE nº 01-A-18 du 28 décembre 2001, que « *le droit de la concurrence ne porte pas atteinte, en principe, aux droits reconnus au titre de la propriété intellectuelle, parmi lesquels figure, au premier chef, la liberté reconnue au détenteur du droit d'accorder ou de refuser d'accorder, discrétionnairement, des licences ainsi que de fixer, également de manière discrétionnaire, le montant des redevances. Cependant, le "droit des facilités essentielles",* [...], *repose sur une logique qui semble incompatible avec les choix discrétionnaires reconnus aux détenteurs de droit de propriété intellectuelle, dans le cas où la mise à disposition de la facilité suppose également la cession d'un droit de propriété intellectuelle* ».

En vertu de la théorie des infrastructures essentielles, l'exercice même de la prérogative au cœur de l'objet spécifique des droits de propriété intellectuelle peut donc constituer un abus de position dominante, selon la jurisprudence communautaire et nationale, ce qui peut sembler une atteinte exorbitante à ces droits.

Les conditions restrictives posées et appliquées par la jurisprudence précéderont leur examen critique.

Les conditions restrictives posées et appliquées par la jurisprudence

- **Les conditions posées par la jurisprudence [76]**

La théorie générale des infrastructures essentielles

Elle a été conçue par la jurisprudence américaine [77], qui a posé le principe selon lequel une entreprise en situation de monopole ou de position dominante, qui détient une infrastructure non duplicable en raison de son coût ou de la réglementation, à laquelle les entreprises opérant sur un marché aval (ou amont) doivent nécessairement avoir accès pour concurrencer l'entreprise détentrice de l'infrastructure, doit en permettre l'accès à cette dernière sur une base équitable et non discriminatoire, dès lors qu'aucune impossibilité technique ne s'y oppose.

Ayant à apprécier la validité, au regard du droit de la concurrence, du refus de la compagnie de téléphone ATT d'accorder à MCI une interconnexion à ses réseaux locaux, la Cour d'appel du 7e Circuit a jugé, dans un arrêt MCI Communications Corps c/ATT (1983), que du fait de cet abus, MCI ne pouvait offrir des services à longue distance concurrents. La Cour a, à cette occasion, défini les quatre conditions régissant l'application de la théorie des infrastructures essentielles :
– une entreprise est en situation de monopole ou de position dominante sur le marché de cette infrastructure essentielle ;
– cette infrastructure n'est pas duplicable techniquement dans des conditions raisonnables ;
– l'entreprise qui la contrôle en refuse l'accès ;
– cet accès est possible.

Elle a relevé que le refus d'ATT constituait un acte interdit de « monopolisation » : « *le refus dans ces circonstances d'une entreprise en situation de monopole d'accorder l'accès relève de la doctrine dite des infrastructures essentielles. Un tel refus peut être interdit car le contrôle, par cette entreprise, d'une infrastructure essentielle permet d'étendre une situation de monopole d'un marché à un autre. Pour cette raison, le droit de la concurrence a imposé aux entreprises contrôlant une infrastructure essentielle l'obligation d'accorder l'accès à cette infrastructure à des conditions non discriminatoires* ».

Appliqué ensuite par le juge communautaire, notamment le 6 mars 1974, dans une affaire « *commercial solvents* », la Commission européenne a utilisé le vocable pour la première fois en 1992 à propos du port irlandais de Holyhead (11 juin 1992 Sealink c/ B § I). Dans son rapport pour 1995, la Commission est allée jusqu'à qualifier de « *principe général du droit européen* »,

76. Voir aussi sur ce sujet l'article de G. Bonet paru dans la RTD eur. 40 (4), oct.-déc. 2004.

77. Dans un arrêt de 1912, Terminal Railroad, la Cour suprême a jugé que le consortium de 38 sociétés de voies ferrées possédant le terminal ferré de Saint-Louis et contrôlant toutes les entrées et sorties ferroviaires de la ville de Saint-Louis, ne pouvait refuser à ses concurrents, les compagnies non membres du consortium, soit de participer au consortium lui-même, soit d'utiliser ce terminal à des coûts non discriminatoires, dans la mesure où un accès leur était essentiel afin d'exercer leur activité dans un contexte concurrentiel. L'on sait le peu de fortune qu'a eu aux États-Unis l'application ultérieure de cette théorie, et la contestation même des conséquences tirées des premiers arrêts fondateurs menée par des auteurs américains.

le principe selon lequel « *lorsqu'une entreprise dominante possède ou contrôle l'accès à une installation qui est essentielle pour permettre à ses concurrents d'exercer leurs activités, elle ne peut refuser l'accès à cette installation et elle doit le leur accorder sur une base non discriminatoire* ».

Le Conseil de la concurrence n'a, quant à lui, fait usage de la théorie des infrastructures essentielles, qu'en 1990, de manière implicite (décision 90-D-22 du 26/06/90), puis, dans une décision 96-D-51 du 3 septembre 1996 « *Héli-inter assistance* » où il utilise pour la première fois la qualification d'infrastructures essentielles [78].

Ont ainsi été qualifiées d'infrastructures ou de facilités essentielles des infrastructures lourdes : un réseau de tuyaux permettant l'acheminement et le stockage de carburéacteur sur des aéroports (décision 90-D-22), un héliport (décision nº 96-D-51), le tunnel sous la Manche (13 décembre 1994 Eurotunnel) et le gazoduc Interconnector sous-marin entre le Royaume-Uni et la Belgique. Sont également susceptibles de répondre à cette qualification, des services, par exemple la fourniture de matières premières à un client (arrêt CJCE du 6 mars 1974 « *commercial solvents* ») ou la fourniture d'un temps d'antenne (arrêt CJCE Télémarketing du 03/10/85).

L'application de la théorie aux droits de propriété intellectuelle

L'arrêt Volvo du 5 octobre 1988 de la Cour de justice laissait entrevoir une possible application de la théorie aux droits de propriété intellectuelle en posant l'hypothèse que « *l'exercice du droit exclusif* [par son titulaire] *peut être interdit par l'article 86* (actuel art. 82), *s'il donne lieu,* [...] *à certains comportements abusifs, tels que le refus arbitraire de livrer des pièces de rechange* [...], [...] *la fixation des prix des pièces de rechange à un niveau inéquitable ou la décision de ne plus produire de pièces de rechanges pour un certain modèle alors que beaucoup de voitures de ce modèle circulent encore* [...] ». Cependant, les droits de propriété intellectuelle n'avaient pas été limités dans leur exercice, par l'application de cette théorie, jusqu'aux arrêts du tribunal de première instance du 13 octobre 1991 (RTT JB), confirmés par la Cour dans son arrêt « *Magill* » (arrêt du 6 avril 1995, RTE et ITP/Commission, C-41/91), qui sanctionnent au titre de l'abus de position dominante, le refus opposé par six chaînes de télévision irlandaises de communiquer leurs grilles de programmes, sur lesquelles elles revendiquaient un droit d'auteur, à la société Magill TV Guide Lt qui souhaitait créer un guide hebdomadaire réunissant l'ensemble des programmes des 6 chaînes, en considérant que ces grilles constituaient une facilité essentielle. C'est en s'appuyant expressément sur cette jurisprudence que le Conseil a considéré

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

plus généralement que « *rien ne s'oppose* a priori *à ce qu'un droit de propriété intellectuelle puisse être considéré comme une facilité essentielle* » (avis 02-A-08 du 22 mai 2002).

Depuis lors, cette tendance ne s'est pas démentie et ont été reconnues comme étant ou pouvant être des facilités essentielles : une structure modulaire protégée par un droit d'auteur (arrêt CJCE IMS Health 29/04/04) ; la liste des abonnés du téléphone, constituant une base de données (arrêt CA Paris du 29/06/99 confirmé par arrêt de la Cour de cassation du 04/12/01) ; des données publiques protégées notamment par le droit « *sui generis* », des bases de données (répertoire des entreprises SIRÈNE/ arrêt du Conseil d'État 02/04/03 « *Sté Cogedim* ») ; les cartes marines (avis du Conseil 97-A-10 du 25/02/97) ou un système informatique, en l'espèce le logiciel « *Presse 2000* » (décision 03-MC-04 du 22/12/03, confirmée par la CA Paris du 12/02/04).

La jurisprudence a encadré les conditions d'application de cette théorie dans des critères rigoureux qui doivent la rendre exceptionnelle :
– le titulaire du droit de propriété intellectuelle est en position dominante sur le marché où s'exercent ses droits de propriété intellectuelle ;
– l'accès à l'infrastructure couverte par ses droits de propriété intellectuelle est indispensable pour l'exercice, par un concurrent, d'une activité concurrente sur un marché amont, aval ou connexe de celui sur lequel le détenteur de l'infrastructure détient une position dominante ;
– l'infrastructure ne peut être reproduite dans des conditions économiques raisonnables par les concurrents ;
– le titulaire des droits refuse une licence sur ses droits de propriété intellectuelle ou consent une licence à des tarifs discriminatoires. Le Conseil de la concurrence, dans un avis SIRÈNE du 28 décembre 2001, a rappelé que « *l'octroi d'une licence à des conditions ne permettant pas d'en faire une exploitation économique,* [...] *peut être assimilé à un refus de licencier* » ;
– le refus d'accès (refus de concéder une licence) ne reçoit pas de justifications objectives, notamment au regard de la protection des intérêts du titulaire de droit ;
– il résulte de ce refus l'impossibilité de mettre sur le marché un produit nouveau correspondant à une demande des consommateurs ;
– par ce comportement, le titulaire des droits se réserve un marché dérivé en excluant toute concurrence sur ce marché.

• L'application de la théorie des infrastructures essentielles par les autorités de concurrence nationales et communautaire

Dans l'affaire Magill, la Cour relève d'abord que les chaînes détiennent une position dominante sur le marché « *des informations servant à confectionner les grilles des programmes de télévision* », voire même disposent d'un monopole de fait sur les informations brutes constituées par l'indication de la chaîne, du jour, de l'heure et du titre des émissions. Elle constate, en outre, que ces informations constituent la matière première indispensable pour élaborer un guide de programmes.

Après avoir rappelé qu'un refus de licence n'est pas en soi constitutif d'abus, même de la part d'une entreprise en position dominante, la Cour relève, se référant à l'arrêt Volvo, que « *l'exercice du droit exclusif par le titulaire peut,*

dans des circonstances exceptionnelles, donner lieu à un comportement abusif ».

La Cour énumère ensuite les trois conditions qui font que le refus opposé par les chaînes est abusif :
– le refus des chaînes « *a fait obstacle à l'apparition d'un produit nouveau, un guide hebdomadaire complet des programmes de télévision, que les requérantes n'offraient pas, et pour lequel existait une demande potentielle de la part des consommateurs* » (aucun guide général hebdomadaire de télévision n'était disponible sur le marché en Irlande) ;
– « *ce refus n'était justifié ni par l'activité de radiodiffusion télévisuelle ni par celle d'édition de magazines de télévision* » ;
– « *par leur comportement, les requérantes se sont réservées un marché dérivé, celui des guides hebdomadaires de télévision, en excluant toute concurrence sur ce marché* ».

La Cour a fait application de la théorie dite des « *facilités essentielles* », bien qu'elle n'emploie pas ce terme, considérant que les chaînes avaient abusé de leur position dominante, voire monopolistique, sur le marché amont des « *informations servant à confectionner les grilles de programmes de télévision* » pour entraver l'apparition d'un nouvel entrant sur le marché aval des guides de programmes de télévision.

Dans l'arrêt IMS du 29 avril 2004 (C-418/01), la Cour a appliqué ces critères en confirmant leur caractère cumulatif : « *il ressort de cette jurisprudence (Magill) que, pour que le refus d'une entreprise titulaire d'un droit d'auteur de donner accès à un produit ou à un service indispensable pour exercer une activité déterminée puisse être qualifié d'abusif, il suffit que trois conditions cumulatives soient remplies, à savoir que ce refus fasse obstacle à l'apparition d'un produit nouveau pour lequel il existe une demande potentielle des consommateurs, qu'il soit dépourvu de justification et de nature à exclure toute concurrence sur un marché dérivé* » (point 38).

La réponse apportée par la Cour à la question préjudicielle du Landgericht de Frankfurt am Main, dans l'affaire IMS, mérite d'être détaillée, car si elle apporte certaines précisions sur les critères cités plus haut, elle laisse encore certains points dans l'ombre.

Cet arrêt porte sur les conditions de concurrence dans le domaine du développement de bases de données. L'entreprise IMS Health fournit aux laboratoires pharmaceutiques des études de marché sur les ventes régionales de produits pharmaceutiques en Allemagne, formatées sur la base de structures modulaires de *reporting* des données (modules prenant en considération divers critères, tels la densité de population, les circonscriptions administratives...). Cette structure est devenue un standard courant auquel les pharmacies clientes d'IMS ont adapté leurs systèmes informatiques et de distribution. La société PII (devenue NDC Health), concurrent d'IMS sur le marché des services de fourniture de données sur les ventes régionales, a demandé l'accès à cette structure, pour pouvoir produire des prestations concurrentes de celles d'IMS. Cet accès lui a été interdit par les juges allemands, sur la base des droits de propriété intellectuelle d'IMS sur les structures modulaires. NDC a saisi la Commission européenne qui a estimé, dans une décision de mesure conservatoire du 3 juillet 2001, que le refus d'IMS de

délivrer à NDC, une licence d'utilisation de la structure à 1860 modules constituait une infraction à l'article 82 du traité. La Commission a enjoint à IMS d'accorder cette licence dans une décision de mesure conservatoire pour l'exécution de laquelle le tribunal de première instance a accordé un sursis. À la suite de ce sursis, la Commission a finalement retiré sa décision, le 13 août 2003. Le président du tribunal de première instance a relevé, en termes sévères, dans son ordonnance du 26 octobre 2001 que réduire le droit d'auteur « *à un droit purement économique de percevoir des redevances édulcore l'essence de ce droit et porte une atteinte grave à son objet spécifique* ».

La Cour de justice, saisie de questions préjudicielles par le Landgericht de Frankfurt am Main, s'est prononcée successivement sur les critères énoncés plus haut.

Il faut noter que la Cour ne s'exprime pas sur le premier critère, à savoir sur le marché pertinent et sur la position dominante d'IMS, ces points étant considérés comme des prémisses du raisonnement.

• S'agissant des deux critères suivants, ils entraient dans le champ de deux des trois questions posées à la Cour, relatives au fait que la structure modulaire, élaborée en concertation avec les utilisateurs pharmaciens, était devenue une norme. La Cour rappelle le critère du caractère indispensable du produit ou du service dont l'accès est demandé, pour permettre à une entreprise d'exercer son activité sur un marché déterminé. La Cour juge qu'il faut en l'espèce, rechercher s'il existe des solutions alternatives, techniquement réalisables. Elle rappelle aussi que le fait que ces solutions soient plus coûteuses ne suffit pas à les considérer comme non praticables ; pour que l'obstacle économique soit retenu, « *il doit à tout le moins être établi que la création de ces produits ou services n'est pas économiquement rentable pour une production à une échelle comparable à celle de l'entreprise contrôlant le produit ou le service existant* ». Or, la Cour constate que l'effort d'adaptation des utilisateurs pharmaciens qui se sont dotés d'ordinateurs compatibles avec la structure modulaire d'IMS, pourrait rendre impossible l'élaboration d'une solution de remplacement viable, car ces utilisateurs devraient faire des efforts techniques et économiques extrêmement élevés pour pouvoir acquérir des études présentées sur la base d'une autre structure modulaire que celle protégée par le droit de propriété intellectuelle. Le fournisseur de cette structure devrait donc leur consentir des conditions financières telles que l'exercice de son activité aurait peu de chance d'être économiquement rentable. Ces éléments doivent, selon la Cour « *être pris en considération pour déterminer si la structure protégée est indispensable pour la commercialisation d'études de cette nature* ». On voit bien ici que la Cour suggère au juge allemand de constater l'absence de solution alternative et donc le caractère essentiel de la structure modulaire d'IMS.

• S'agissant du critère tenant à la justification objective du refus d'accès, la Cour reste très vague : l'importance des investissements réalisés par le titulaire des droits de propriété intellectuelle peut-elle constituer une telle justification ? Le titulaire du droit de propriété intellectuelle pourra sans doute démontrer que son refus est basé sur des données objectives et qu'il n'est pas dicté par la volonté de nuire à la concurrence.

• Sur le critère relatif à l'impossibilité de mettre sur le marché un produit nouveau correspondant à une demande des consommateurs, la Cour

précise ce qu'il faut entendre par produit nouveau, notion qui demeure cependant encore imprécise : il ne doit pas s'agir de la reproduction pure et simple des produits ou services déjà offerts sur le marché dérivé par le titulaire du droit de propriété intellectuelle, mais de produits ou services nouveaux que le titulaire n'offre pas et pour lesquels il existe une demande potentielle des consommateurs. Il ne doit pas s'agir de produits non substituables, car ils seraient alors sur des marchés différents et le dernier des critères ne serait jamais rempli (à savoir que le refus d'accorder la licence doit être susceptible d'exclure toute concurrence sur un marché dérivé).

Quelles caractéristiques doit alors présenter le produit pour demeurer substituable tout en étant nouveau ? Certains auteurs ont souligné, à juste titre, que le qualificatif « *nouveau* » ne s'appliquait qu'à la propriété industrielle pour permettre par exemple de conférer la protection d'un brevet, le qualificatif d'originalité lui étant préféré en droit de propriété littéraire et artistique [79].

• S'agissant de la troisième condition, à savoir le risque d'exclusion de toute concurrence sur un marché dérivé, la Cour précise ce qu'il faut entendre par marché dérivé : il s'agit d'un marché aval, celui de la fourniture de données sur les ventes de produits pharmaceutiques, pour l'accès duquel le produit en amont, la structure modulaire, est indispensable. Le marché dérivé n'est pas véritablement distinct du marché principal. Sont en présence, en amont un marché des ressources indispensables pour accéder à ce marché dérivé, ces ressources pouvant ne pas faire l'objet d'une commercialisation en tant que telle, de sorte qu'elles ne constituent donc qu'un marché hypothétique.

L'intérêt de l'affaire *IMS* est de faire application de la théorie des facilités essentielles alors que l'entreprise en position dominante est en concurrence directe sur le marché dérivé des structurations territoriales de *reporting*, c'est-à-dire sur le marché des données où elle entend exploiter de manière exclusive son droit de propriété. Un titulaire de droits devrait renoncer à l'avantage que lui procure la propriété littéraire et artistique au profit d'un concurrent direct. Cette jurisprudence peut donc avoir des conséquences très significatives en matière de droit de propriété littéraire et artistique : le risque d'un passage d'un droit exclusif à un droit à redevance.

Le Conseil de la concurrence, dans un avis 02-A-08 du 22 mai 2002, a résumé sa doctrine sur l'application de la théorie des infrastructures essentielles aux infrastructures classiques et aux droits de propriété intellectuelle, s'inscrivant en parfaite continuité avec la jurisprudence communautaire.

Le Conseil s'est livré à une analyse détaillée des conditions posées par la jurisprudence communautaire, dans un avis rendu le 28 décembre 2001, à la demande du Conseil d'État.

Saisi par le Conseil d'État sur la tarification de l'accès au fichier SIRÈNE de l'INSEE [80], le Conseil a rendu un avis très motivé, reprenant avec soin les critères de la jurisprudence européenne. Il a relevé que le fichier SIRÈNE, sur lequel l'État détient des droits de propriété intellectuelle est indispensable

79. « *L'arrêt IMS Health : une révolution* ? », Recueil Dalloz, 2004, 13 août 2003, p 2366 et ss.

80. Sujet sur lequel il s'était reconnu incompétent au contentieux dans une décision 01-D-78 du 6 décembre 2001, s'agissant de tarifs publics fixés par arrêté.

pour l'activité des opérateurs qui désirent vendre des fichiers de prospection de très grande taille. Ceux-ci ne peuvent exercer cette activité à des coûts acceptables qu'à partir de ce fichier. « *Non duplicable à un coût raisonnable, le fichier peut être considéré comme une facilité essentielle au sens du droit de la concurrence* ». L'INSEE, en position dominante sur le marché du répertoire SIRÈNE, est par ailleurs vendeur de fichiers fabriqués à partir de cette ressource essentielle et concurrent d'entreprises sur le marché aval de la cession de fichiers de grande taille.

Le Conseil note que les produits des concurrents de l'INSEE sur le marché des fichiers de grande taille sont des produits nouveaux, pour lesquels existe une demande et que l'INSEE qui perçoit des redevances pour les licences d'utilisation de ce répertoire, doit prévoir des conditions d'accès à ce fichier non discriminatoires. En effet, en l'absence de tarification orientée vers les coûts, toute concurrence serait exclue sur le marché des fichiers de prospection de très grande taille. Le Conseil a donc estimé qu'en l'espèce, l'INSEE avait fixé les redevances d'utilisation de son fichier à un niveau tel (effet de ciseau tarifaire) que les utilisateurs ne pouvaient pas réaliser de marges sur leurs fichiers de prospection. Il en a conclu que l'INSEE s'était livré à une pratique abusive.

Dans un arrêt du 29 juillet 2002, le Conseil d'État a jugé que le fichier SIRÈNE constituait une ressource essentielle et que la perception de droits privatifs excessifs constituait un abus de position dominante de la part l'INSEE. Constatant que la redevance était fixée à un niveau ne permettant pas aux rediffuseurs de proposer leurs produits sur le marché, il a conclu que l'arrêté tarifaire était de nature à placer l'INSEE en situation d'abuser automatiquement de sa position dominante.

Le Conseil a souligné, dans son avis 02-A-08 du 22 mai 2002, que « *l'absence de solution alternative pour les concurrents est* [...] *primordiale* ». Ainsi, le tribunal de première instance des Communautés européennes a-t-il considéré qu'un refus de licence sur des sons et images de courses ne constituait pas un abus dès lors que « *la transmission télévisée des courses hippiques bien qu'elle constitue un service complémentaire, voire convenable, offert aux parieurs, n'est, pas, en soi, indispensable à l'exercice de l'activité principale de la prise de paris* » (T-504/93 12/06/97 Tiercé Ladbroke SA).

De même le Conseil de la concurrence a-t-il estimé, en raison des circonstances de l'espèce, qu'un dispositif de gestion des droits numériques (DRM) Fair Play d'Apple, seul dispositif compatible avec le baladeur *iPod,* ne constituait pas une facilité essentielle, notamment en raison du fait que d'autres procédés techniques, tels la gravure, pouvaient permettre le transfert sur un baladeur *iPod* de titres téléchargés sur la plate-forme Virgin Mega. Dès lors, l'accès à ce DRM n'était pas indispensable pour Virgin Mega. Le Conseil a par ailleurs souligné que le risque d'élimination de la concurrence n'était pas établi et que Virgin Mega n'avait pas déclaré vouloir proposer un produit ou un service nouveau. Le refus d'Apple de concéder à Virgin Mega une licence sur ce dispositif n'a donc pas été sanctionné (décision 04-D-54 du 9 novembre 2004).

Toutes les décisions nationales ne semblent pas faire une vérification aussi entière des critères relatifs aux facilités essentielles. Ainsi, dans une décision 03-MC-04 du 22 décembre 2003, le Conseil a estimé qu'il n'était pas exclu

que le refus d'accès au tronc commun de son logiciel Presse 2000 opposé par les NMPP aux MLP constitue un abus de position dominante, cette infrastructure étant indispensable pour exercer une activité concurrente sur un marché connexe. L'arrêt confirmatif de la cour d'appel du 12 février 2004 décide que « *les ressources essentielles désignent des installations ou des équipements indispensables pour assurer la liaison avec des clients et/ou permettre à des concurrents d'exercer leurs activités et qu'il serait impossible de reproduire par des moyens raisonnables ; que l'exploitation monopolistique de tels équipements par une entreprise est susceptible de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché considéré, lorsqu'elle se trouve être en même temps le concurrent potentiel d'une autre entreprise offrant des services exigeant le recours à cette facilité* ». Ces deux décisions ne semblent pas subordonner l'application de la théorie à la réalisation d'un produit nouveau par le tiers sollicitant l'accès à la facilité essentielle, pas plus qu'elle ne se réfère au risque d'exclusion de toute concurrence sur un marché dérivé. Mais il est vrai que ces deux décisions ont été rendues dans des procédures d'urgence, avec une instruction réduite.

La même réflexion peut être faite à propos de la décision numéro vert du Conseil, mais il s'agit d'une décision rendue en matière de mesures conservatoires et on se trouve, de plus, dans un secteur qui s'ouvre à la concurrence qui justifie peut-être une appréciation plus sévère de l'abus (03-MC-02 du 5 mars 2003).

Dans une décision 98-D-60 du 29 septembre 1998 confirmée par un arrêt du 29 juin 1999 de la cour d'appel de Paris, le Conseil de la concurrence a considéré que l'accès aux listes de France Télécom, expurgées des abonnés sur la liste orange, était indispensable pour l'activité de la société Filetech sur le marché des fichiers de prospection destinés à la réalisation d'opérations publicitaires, marché sur lequel intervenait aussi France Télécom, car l'article R 10-1 du Code des télécommunications interdisait aux opérateurs de mentionner les noms des abonnés en liste orange. Or, France Télécom a commis un abus en les commercialisant à des prix prohibitifs et en ne s'imputant pas, en interne, des charges d'accès à cette liste équivalentes à celles que supportaient les autres utilisateurs. Contrairement au Conseil et à la cour d'appel, la Cour de cassation s'est référée à la théorie des infrastructures essentielles, en considérant que France Télécom était la seule en mesure de fournir aux opérateurs la liste des abonnés au téléphone, tenue à jour et expurgée des noms des personnes figurant en liste orange ou safran et que la liste des abonnés au téléphone ainsi expurgée constituait une ressource essentielle pour les opérateurs intervenant sur le marché des fichiers de prospection (arrêt du 4 décembre 2001, France Télécom). Elle a approuvé la cour d'appel qui avait jugé, sans examiner le critère du produit nouveau et de l'élimination de la concurrence sur le marché, que les conditions tarifaires mises en œuvre par France Télécom, étaient de nature à fermer l'accès à la ressource de la liste des abonnés au téléphone nécessaire à l'établissement de la liste de prospection.

Enfin, dans sa décision 04-D-09 du 31 mars 2004, dite « *Codes Rousseau* » le Conseil de la concurrence a appliqué certains des critères de la théorie des infrastructures essentielles, le Conseil, notant par exemple que la pratique

avait fait obstacle à l'apparition de produits différents des produits de la société Codes Rousseau. Il a cependant sanctionné sur le fondement de l'effet de levier d'une entreprise qui abuse de sa position dominante sur un marché pour se réserver un marché connexe, en se dispensant de caractériser l'existence d'une infrastructure essentielle.

Il convient de signaler enfin que des *pools* de brevets essentiels, regroupant la majorité des brevets existants sur le marché pour une technologie donnée, peuvent aussi constituer une infrastructure essentielle, justifiant que les conditions d'accès des tiers utilisateurs soient non discriminatoires, équitables, ou raisonnables et orientées vers les coûts.

Dans une affaire Salora/ IGR Stereo Television, le refus des fabricants allemands de terminaux et de systèmes de transmission de TV de donner accès à leur *pool* de brevets portant sur un système de TV en stéréo à une petite compagnie finlandaise fabricant de matériel de réception a été jugé anticoncurrentiel par la Commission, qui examinait si les conditions de l'article 81 § 3 du traité étaient réunies pour exonérer le *pool*.

Examen critique de ces conditions restrictives

Les jurisprudences Magill et IMS ont suscité beaucoup de réserves de la part de certains défenseurs des droits de propriété intellectuelle ou d'économistes [81].

Il faut cependant limiter la portée de ces critiques, tant au regard des principes généraux qui inspirent les deux droits, qu'au regard de la spécificité des biens informationnels concernés par cette jurisprudence.

L'application aux droits de propriété intellectuelle de la théorie des infrastructures essentielles ne doit pas surprendre ; sa justification théorique est la même que pour les autres biens. Le principe d'une concurrence non faussée, qui vise à protéger à travers la préservation de l'ordre public économique, le bien-être collectif, est un principe de dimension communautaire qui s'impose aux lois nationales régissant les particuliers, y compris lorsque les droits dont ils sont titulaires, comme les droits de propriété intellectuelle, sont spécialement protégés par la loi. Toutefois, ainsi que le Conseil de la concurrence l'a rappelé dans son avis précité du 22 mai 2002, ce n'est que « *dans les cas dans lesquels l'intérêt privé des parties à une pratique diverge de l'intérêt collectif, en faussant le jeu de la concurrence sur un marché, que le droit de la concurrence intervient pour limiter la liberté contractuelle des parties* » et éventuellement l'exercice de leurs droits de propriété intellectuelle.

Toute obligation imposée au détenteur d'une facilité essentielle, de donner accès à ce bien à ses concurrents constitue une expropriation implicite qui, ainsi que le Conseil l'a rappelé, doit être « *étroitement encadrée, afin d'éviter que l'intervention de l'autorité de concurrence n'ait pour effet de décourager l'investissement dans de telles infrastructures et de nuire à l'efficacité économique* ». Les droits de propriété intellectuelle ne sont pas plus absolus que les autres droits de propriété, ainsi que l'a souligné le professeur Michel

81. Paul D. Marquardt, Mark Leddy, « The essential facility doctrine and intellectual property rights : a response to Pitofsky, Patterson and Hooks », *Antitrust Law Journal*, vol. 70, p 846 et ss.

Vivant, dans un article publié au JCP en 1993 [82]. « *Les droits de propriété intellectuelle sont des droits qui tendent à réserver à leur titulaire certaines utilités économiques de la chose* » ; il ne s'ensuit pas nécessairement la possibilité pour leur titulaire d'interdire toute utilisation du bien réservé.

La jurisprudence a clairement circonscrit les atteintes à ces droits à des « *circonstances exceptionnelle*s » dûment qualifiées, ainsi qu'on l'a vu plus haut, et à des secteurs particuliers des droits de la propriété intellectuelle.

Il a en effet été souligné que l'application de la théorie des infrastructures essentielles est limitée à certains droits de propriété intellectuelle, les droits protégeant les biens informationnels, à savoir les droits de propriété intellectuelle sur les bases de données et sur les logiciels, le droit de la concurrence ne s'appliquant donc, dans sa partie la plus attentatoire à la liberté des titulaires de droits, qu'à des droits de moindre créativité [83].

Il ne s'agit pas d'un hasard. En effet, leur protection est relativement nouvelle et vise surtout à rémunérer l'investissement [84] engagé par leur titulaire, ce en quoi ils se rapprochent plus des brevets que des droits d'auteur classiques. En revanche les textes qui leur sont applicables ne présentent pas de dispositions équivalentes à celles offertes par la législation sur les brevets qui oblige le titulaire à divulguer son invention, en contrepartie des droits exclusifs octroyés. Par ailleurs, la protection qui s'applique à ces droits est parfois inconsidérément étendue à des informations brutes (pour les bases de données), à des interfaces pour les logiciels, dont l'inaccessibilité est susceptible d'empêcher la concurrence de se développer sur des marchés avals. Enfin, l'appréciation libérale du critère d'originalité par les juridictions, conduit les plaignants à porter leurs contestations relatives à la protection des droits exclusifs sur le terrain de la concurrence, devant les autorités de concurrence, seules en mesure de contrôler l'équilibre entre la préservation de ces droits et les atteintes portées à la concurrence.

Le droit de la concurrence a acquis le rôle, nouveau, de protecteur résiduel de la fonction de diffusion de l'innovation dans l'économie comme l'a souligné Steve Anderman, dans un article de « *The Antitrust Bulletin* » [85].

Par ailleurs, on a pu voir que les affaires précitées posaient souvent la question de savoir si les biens dont l'accès était demandé, relevaient bien de la protection des droits de propriété intellectuelle.

Dans l'affaire Magill, la Commission alléguait que les grilles de programmes des chaînes ne présentaient pas en elles-mêmes de caractère secret, novateur, ou lié à la recherche, mais de simples informations factuelles brutes. La Cour a relevé qu'elles étaient la conséquence nécessaire de l'activité de programmation des stations de télévision, en quelque sorte, des sous-produits. L'intervention des autorités de concurrence ne se justifie pourtant qu'en cas

82. Michel Vivant, « Touche pas à mon filtre ! Droit de marque et liberté de création : de l'absolu et du relatif dans les droits de propriété intellectuelle », *JCP* 251, p. 275 -278.

83. Stéphane Lemarchand, Olivier Fréget, Frédéric Sardain, « Biens informationnels : entre droits intellectuels et droit de la concurrence », *Propriétés intellectuelles*, janvier 2003, n° 6, p. 11-23.

84. Voir notamment les considérants 42 et 47 de la directive n° 96/9 sur les bases de données.

85. Steve Anderman, « EC competition law and intellectual property rights in the new economy », *The Antitrust Bulletin*, vol. XLVII, number 2 & 3, 2002, p. 285-308.

d'atteintes à la concurrence et non pour apprécier si les biens sont ou non dignes d'être protégés. Cette dernière question relève de l'appréciation du législateur et des autorités « *ad hoc* » telle qu'un office des brevets, ou une juridiction qui appliquent la législation sur les droits de propriété intellectuelle des États. Le fait que les droits protègent des biens incorporels peu dignes de protection ne saurait justifier une atteinte à leur exercice.

Le droit de la concurrence est donc venu limiter, à plusieurs reprises, le caractère exclusif des droits de propriété intellectuelle, en posant que le refus d'octroyer une licence d'exploitation est contraire aux règles de concurrence.

Toutefois, le détenteur des droits peut légitimement prélever des redevances d'usage spécifiques, pourvu que le prix d'accès demandé aux usagers soit fondé sur des critères transparents, non discriminatoires, et, selon certaines décisions du Conseil, de prix orientés vers les coûts.

Ces conditions sont régulièrement réaffirmées par les autorités de concurrence. Il n'est, en effet, pas rare, qu'une autorité de concurrence prononce une injonction, à l'encontre du titulaire de droits de délivrer une licence dans des conditions transparentes, objectives et non discriminatoires, à un prix raisonnable (ou équitable), souvent orienté vers les coûts.

Dans l'affaire IMS, la première décision de la Commission (depuis retirée) préconisait qu'IMS donne une licence sur sa structure modulaire moyennant une redevance raisonnable et non discriminatoire. Les parties étaient renvoyées à un accord pour définir concrètement ce tarif et la décision suggérait le recours à un expert indépendant nommé par les parties.

Dans sa décision Microsoft, la Commission a également préconisé que la licence d'interopérabilité soit donnée à des conditions raisonnables et non discriminatoires.

Il y a lieu de souligner que, dans certains cas, les autorités de concurrence sont amenées à définir les conditions dans lesquelles la licence est donnée [86], qu'il s'agisse du périmètre d'accès ou qu'il s'agisse des tarifs d'utilisation. Des conditions discriminatoires d'accès, des tarifs d'accès fixés à un niveau excessif ou trop bas, équivalent soit à une expropriation indue du titulaire, soit à un refus d'accès opposé aux utilisateurs.

La vérification de la transparence des conditions est aisée à réaliser. Le respect du caractère non discriminatoire des conditions d'accès peut être démontré par exemple, par comparaison avec une licence déjà accordée à un autre opérateur, ou par la démonstration que l'entreprise titulaire du droit, également concurrente de l'utilisateur sur un marché connexe, s'impute en interne, les mêmes charges d'accès qu'à ses concurrents (décision 98-D-60 du 29 septembre 1998, concernant France Télécom). Le respect du caractère non discriminatoire des conditions d'accès sera encore établi si la comparaison des prix de détail proposé par cette entreprise avec les tarifs d'accès ne met pas en évidence d'effet de *squeeze* (avis SIRÈNE du 28 décembre 2001).

86. L'accès des tiers aux réseaux (ATR) est défini dans les directives sectorielles d'ouverture des infrastructures en réseau à la concurrence. La fixation des tarifs d'accès relève, dans ces secteurs, des autorités de régulation sectorielle.

En revanche le Conseil a déjà été appelé à se prononcer sur la délicate question des coûts et notamment sur la nature des coûts à prendre en compte dans une injonction d'orientation vers les coûts.

S'agissant de la liste expurgée des abonnés de la liste orange de France Télécom, le Conseil s'est prononcé sur le respect de l'injonction d'orientation vers les coûts du prix d'accès à cette liste, dans une décision n° 02-D-41 du 26 juin 2002. Il a rappelé que la directive n° 96/9/CE du 11 mars 1996 concernant la protection juridique des bases de données transposée en droit français (articles L. 341-1 et ss du Code de propriété intellectuelle), ne fait pas obstacle à une telle injonction. Le Conseil a précisé que les coûts pertinents à prendre en considération étaient les coûts incrémentaux, dans la mesure où France Télécom ne peut fonctionner sans établir un fichier commercial de ses abonnés dont l'annuaire n'est qu'un produit dérivé et que seuls les coûts supplémentaires engendrés pour fournir la liste consolidée, doivent être pris en compte et imputés aux utilisateurs, à l'exception des coûts communs qui seraient de toute façon imputés à France Télécom si France Télécom ne fournissait pas cette prestation. Seuls les coûts incrémentaux doivent être pris en charge, c'est-à-dire les coûts des « *opérations supplémentaires nécessaires pour établir l'annuaire, le fichier commercial étant supposé réalisé, le tout selon la technologie la plus efficace et avec un juste calcul de la charge en capital aux coûts d'aujourd'hui (et non aux coûts historiques)* ». La Cour de cassation dans cette même affaire reconnaît la légitimité d'une rémunération des titulaires de droits qui ne doit cependant pas subordonner l'accès à sa structure essentielle au paiement d'un prix excessif, sans rapport avec le coût de la prestation effectivement demandée.

Dans une décision 04-D-34 du 22 juillet 2004 concernant les NMPP et les MLP, le Conseil a été amené à se saisir d'office en respect des injonctions prononcées dans sa décision 03-MC-04 du 22 décembre 2003. L'appréciation du respect des injonctions dépendait de l'appréciation portée sur le périmètre des informations traitées dans le logiciel Presse 2000, lequel, devait, en vertu de l'injonction, être offert à l'accès du concurrent. Il s'agissait, en outre, pour le Conseil d'apprécier le montant de la rémunération à servir aux NMPP en contrepartie de la mise à disposition de son logiciel. Le Conseil a précisé que la charge d'accès devait être fixée dans des conditions économiques équitables, qu'elle ne devait pas être fixée en fonction de la perte subie par le donneur de licence, du fait de la perte de son monopole, mais en revanche, qu'elle ne devait pas être estimée « *à un niveau tel qu'il réduirait l'incitation des NMPP à investir et à améliorer les performances du système informatique installé chez les dépositaires* ». Le Conseil a donc estimé que les MLP, demandeur d'accès, devaient participer au « *financement de l'investissement nécessaire à la collecte dans le tronc commun du système des données qui leur sont nécessaires et à la maintenance de l'outil mis en place à cet effet, et non pas seulement des coûts liés à la mise en place de l'interopérabilité entre leur système et le tronc commun de Presse 2000* ».

Il n'est, en outre, pas exclu que la directive n° 2003/98 concernant la réutilisation des informations du secteur public, manifestement inspirée par le droit de la concurrence, favorise les débats sur la rémunération dans le cadre d'une saisine éventuelle du Conseil de la concurrence, notamment dans l'hypothèse où ces données publiques pourraient être considérées comme

des facilités essentielles, comme ce fut le cas du fichier SIRÈNE appartenant à l'INSEE. Cette directive prévoit, en effet, que « *les organismes du secteur public devraient respecter les règles applicables en matière de concurrence lorsqu'ils définissent les principes de réutilisation des documents* » [87]. Ce texte admet, en outre, la possibilité d'une rémunération qui ne doit pas être « *excessive* ».

Les décisions précitées mettent en évidence les tâches ardues incombant aux autorités de concurrence qui doivent déterminer les éléments à prendre en compte pour que la rémunération du titulaire de droits réponde aux exigences d'équité et de raison posées par la jurisprudence (coût de la prestation, rémunération du droit de propriété intellectuelle, coûts de développement et de maintenance de la structure logicielle, profits perdus du fait de l'accès d'un concurrent à la facilité essentielle...). L'efficacité de la régulation par le recours à la théorie des facilités essentielles et par le moyen des injonctions dépend de ces décisions.

Ce bilan des relations entre droits de propriété intellectuelle et droit de la concurrence serait incomplet sans le rappel de la jurisprudence abondante sur la gestion des droits d'auteur et des droits voisins.

La gestion des droits d'auteur et des droits voisins

Les titulaires de droits de propriété intellectuelle peuvent opter pour la gestion collective ou pour la gestion individuelle de leurs droits, sauf dans les cas où la loi elle-même impose la gestion collective de certains droits. Il en est ainsi par exemple pour le droit de reprographie en France, en vertu de l'article L. 122-10 du Code de la propriété intellectuelle. De même, pour la retransmission par câble, l'administration collective obligatoire des droits d'auteur et apparentés a été imposée par la législation communautaire [88].

Le mode de gestion individuelle des droits, notamment propre au secteur de l'édition, mais aussi à certains répertoires d'œuvres d'artistes plasticiens, n'a pas rencontré de difficultés particulières au regard du droit de la concurrence. Il suppose en effet une attention très forte au respect du droit de la concurrence, en particulier pour éviter tout risque de pratiques discriminatoires et de refus d'exploitation. Les cessions exclusives des droits d'auteur aux éditeurs, qui pourraient en principe soulever des questions du point de vue du droit de la concurrence, apparaissent en effet fortement encadrées par le droit de la propriété littéraire et artistique, aussi bien quant aux droits patrimoniaux qu'aux droits moraux. Les titulaires de droits de propriété industrielle gèrent eux-mêmes leurs droits généralement.

En revanche, dans le domaine de la musique, compte tenu de la multiplicité des utilisations possibles des œuvres et de la puissance économique des utilisateurs, tous les titulaires de droits adhèrent à des sociétés de gestion collective. Ces sociétés sont des sociétés civiles qui défendent les intérêts

87. Voir directive 2003/98/CE, notamment ses considérants 14 et 20.
88. Directive 93/83/CEE.

professionnels de leurs membres, titulaires de droits d'auteur et des droits voisins des interprètes et producteurs.

Ces sociétés gèrent des catégories de droits en exclusivité et justifient cette situation de monopole par l'importance des investissements nécessaires à l'établissement d'un réseau de perception efficient sur l'ensemble d'un territoire, pour une ou plusieurs catégories de droits ou répertoires gérés, et par le rééquilibrage des puissances économiques dans la négociation des droits entre titulaires et exploitants.

La Commission européenne et la Cour de justice des Communautés ont admis le principe de l'applicabilité du droit communautaire de la concurrence aux activités des sociétés de perception (K. tel. International 20 janvier 1981, aff. 55 et 57/80). Il en est de même de la Commission de la concurrence, dans des avis du 17 novembre 1981.

Dans un arrêt du 21 mars 1974, RTB/ SABAM (aff. 127/73), la Cour de justice des Communautés européennes a considéré que ces sociétés, qui sont des entreprises au sens de l'article 81, paragraphe 1 du traité, car elles participent à l'échange commercial de services et exercent une activité économique consistant en prestations à l'égard, tant des compositeurs et éditeurs que des utilisateurs de musique, ne sont pas chargées de la gestion de services d'intérêt économique général au sens de l'article 86 (actuel article 90) du traité et qu'elles gèrent des « *intérêts privés, même s'il s'agit de droits de propriété intellectuelle protégés par la loi* ». Cette jurisprudence a été confirmée par la Cour dans un arrêt du 2 mars 1983, Gesellschaft zur Verwertung von Leistungsschutzrechten mbH (GVL) contre Commission des Communautés européennes (nº 7/82) : « *S'il est vrai que le contrôle des activités de ces sociétés tel qu'il est organisé par ladite loi va plus loin que le contrôle public de beaucoup d'autres entreprises, cette circonstance ne suffit cependant pas à faire rentrer ces sociétés dans la catégorie d'entreprises visée par l'article 90, paragraphe 2, du traité* ».

Les relations des sociétés entre elles : le système de représentation réciproque des sociétés de gestion

Les licences multirépertoires

Les accords de réciprocité entre les sociétés de perception et de répartition des droits (SPRD) reposent sur le principe de territorialité d'exploitation des droits gérés par elles. En vertu des accords de représentation réciproque, chaque société de gestion gère non seulement son propre répertoire mais aussi le répertoire de ses homologues étrangères. Chacune d'elles peut donc proposer des licences multirépertoires.

Ces accords sont soumis à l'examen des autorités de la concurrence au regard de l'article 81 du traité. La Cour de justice a estimé que ces accords n'étaient pas en eux-mêmes anticoncurrentiels, « *ces contrats visant le double but, d'une part, de soumettre l'ensemble des œuvres musicales protégées, quelle qu'en soit l'origine, à des conditions identiques pour les usagers établis dans un même État, conformément au principe de non discrimination retenu par les conventions internationales applicables en matière de droits d'auteur et, d'autre part, de permettre aux sociétés de*

gestion de s'appuyer, pour la protection de leur répertoire dans un autre État, sur l'organisation mise en place par la société de gestion qui y exerce ses activités, sans être contraintes d'ajouter à cette organisation leurs propres réseaux de contrats avec les utilisateurs et leurs propres contrôles sur place » (CJCE, 13 juillet 1989, ministère public/ Tournier, nº 395/87).

Toutefois, la Cour a ajouté que pourraient être anticoncurrentiels les accords par lesquels les sociétés de gestion s'engageraient à ne pas donner l'accès direct à leur répertoire aux utilisateurs de musique enregistrée établis à l'étranger (licence directe).

Les licences accordées par les sociétés de gestion, même lorsqu'elles concernent leur répertoire et le répertoire d'autres sociétés, sont limitées à leur propre territoire national. Les accords de représentation réciproque ne prévoient pas la possibilité pour une société de concéder à un utilisateur une licence multiterritoriale couvrant, outre son propre répertoire, celui d'une société qu'elle représente en vertu d'une licence multirépertoire.

Pour les exploitations des droits dans le domaine de la musique en ligne, deux situations principales existent.

Pour les droits d'exécution publique et de reproduction mécanique des auteurs, les « *Accords de Santiago* » passés en automne 2000 entre plusieurs sociétés de gestion collective de droits, prolongeant les accords de réciprocité entre sociétés d'auteurs, visent les droits d'exécution publique. Ils permettent aux sociétés d'auteurs de délivrer à un diffuseur de musique sur internet, des autorisations de portée mondiale et non plus limitées à leur territoire. Cette licence peut être donnée par la société d'auteurs du pays où ce diffuseur a sa résidence économique. Ils ont été complétés par les « *Accords de Barcelon*e » de septembre 2001, en ce qui concerne les droits de reproduction mécanique.

S'agissant des droits voisins des producteurs, l'IFPI a demandé à la Commission une attestation en faveur d'un accord réciproque applicable entre les sociétés de gestion collective agissant pour le compte des producteurs de disques, aux fins de concession de licences de *simulcast*, c'est-à-dire, permettant la transmission simultanée par les stations de radio et les chaînes de télévision, via l'internet, d'enregistrements sonores ou télévisuels. Dans la mesure où la diffusion en *simulcast* implique la transmission simultanée de signaux à destination de plusieurs territoires, le droit d'accorder une licence de diffusion en *simulcast* sur l'internet n'est pas couvert par les mandats monoterritoriaux des sociétés de gestion collective en application des accords de représentation existants.

L'accord notifié vise donc à permettre aux diffuseurs en *simulcast* établis en Europe d'obtenir une licence multiterritoriale auprès de l'une quelconque des sociétés de gestion parties à l'accord.

Par cet accord, chaque société de gestion autorise les autres sociétés à donner une autorisation en *simulcast* et à percevoir la rémunération due pour tous les pays de destination. La société qui donne l'autorisation fixe une redevance globale en agrégeant son propre tarif à celui de chacune des autres situées dans les pays de destination, car la redevance est due par le diffuseur en *simulcast*, dans tous les pays où le signal diffusé peut être reçu.

La Commission a procédé à l'évaluation concurrentielle de l'accord dans sa décision nº 2003/300/CE du 8 octobre 2002. Elle a défini un marché des services d'administration multiterritoriale des droits de diffusion en *simulcast* entre sociétés de gestion collective et un marché de la cession sous licence du droit de diffusion en *simulcast* des producteurs de disques, dont la dimension géographique comprend tous les pays de l'EEE, à l'exception de la France et de l'Espagne. Le raisonnement suivi par la Commission est intéressant. Elle souligne que *« les modalités d'administration des droits* [qui sont confiés aux sociétés de gestion] *peuvent, dans certaines circonstances enfreindre l'article 81, paragraphe 1, du traité* ».

La Commission souligne ensuite, que l'accord limite la liberté de la société concédant la licence multiterritoriale de fixer le montant de la redevance de licence globale qu'elle appliquera à l'utilisateur. Les tarifs des autres sociétés de gestion lui sont en effet imposés. Le risque est donc que toutes les sociétés pratiquent le même tarif pour une licence identique. Elle relève donc que l'accord est contraire à l'article 81 §1.

Au titre de la contribution de l'accord au progrès technique et économique, elle souligne qu'il s'agit d'un produit nouveau permettant la diffusion en *simulcast*, dans des conditions de plus grande sécurité juridique, et autorisant un usage très large des droits sur tous les territoires où l'enregistrement sonore est disponible, améliorant la distribution du répertoire et l'offre à destination des consommateurs. La cession sous licence de droits d'auteur et droits apparentés en ligne se différencie de la concession traditionnelle de licence, en ce qu'elle ne nécessite pas de surveillance physique des établissements autorisés. Cette surveillance est assurée en direct sur internet et peut s'exercer à distance. L'accord réciproque crée un nouveau produit.

La Commission souligne en outre que la restriction portée à la concurrence serait moins forte en distinguant les frais d'administration des droits de la redevance de droits d'auteur elle-même. Elle invite enfin à déployer une concurrence sur les coûts de gestion des sociétés. La Commission souligne que *« c'est pour la fourniture du service à "guichet unique" que les coûts varient forcément d'une société à l'autre, selon l'efficience de chacune (salaires, loyers, communications, etc.). Rien ne justifie, selon la Commission, l'existence d'un accord entre les parties notifiantes sur le montant des tarifs imputés aux utilisateurs pour ce service* » (§ 102).

Les rapports des sociétés de gestion avec leurs adhérents (auteurs et autres titulaires de droits de propriété intellectuelle)

La Cour de justice a pris en considération, d'une part, la position dominante de ces sociétés sur le marché considéré et d'autre part, la nécessité ou non des titulaires de droits d'y adhérer. Dans le cas où cette adhésion est nécessaire, elle recherche si ces sociétés ne leur imposent pas des transactions inéquitables, qui seraient constitutives d'abus de position dominante.

La Commission européenne et la CJCE n'ont jamais contesté la légitimité en soi d'une licence de représentation exclusive (CJCE, 6 octobre 1982, Coditel 262/8) au regard du droit de la concurrence. L'exclusivité des apports apparaît comme un élément essentiel à la négociation des barèmes de droits,

sans que puisse s'exercer une concurrence entre les sociétés de gestion et leurs membres.

Dans un arrêt du 21 mars 1974, SABAM (nº 127-73), la Cour a précisé : « [...]. *Il faut cependant tenir compte du fait qu'une entreprise du type visé est une association dont le but est de sauvegarder les droits et intérêts de ses associés individuels vis-à-vis notamment des importants utilisateurs et distributeurs de musique, tels que les organismes de radiodiffusion et les producteurs de disques* ».

« [...] *la sauvegarde efficace de ses droits et intérêts suppose que l'association jouisse d'une position basée sur une cession en sa faveur, par les auteurs associés, de leurs droits, dans toute la mesure nécessaire pour donner à son action l'ampleur et l'importance requises* ».

Toutefois, les pratiques ne doivent pas dépasser « *les limites de ce qui est indispensable dans ce but* », compte tenu de l'intérêt de l'auteur à ne pas voir sa liberté de disposer de son œuvre plus limitée que nécessaire.

La Cour a estimé dans ce même arrêt qu'« *une cession obligatoire de tous les droits d'auteur, actuels et futurs, sans distinguer parmi eux entre les différentes formes d'utilisation généralement reconnues, peut apparaître comme une transaction non équitable, surtout si cette cession est exigée pour une période prolongée après la démission de l'associé* ».

Donc, le fait d'exiger l'apport de tous les droits peut être considéré comme abusif de la part d'une société de gestion collective (CJCE, 21 mars 1974, Belgische Radio, 127-73).

La Commission a rendu deux décisions dans l'affaire « *GEMA* », du 2 juin 1971 et du 6 juillet 1972. La première exige que les sociétés de gestion permettent à leurs membres de ne pas céder la gestion de l'une des sept catégories de droits qu'elle identifie. La seconde prescrit que les membres de ces sociétés soient autorisés à exploiter leurs droits sous diverses formes d'exploitation non limitativement énumérées.

Dans un cas proche du précédent, le Conseil de la concurrence a engagé une procédure d'acceptation d'engagements concernant des pratiques reprochées à la SACD susceptibles de présenter des problèmes de concurrence. Dans son communiqué du 11 février 2005, le Conseil remarque que la SACD, en position dominante sur le marché de la gestion collective des droits impose à ses adhérents un couplage obligatoire des droits de représentation et des droits audiovisuels, sans possibilité de fractionnement.

La Commission européenne, a statué sur la plainte d'ayants droit qui revendiquaient la faculté de gérer individuellement. Avant de rejeter cette plaine, en raison de la modification de ses statuts par la SACEM, la Commission a admis qu'un retrait de droits d'un sociétaire ne puisse intervenir que sur décision motivée du conseil d'administration de la SACEM, motif pris de l'« *importance pour la SACEM de suivre l'évolution quantitative de la gestion individuelle afin de s'assurer que les équilibres généraux garantissant le bon fonctionnement de la gestion collective ne soient pas compromis* ». En effet, il est fondamental que, par le jeu des retraits d'apports, les sociétés de gestion collective ne voient pas leur répertoire amputé des droits dont la gestion est la plus aisée et plus lucrative pour ne se voir confier que les droits dont la

gestion est plus complexe et plus onéreuse. À défaut, l'action des sociétés de gestion se trouverait affaiblie et leur coût de gestion augmenterait, au détriment des auteurs qui ne veulent, ou ne peuvent, pas assurer eux-mêmes la gestion de certains de leurs droits. Les sociétés de gestion doivent rester un outil au service de tous les ayants droit, y compris les plus petits.

La Cour de justice a également sanctionné comme abusives des clauses par lesquelles des sociétés de gestion refusaient de prendre en charge la gestion des droits d'auteurs ou d'interprètes étrangers domiciliés dans d'autres pays que celui où était établie la société (CJCE, GVL, 7/82).

Les rapports des sociétés de gestion avec les utilisateurs de leurs répertoires

Les principaux abus sont relatifs à l'accès des utilisateurs aux répertoires et aux redevances exigées des utilisateurs. Les rapports des sociétés de gestion avec leurs utilisateurs sont régis par des contrats types.

Restrictions d'accès au répertoire

La Cour de justice estime que ne sont pas anticoncurrentiels en soi, les refus des sociétés de gestion de voir utiliser leur répertoire ou les répertoires étrangers qu'elles ont mandat de gérer, par des utilisateurs situés hors du territoire où elles ont leur siège (CJCE, 13 juillet 1989, ministère public contre J. L Tournier, nº 395/87). On conçoit bien que ce système d'accès direct anéantirait l'objet même des conventions réciproques et qu'une société est mal armée pour opérer en dehors de son territoire, négocier les contrats, surveiller l'utilisation du répertoire et prendre les mesures nécessaires pour lutter contre la contrefaçon. En outre, les sociétés ne pourraient ainsi donner d'accès direct qu'à leur propre répertoire, ce qui impliquerait un fractionnement du répertoire, ce qui ne serait pas commercialement viable.

En revanche, toute pratique concertée visant à ce que chaque société refuse l'accès direct à son répertoire aux utilisateurs établis dans un autre État membre est contraire à l'article 81 du traité.

Il est permis aux sociétés de gestion de refuser des accès partiels à leurs répertoires. À des discothèques qui demandaient l'accès différencié aux répertoires américain et britannique, la SACEM a toujours opposé un refus. On voit bien que le découpage du répertoire global des sociétés de gestion devrait conduire à une surveillance accrue de l'utilisation des œuvres et donc, à des coûts plus élevés pour les utilisateurs de musique. La Cour estime qu'il faut se livrer à une appréciation *in concreto* et qu'un tel refus serait anticoncurrentiel dans le seul cas où *« l'accès direct à un sous-ensemble tel que préconisé par les exploitants de discothèques pouvait sauvegarder entièrement les intérêts des auteurs, compositeurs et éditeurs de musique sans pour autant augmenter les tarifs encourus en vue de la gestion des contrats et de la surveillance de l'utilisation des œuvres musicales protégées* » (CJCE, 13 juillet 1989, ministère public contre J. L Tournier, nº 395/87).

Assiette des redevances

L'assiette des redevances varie selon les droits concernés, mais elles ne peuvent se cumuler à l'infini, en vertu de la théorie de l'épuisement des droits : lorsqu'une redevance a déjà été acquittée à l'auteur pour la reproduction d'une œuvre fixée sur support, la circulation de ce support ne peut plus être empêchée et il n'y a plus à payer d'autres redevances au titre de ce droit. Toutefois, la perception d'une rémunération au titre de la production ou de la commercialisation d'un phonogramme enregistrant une œuvre musicale n'épuise pas les autres possibilités d'exploitation des droits d'auteur, par exemple, le droit d'autoriser sa représentation publique. L'autorisation donnée pour l'exécution publique d'une œuvre musicale ou pour sa diffusion publique sur un support donne lieu à un paiement d'une redevance qui doit être acquitté dans le pays de cette diffusion, et pour chaque exécution publique (CJCE, 9 avril 1987, SACEM, 402/85).

Niveau des redevances

Il faut rappeler que les tarifs pratiqués par les sociétés de gestion recouvrent d'abord la rémunération des auteurs et interprètes et aussi le prix des prestations de la société elle-même. Dans sa décision *Simulcast*, la Commission a rappelé la « *nécessité pour une société de gestion collective de garantir un niveau de rémunération approprié pour son propre répertoire (qui) tient à l'évidence, de la fonction essentielle du droit d'auteur et des droits voisins* [...] ».

Il faut distinguer le prix d'utilisation de l'œuvre, des frais de perception et de gestion des sociétés.

« L'article 86 du traité CE doit être interprété en ce sens qu'une société nationale de gestion de droits d'auteur se trouvant en position dominante sur une partie substantielle du marché commun impose des conditions de transaction non équitables lorsque les redevances qu'elle applique aux discothèques sont sensiblement plus élevées que celles pratiquées dans les autres États membres, dans la mesure où la comparaison des niveaux des tarifs a été effectuée sur une base homogène. Il en serait autrement si la société de droits d'auteur en question était en mesure de justifier une telle différence en se fondant sur de divergences objectives et pertinentes entre la gestion des droits d'auteur dans l'État membre concerné et celle dans les autres États membres » (CJCE, 13 juillet 1989, ministère public contre J. L Tournier, n° 395/87). La SACEM soutenait que le montant élevé de ses redevances provenait de la protection importante des droits d'auteur en France et des politiques de perception auprès des petits utilisateurs. La Cour impute, quant à elle, ces différences au montant élevé des frais de fonctionnement des sociétés de gestion.

Le Conseil de la concurrence a souvent rappelé que des différences de niveaux dans le montant des redevances devaient être justifiées par des raisons objectives.

Dans une décision 01-D-26 du 9 mai 2001, le Conseil de la concurrence a examiné le montant et les modalités de perception de la redevance du droit d'auteur perçu par la SACEM et a souligné qu'aucun élément ne démontrait le caractère léonin des clauses des contrats-types. Par ailleurs, le fait que la

SACEM accorde des réductions de coûts aux discothèques qui adhèrent à des syndicats ou qui lui remettent des éléments comptables n'est pas anticoncurrentiel, car justifié par les économies qu'une telle coopération lui apporte.

Dans une décision 89-D-24 du 4 juillet 1989, dans le secteur du livre, le Conseil a sanctionné une entente entre la SDRM et le syndicat professionnel le SNEP consistant à avoir avantagé certains utilisateurs (Club Dial) par rapport à d'autres (France Loisirs).

Dans une décision 2000-D-40 du 20 septembre 2000, le Conseil a considéré que la différence de tarifs appliqués aux discothèques et aux bars était justifiée par des différences dans leur situation respective.

Conclusion

Ce bilan jurisprudentiel des relations entre le droit de la concurrence et les droits de propriété intellectuelle met en évidence de nombreuses analogies avec les relations entretenues par le droit de la concurrence et d'autres droits, comme par exemple le droit des contrats ou le droit de propriété. Ces droits sont aussi touchés par le droit de la concurrence, dès lors que leur exercice revêt la forme d'une entente ou d'un abus de position dominante et a un objet ou un effet anticoncurrentiel.

Comme pour ces deux catégories de droits, les relations du droit de la concurrence avec les droits de propriété intellectuelle peuvent s'avérer conflictuelles. Dans le domaine de l'abus de position dominante par exemple, la théorie des infrastructures essentielles a notamment permis, dans certaines hypothèses, certes, très circonscrites par la jurisprudence, d'obliger le titulaire de droits à en céder l'exercice à des tiers, ce qui touche au cœur même de l'exercice de ces droits.

Toutefois, seules des circonstances exceptionnelles peuvent justifier l'octroi de licences obligatoires de la part d'un titulaire de droits (*cf.* arrêt Magill) et cette jurisprudence concerne surtout des biens informationnels (logiciels, bases de données) qui connaissent une extension considérable de leur champ de protection légale.

Or, on constate une extension de la brevetabilité, largement accordée par les offices de brevets, ainsi que la facilité avec laquelle les juridictions admettent la qualité d'œuvres à des créations dont l'originalité est discutable. Ces interprétations libérales conduisent à étendre d'une manière, qu'on pourrait estimer indue, les monopoles. Cette extension, génératrice d'atteintes potentielles à la concurrence, entraîne l'intervention croissante des autorités de concurrence qui sont alors amenées à restreindre les droits de propriété intellectuelle, ainsi que l'a mis en évidence l'affaire IMS. Les autorités de concurrence contribuent, en conséquence, à assurer la diffusion des avancées technologiques.

La définition et l'octroi des droits de propriété intellectuelle ne relèvent cependant pas des autorités de concurrence. Celles-ci peuvent seulement user de leurs compétences consultatives pour influer auprès du législateur afin d'éviter que ne se créent des situations de monopoles inefficaces. C'est

en ce sens que les experts de la dernière table ronde de l'OCDE sur la propriété intellectuelle ont milité.

En toute hypothèse, la légitimité attachée au droit de la concurrence et aux droits de propriété intellectuelle commande qu'un équilibre soit trouvé. En effet, si l'octroi des droits de propriété intellectuelle est trop libéral, la trop large protection des titulaires en découlant aura pour effet de freiner l'innovation gênée par les monopoles en place. De même, si l'application du droit de la concurrence est trop rigoureuse, les concurrents profiteront sans limites des innovations engagées par d'autres et l'innovation sera aussi découragée, parce que, notamment, elle ne sera pas payée d'un retour suffisant sur investissement.

Analyse de la jurisprudence

Analyse de la jurisprudence

Titre I – La jurisprudence du Conseil de la concurrence . . . 169

Chapitre I – Questions de compétence, de procédure et de preuve . . . 169

Champ de compétence du Conseil de la concurrence . . . 169
Applicabilité de l'article L. 410-1 du Code de commerce . . . 169
Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions . 172
Application du droit communautaire . . . 173
Compétence territoriale du Conseil . . . 174

Prescription . . . 175
Décompte du délai de prescription . . . 175
Effet interruptif à l'égard de l'ensemble des entreprises impliquées dans les pratiques ou à l'égard de l'ensemble des saisines connexes 176
Actes interruptifs . . . 176

Déroulement de la procédure . . . 176
Enquêtes administratives . . . 176
Saisine du Conseil de la concurrence . . . 178
Examen des mesures conservatoires . . . 183
Instruction . . . 188
Contradictoire, droits de la défense, impartialité, loyauté dans la recherche des preuves . . . 194
Secret des affaires . . . 195

Autorité de la chose jugée . . . 196

Preuve des pratiques anticoncurrentielles . . . 196
Impartialité des témoignages . . . 196
Valeur probatoire des indices en matière d'ententes . . . 197

Imputabilité des pratiques . . . 197
Grief notifié à des personnes physiques exerçant au sein de sociétés 197

Transformation de l'entreprise 197
Procédure collective 198
Imputabilité entre société mère et filiale 198

Amnistie des pratiques 201

Chapitre II – Les marchés pertinents 201

Le marché pertinent de produit ou de service 202
La demande 203
Le produit ou le service 204
L'offre 206

Le marché géographique 207
Dimension nationale 208
Dimension régionale ou locale 208

Chapitre III – Les ententes illicites 210

La forme des ententes prohibées 210
Les ententes horizontales 210
Les groupements d'entreprises 211
Les entreprises appartenant à un même groupe 212
Les ententes verticales 212

Les participants aux ententes 213
La nature des participants 213
Le rôle des organisations et associations professionnelles 213

Les ententes anticoncurrentielles 214
Concertations ou ententes à l'occasion d'appels d'offres publics ou privés 214
Ententes et échanges d'informations sur les prix et marges 218
Entraves à l'accès au marché 219
Répartition de marché 222
Restrictions verticales 222

Chapitre IV – Positions dominantes, situations de dépendance économique et abus anticoncurrentiels . . . 227

Les abus de position dominante 227
L'appréciation de la position dominante 228
Qualification des pratiques imputables à une entreprise en position dominante 231

Les abus de dépendance économique 239
La notion de dépendance économique 239
La notion d'abus de dépendance économique prohibé 241

Chapitre V – Les conditions d'application de l'article L. 420-4-I du Code de commerce 241
Les pratiques résultant d'un texte 241
Les pratiques contribuant au progrès économique 242
Chapitre VI – Les pratiques de prix abusivement bas 243
Chapitre VII – La politique du Conseil en matière de sanctions 245
L'aspect correctif : les injonctions et les engagements 246
Injonction de s'abstenir de certaines pratiques 246
Injonction de prendre certaines mesures 247
Examen du respect des injonctions 248
Procédure de transaction 249
L'aspect dissuasif : les sanctions pécuniaires et la publication des décisions 254
Application des nouveaux plafonds de sanction prévus par la loi dite NRE du 15 mai 2001 254
Motivations des sanctions pécuniaires 255
Le plafond des sanctions 262
Publication des décisions 263
Transmission au ministre de l'Économie 265
Transmission du dossier au procureur de la République 265
Transmission du dossier à la commission d'examen des pratiques commerciales 265
Chapitre VIII – Les avis rendus en matière de concentration 265
La contrôlabilité de l'opération 266
Un cas particulier : les avis rendus en mai 2004 dans le secteur de la distribution de la bière 266
La contrôlabilité du fait du renvoi en application de l'article 9, du règlement européen sur les concentrations 269
Les conditions qualitatives et quantitatives posées par les articles L. 430-1 et L. 430-2 dans leur rédaction post NRE 269
La définition des marchés pertinents 270
Les marchés locaux de la distribution des bières à destination des établissements de consommation hors domicile (avis 04-A-07 et 04-A-08) 270
Les marchés du petit électroménager ou PEM (avis 04-A-16) 270
Les marchés des produits des arts de la table (avis 04-A-20) 270

Les effets des opérations 271
Une analyse a posteriori des effets constatés d'une concentration (avis 04-A-16) 271
Les effets de l'intégration verticale entre producteurs et distributeurs (avis 04-A-08, 04-A-09 et 04-A-20) 272

Titre II – Jurisprudence de la cour d'appel et de la Cour de cassation 275

Chapitre I – Jurisprudence de la cour d'appel de Paris 275

Sur la procédure 275
Sur l'enquête administrative 275
Sur la compétence du Conseil 276
Sur la procédure suivie devant le Conseil 277
Sur la prescription 282
Sur la procédure suivie devant la cour d'appel 283

Sur le fond 285
Sur la définition du marché pertinent 285
Sur les pratiques d'entente 286
Sur les pratiques d'abus de position dominante 294
Sur les pratiques d'abus de dépendance économique 297

Sur les mesures conservatoires 298

Sur les sanctions 302
Sur la gravité des pratiques 302
Sur le dommage à l'économie 303
Sur le chiffre d'affaires à prendre en considération 304
Sur le mécanisme applicable en cas de mise en œuvre de la procédure de transaction 305
Sur la mesure de publication 305
Sur la transmission du dossier au procureur de la République 306

Chapitre II – Jurisprudence de la Cour de cassation 306

Jurisprudence relative à la procédure 306
La régularité des opérations de visite et de saisie 306
La jonction des saisines 307
La saisine d'office du Conseil de la concurrence et l'intervention du rapporteur dans le cadre de cette saisine d'office 307
La notion de « *ministre intéressé* » au sens de l'article L. 463-2 du Code de commerce 308
La communication par le Conseil à des autorités administratives tierces, des saisines entrant dans le champ de leur compétence . . . 309
La compétence d'attribution du Conseil 309
La prescription 310

Les règles de procédure applicables en cas de mise en œuvre du droit communautaire 310
Le respect du principe du contradictoire 311
L'égalité des armes du point de vue des délais laissés respectivement au rapporteur et aux entreprises 312
L'impartialité du Conseil 312
L'impartialité du rapporteur 313
L'incidence de la participation du rapporteur au délibéré sur la validité de l'instruction 313
La durée de la procédure 313
Les observations écrites du Conseil de la concurrence 313
Le pouvoir d'évocation de la cour d'appel 313
L'application des règles du Nouveau Code de procédure civile à l'examen par la cour d'appel de Paris des recours formés contre les décisions du Conseil 314
L'incompétence de la cour d'appel de Paris pour connaître des recours formés contre les décisions du Conseil prises sur le fondement des dispositions de l'article L. 430-9 du Code de commerce 314
Jurisprudence relative au fond 315
Le marché pertinent 315
L'entente anticoncurrentielle 316
L'abus de position dominante 318
L'abus de dépendance économique 318
L'imputabilité des pratiques 319
La détermination des sanctions 319

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 2004 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

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* ».

Les décisions prises par des laboratoires pharmaceutiques, relatives à l'approvisionnement des grossistes répartiteurs et organisant des relations commerciales entre ces laboratoires et leurs clients, ne peuvent donc être assimilées à des contrats ou des décisions de nature administrative. Le Conseil peut donc en connaître sans remettre en cause des conventions de droit public conclues entre les laboratoires et l'État et s'immiscer dans le fonctionnement du service public de la santé (04-D-05, 04-D-06).

Dans la décision 04-D-22, le Conseil a retenu sa compétence pour examiner les pratiques tarifaires découlant d'une offre « *longue distance* » de France Télécom, soumise, en application de la réglementation sectorielle des télécommunications, à une décision ministérielle d'homologation tarifaire. En effet, l'approbation par le ministre compétent de l'offre tarifaire de France Télécom n'a pas pour effet de lui conférer le caractère d'un acte administratif.

Le Conseil a déjà décidé en ce sens (98-MC-03), décision fondée sur la jurisprudence du Conseil d'État (18 juin 1954, *Sieur Basgeix*) et du Tribunal des conflits (12 juin 1961, *Sieur Rolland c/SNCF)*. En outre, la Commission (décision 2003/707/CE du 21 mai 2003, Deutsche Télécom AG) a rappelé que *« l'applicabilité des règles de concurrence n'est pas exclue, dès lors que les dispositions sectorielles concernées laissent aux entreprises qui y sont soumises la possibilité d'un comportement autonome susceptible d'empêcher, de restreindre ou de fausser la concurrence* » et a estimé que, bien que les tarifs de l'accès aux réseaux locaux de Deutsche Télécom soient en partie régulés par l'autorité de régulation des télécommunications allemande, l'opérateur était directement responsable de ses tarifs non équitables, dès lors qu'il les avait fixés sur la base de décisions commerciales autonomes.

Dans la décision 04-D-26 [1], le Conseil s'est estimé compétent pour apprécier le refus de livraison opposé par un établissement de transfusion sanguine à une société spécialisée dans la transformation de produits sanguins bruts pour la fabrication de réactifs à usage industriel, alors qu'il était soutenu que ce refus découlait de la décision du président de l'Agence française du sang (AFS) de ne pas approuver les conventions conclues avec cette société et aurait donc été décidé dans le cadre de prérogatives de puissance publique. Aucun grief n'avait été notifié du chef de refus de livraison, l'instruction ayant confirmé l'absence de marge de manœuvre du GIPCA par rapport à la décision de l'AFS sur ce point. En revanche, des griefs avaient été notifiés à l'Établissement français du sang (EFS), qui venait aux droits et obligations du GIPCA, du chef de la rupture unilatérale et injustifiée des relations commerciales de ce dernier avec la société plaignante, s'agissant particulièrement du refus de conclure avec celle-ci une nouvelle convention de cession de produits sanguins à usage non thérapeutique, décision que l'établissement de transfusion avait prise seul et de manière autonome dans le cadre de son activité de vente des produits concernés et qui entrait donc dans le champ de l'article L. 410-1 du Code de commerce.

Dans la décision 04-D-39, le Conseil s'est reconnu compétent pour connaître de l'application qui avait été faite et de l'interprétation qui avait été donnée, par des personnes privées, de conventions d'engagement d'apports passées par la communauté d'agglomération de Laval avec les usagers de l'abattoir de Laval, visant à imposer des obligations aux usagers aux fins de garantir les investissements publics, conformément aux prescriptions de l'arrêté ministériel du 30 juillet 1991. Les comportements relevés à ce titre étaient, en effet, détachables de la conclusion des conventions par la collectivité territoriale et ne constituaient ni des actes administratifs ni des actes relevant de l'accomplissement d'une mission de service public. En revanche, il s'est déclaré incompétent pour apprécier la validité, au regard du droit de la concurrence, de ces conventions d'engagement d'apports qui constituaient des contrats administratifs passés pour l'exécution d'une mission de service public. Cette analyse l'a conduit à écarter le grief notifié à la communauté d'agglomération de Laval et aux sociétés concernées, relatif à la passation et au maintien desdites conventions.

1. Décision confirmée par arrêt de la CA du 25 janvier 2005.

Le Conseil a rappelé, dans la décision 04-D-49, que lorsqu'il est saisi au contentieux, sa compétence est régie par les dispositions combinées de l'article L. 410-1 du Code de commerce suivant lesquelles les règles relatives à la liberté des prix et de la concurrence s'appliquent « *à toutes les activités de production, de distribution et de services, y compris celles qui sont le fait de personnes publiques dans le cadre de conventions de délégation de service public* » et par l'article L. 462-6 du même code (« *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 en résulte que le Conseil est compétent pour examiner toute pratique mise en œuvre à l'occasion de la réalisation d'activités économiques, notamment de prestations de services, telle l'activité d'insémination artificielle bovine. Il lui revient, à cette occasion, d'apprécier si les pratiques dont il s'agit, peuvent se trouver justifiées par des dispositions législatives ou réglementaires visées à l'article L. 420-4. Le Conseil a ainsi rejeté l'exception d'incompétence, selon laquelle il n'aurait pu se prononcer sur des griefs notifiés sur le fondement d'une interprétation de la portée du monopole géographique institué par la loi sur l'élevage au bénéfice des centres d'insémination artificielle.

L'activité des commissaires-priseurs, c'est-à-dire l'estimation et la vente de meubles aux enchères publiques, est une prestation de services. C'est bien une activité économique soumise aux dispositions du Code de commerce, quelle que soit la forme juridique de l'entreprise qui l'exerce. Les professions libérales ou les professions réglementées, qui peuvent exercer leur activité dans le cadre d'une société civile professionnelle, sont soumises aux dispositions du livre IV du Code de commerce (*cf.* notamment 95-D-86 ou 99-D-15). De même, le statut d'officier ministériel des commissaires-priseurs et le fait que leur activité ne peut être exercée que sous la forme de société civile professionnelle, ne font pas obstacle à ce que ces professionnels soient regardés comme exerçant une activité économique dans le cadre d'entreprises, au sens du droit de la concurrence, soumises aux dispositions du livre IV du Code de commerce (04-D-56).

Dans la décision 04-D-79, le Conseil a procédé à un rappel complet des principes régissant la répartition de compétence entre le Conseil de la concurrence et les juridictions administratives pour l'application des règles de concurrence aux personnes publiques ou aux personnes privées chargées d'une mission de service public. Le partage de ces compétences obéit à des critères appliqués de manière uniforme par les deux ordres de juridictions depuis la décision du Tribunal des conflits du 18 octobre 1999 « Aéroports de Paris ». Si la mesure contestée au regard du droit de la concurrence met en œuvre des prérogatives de puissance publique se rattachant à une mission de service public, la juridiction administrative est seule compétente pour en apprécier la légalité et, le cas échéant, pour statuer sur la mise en jeu de la responsabilité encourue par ces personnes. Si, à l'inverse, la mesure contestée relève d'une pratique *« détachable »* de l'exercice de prérogative de puissance publique, le Conseil de la concurrence est compétent. En l'espèce, le seul fait que la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV) était une personne publique, ne la faisait pas échapper à l'application du droit de la concurrence, pour autant qu'elle se livrait à des

activités de production, de distribution et de services. Se référant à une précédente décision (01-MC-02), dans laquelle il avait retenu sa compétence pour apprécier le comportement de la Régie en matière de prestations touristiques et de transport, le Conseil a estimé qu'aucun des arguments avancés par la Régie n'était susceptible de remettre en cause cette analyse. Si le département de la Vendée avait bien confié une mission de service public à la Régie, les pratiques commerciales de cette dernière contestées par la société VIIV, qui concernaient les tarifs appliqués par la Régie à ceux qui avaient recours à ses prestations de transport, étaient détachables des actes par lesquels le département et la Régie organisaient le service public au moyen de prérogatives de puissance publique. Dès lors, le moyen d'incompétence du Conseil devait être écarté.

Pratiques relevant de la compétence exclusive d'autres juridictions

Dans la décision 04-D-02 [2], le Conseil a déclaré irrecevable une saisine, en ce qu'elle visait l'appréciation de la légalité des activités de l'Office national de forêts (ONF). Si conformément à l'article L. 410-1 du Code de commerce, le Conseil de la concurrence est compétent pour qualifier les pratiques des établissements publics industriels et commerciaux au regard des articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce, le droit pour l'ONF d'exercer ou non des activités commerciales relève exclusivement de l'appréciation de la juridiction administrative (CE, 3 novembre 1997, Million et Marais).

Le titre II du livre VII du Code de commerce prévoit que toute création ou extension d'un magasin de commerce de détail d'une surface de vente dépassant 300 m^2 est soumise à autorisation de la Commission départementale d'équipement commercial (CDEC). Les décisions prises par cette instance peuvent faire l'objet d'un recours devant la Commission nationale d'équipement commercial (CNEC) et les tiers peuvent exercer un recours en excès de pouvoir devant le tribunal administratif, les décisions étant, dans les deux cas, susceptibles de recours devant le Conseil d'État. Les faits, relatifs au caractère erroné des dossiers déposés devant les CDEC par un distributeur d'articles de sport et de loisir à l'appui de ses demandes de création ou d'extension de magasins et à l'absence de conformité aux articles L. 720-1 et L. 720-3 du Code de commerce des décisions d'autorisation accordées à ce distributeur, échappent par conséquent à la compétence du Conseil de la concurrence qui n'est pas chargé de l'application de ces textes (04-D-12).

Le Conseil n'est pas compétent pour connaître du contentieux du paiement d'indemnités pour rupture des relations contractuelles, qui relève des juridictions civiles et commerciales (04-D-36).

Il n'appartient pas au Conseil, dans le cadre de sa compétence d'attribution, d'apprécier la régularité d'un comportement au regard d'autres textes que le Livre IV du Code de commerce et des articles 81 et 82 du traité CE. Dès lors, les moyens relatifs à la qualification des pratiques au regard des dispositions de l'article L. 2223-33 du Code général des collectivités territoriales ne relèvent pas de la compétence du Conseil de la concurrence (04-D-46).

2. Décision confirmée par arrêt de la CA du 27 juillet 2004.

Si le Conseil est compétent, conformément à l'article L. 410-1 du Code de commerce, pour qualifier les pratiques des personnes publiques lorsqu'elles exercent une activité économique, la légalité de la décision, prise par un service de l'État, d'exercer ou non des activités commerciales, relève de la seule appréciation de la juridiction administrative (*cf.* 00-DA-03). Dès lors, l'examen de l'éventuelle irrégularité de l'intervention du Centre d'études techniques de Lyon, qui est un établissement public administratif, sur le marché concurrentiel, ne relève pas de la compétence du Conseil de la concurrence et la saisine doit être déclarée irrecevable, en tant qu'elle porte sur la légalité de la décision d'un préfet de recourir aux services déconcentrés de l'État pour assurer des prestations à l'occasion de la réalisation d'ouvrages publics (04-D-52).

Application du droit communautaire

Il n'appartient pas au Conseil de la concurrence d'apprécier la régularité d'un comportement au regard d'autres textes que le Livre IV du Code de commerce et des articles 81 et 82 du traité CE. La saisine en ce qu'elle vise une qualification éventuelle d'aide d'État au regard des dispositions de l'article 87-1 du traité ne relève donc pas de la compétence du Conseil et doit être déclarée irrecevable (04-D-02 [3]).

Dans les décisions 04-D-05 et 04-D-06, le Conseil a rejeté les demandes de sursis à statuer présentées par les laboratoires pharmaceutiques mis en cause, fondées sur l'éventuelle contrariété entre la décision du Conseil et la position des autorités communautaires. Aucun élément n'établissait que la Commission avait engagé une procédure contentieuse ou pris une quelconque position de nature à empêcher le Conseil d'examiner les demandes de mesures d'urgence présentées en l'espèce. Par ailleurs, le silence gardé par la Commission après la notification par les laboratoires de leurs conditions de distribution, s'il ne permettait pas de relever de critique de la Commission, ne pouvait pour autant être considéré comme une approbation des systèmes de contingentement mis en place à l'égard des grossistes. Les autorités des États membres restaient donc compétentes pour appliquer les dispositions de l'article 85 § 1 et de l'article 86, conformément à l'article 88 du traité.

Voir dans le même sens la décision 04-D-17 (absence d'engagement d'une procédure formelle par la Commission).

Les pratiques alléguées concernant la livraison de produits pharmaceutiques destinés exclusivement à l'exportation, ne sont pas susceptibles d'affecter le marché français et n'entrent pas dans le champ des dispositions de l'article L. 420-2 du Code de commerce. La saisine ne peut, en conséquence, être accueillie en tant qu'elle vise l'article L. 420-2 de ce code. Mais les produits pharmaceutiques en cause étant principalement destinés au marché communautaire, les pratiques anticoncurrentielles qui viendraient perturber cette activité affecteraient le commerce entre États membres et seraient donc, si

3. Décision confirmée par arrêt de la CA du 27 juillet 2004.

elles étaient établies, susceptibles de tomber sous le coup de la prohibition énoncée par l'article 82 du traité CE (04-D-77).

Compétence territoriale du Conseil

Le Conseil est compétent pour examiner les pratiques relevant des articles L. 420-1 et L. 420-2 du Livre IV du Code de commerce dès lors qu'elles ont pour objet ou peuvent avoir pour effet de restreindre la concurrence sur un marché situé dans le champ d'application des dispositions précitées, dont sont exclues la Nouvelle-Calédonie et la Polynésie française (chapitres IV des titres III et IV du livre IX du Code de commerce). Le Conseil n'est donc pas compétent pour examiner les effets éventuellement anticoncurrentiels sur les marchés de la distribution en gros et de la diffusion au détail de la presse nationale, vendue au numéro en Nouvelle-Calédonie et en Polynésie française. Mais il reste compétent pour examiner les pratiques d'entreprises françaises agissant en France métropolitaine, comme l'offre de diffusion émanant des entreprises de groupage NMPP et Export Press ainsi que la discrimination ou l'effet de ciseau tarifaire éventuels résultant de tarifs fixés par les NMPP (04-D-45).

La même solution a été reprise dans la décision 04-D-74, dans laquelle le Conseil a écarté le moyen tiré de l'inapplicabilité des droits français et européen de la concurrence à l'activité commerciale de liaisons commerciales entre la France et les îles anglo-normandes. Il était soutenu que l'exercice de cette activité mettait en jeu des droits conférés par les autorités des îles anglo-normandes et que celles-ci n'étaient soumises ni aux lois applicables sur le territoire français, ni à celles applicables sur le territoire de l'Union européenne. Le Conseil a considéré (*cf.* 00-MC-14), que des pratiques concernant la livraison de produits destinés à l'exportation, ne sont pas susceptibles d'affecter le marché français et ne sont pas visées par les articles L. 420-1 et L. 420-2 du Code de commerce mais que l'application de la législation nationale de concurrence est possible par un État si les pratiques restrictives ont pris naissance sur son territoire ou si leurs effets ont lieu sur son territoire. En l'espèce, les faits étaient localisés sur le territoire français et le grief d'entente avait été retenu au regard de preuves constituées en France. Ces pratiques avaient eu un effet en France sur le marché des liaisons maritimes vers les îles anglo-normandes au départ notamment de Saint-Malo et Granville, mais aussi sur le transfert de passagers depuis les îles anglo-normandes vers la France. En droit communautaire, par ailleurs, les articles 81 et 82 du traité CE limitent leur champ territorial d'application en posant comme condition préalable, d'une part que le commerce entre États membres soit affecté, et d'autre part, que l'effet restrictif de concurrence d'un accord ou d'une pratique ait lieu dans le marché commun. Dans son arrêt « *Pâte de Bois* » du 27 septembre 1988, la CJCE a retenu que, pour l'application du droit communautaire de la concurrence, la localisation des entreprises était secondaire et qu'importait avant tout l'effet anticoncurrentiel de leurs activités sur le territoire communautaire. Le commerce entre États membres était donc bien affecté, en l'espèce, dans la mesure où le transport vers les îles anglo-normandes concerne les clients européens, notamment pendant la saison touristique estivale, et que les deux principaux concurrents étaient une société française et une société britannique.

Prescription

Décompte du délai de prescription

Dans la décision 04-D-35, le Conseil a considéré qu'un procès-verbal d'audition dressé dans le cadre d'une enquête administrative menée à l'initiative de la DGCCRF, sur plainte de l'une des sociétés saisissantes, constituait un acte ayant interrompu la prescription pour des pratiques qu'il pouvait donc examiner et sanctionner même si elles avaient été commises plus de trois ans avant sa saisine. Le Conseil a jugé indifférent le fait que le ministre n'ait pas saisi le Conseil au terme de l'enquête administrative, dès lors que les actes des enquêteurs régulièrement habilités à cet effet, avaient bien eu pour objet la recherche de pratiques prohibées.

Dans la décision 04-D-46, le Conseil s'est prononcé sur le caractère interruptif de prescription de différents actes de procédure intervenus antérieurement à la saisine, consistant en des constats d'huissier établis à l'occasion de procédures de nature civile, en une assignation devant une juridiction commerciale, en une déclaration d'appel ainsi qu'en des demandes d'information adressées par le saisissant à la DGCCRF. Il a rappelé que la jurisprudence reconnaissait le caractère interruptif de prescription d'actes intervenus avant la saisine du Conseil, se rattachant généralement à la phase d'enquête préalable et en particulier à son déclenchement : ainsi, la lettre demandant à la Commission de la concurrence de se saisir d'office, la lettre du chef du service régional de la concurrence à son supérieur hiérarchique qui avait déclenché une enquête administrative avec saisine ultérieure du Conseil de la concurrence, la lettre adressée à une partie par la DGCCRF marquant le point de départ de l'enquête administrative, la réception d'une lettre de convocation d'une partie à une audition par un enquêteur, des procès-verbaux établis par les enquêteurs, voire, mais dans des circonstances très particulières tenant au changement de législation intervenu avec la publication de l'ordonnance du 1er décembre 1986, des plaintes de caractère pénal dénonçant des pratiques anticoncurrentielles. Toutefois, le Conseil rend des décisions de sanction qui relèvent d'une démarche répressive d'ordre public, qui se distingue du procès civil qui est la chose des parties (*cf.* CA de Paris, 8 septembre 1998, Coca-Cola Entreprise). Dès lors, les constats d'huissier invoqués qui visaient à constater une faute civile, de même que les saisines du tribunal de commerce et de la cour d'appel de Paris, intervenues dans le cadre d'une action en dommages et intérêts, pour la défense d'un intérêt particulier, ne sauraient être considérés comme des actes tendant à la recherche, la constatation et la sanction de pratiques anticoncurrentielles, effectués pour la défense d'un ordre public économique et la régulation du marché au sens de l'arrêt de la cour d'appel susvisé. Par ailleurs, les demandes d'information adressées à la DGCCRF ne formulaient pas une demande d'enquête. Dès lors, les pratiques dénoncées, qui remontaient à plus de trois ans et dont aucun des actes invoqués ne pouvait être regardé comme tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction au sens de l'article L. 462-7 du Code de commerce, étaient donc couvertes par la prescription.

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 04-D-16, le Conseil a fait application de la jurisprudence constante (notamment, CA de Paris, SA Seco Desquenne, 2 mars 1999) selon laquelle, en raison de la saisine *in rem* du Conseil, l'interruption de la prescription à l'égard d'une entreprise (résultant en l'espèce d'une demande de renseignements du rapporteur) produit effet à l'égard de toutes les parties en cause.

Ainsi, l'audition du dirigeant de l'une des sociétés en cause a interrompu la prescription à l'égard de toutes les entreprises concernées et pour l'ensemble des faits dénoncés dans la saisine, alors même que cette audition ne concernait qu'une partie seulement des faits commis pendant la période visée par la saisine (04-D-63).

Actes interruptifs

Le Conseil a considéré que constituaient des actes tendant à la recherche, la constatation et la sanction des faits au sens de l'article L. 462-7 du Code de commerce et avaient donc interrompu la prescription :
– la demande de renseignements adressée par le rapporteur à une entreprise (04-D-16) ;
– la convocation aux fins d'audition adressée par le rapporteur à une société mise en cause (04-D-49) ;
– les auditions menées par le rapporteur (04-D-26, 04-D-49) ;
– la demande d'enquête adressée par le rapporteur à la DGCCRF (04-D-49) ;
– les procès-verbaux établis par les enquêteurs (04-D-56) ;
– la transmission du rapport d'enquête de la DGCCRF au Conseil (04-D-26, 04-D-49) ;
– une demande de communication de pièces adressée par le rapporteur à l'une des parties (04-D-49) ;
– la notification de griefs (04-D-49) ;
– les décisions de secret des affaires (04-D-63) (*cf.* CA de Paris, 13 décembre 2001, Gamm Vert).

Voir également les décisions 04-D-31, 04-D-41 et 04-D-59 (acquisition de la prescription à défaut d'acte interruptif dans le délai de trois ans après un acte interruptif).

Déroulement de la procédure

Enquêtes administratives

Mention de l'objet de l'enquête sur les procès-verbaux

Dans la décision 04-D-07 [4] relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne, le Conseil a rejeté le

4. Décision confirmée pour l'essentiel (réformée sur la mesure de publication) par arrêt de la CA du 26 octobre 2004.

moyen de nullité des procès-verbaux d'audition en rappelant la jurisprudence de la Cour de Cassation (20 novembre 2001, Bec Frères) selon laquelle la mention pré-imprimée sur le procès-verbal que l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance des personnes entendues suffit à justifier, jusqu'à preuve contraire, de l'indication de cet objet. En l'espèce, les parties en cause n'apportaient aucun élément de nature à renverser cette présomption, les procès-verbaux litigieux mentionnant, au demeurant, l'exacte qualité des enquêteurs et le cadre juridique de leur intervention.

Dans la décision 04-D-15, le Conseil a rappelé que selon la Cour d'appel de Paris et la Cour de Cassation (14 janvier 2003, société Socae Atlantique), en l'absence de mention pré-imprimée de l'objet de l'enquête sur le procès-verbal, il appartient à l'administration de démontrer qu'elle a néanmoins satisfait à son obligation d'information, cette preuve pouvant « *seulement se déduire du contenu de l'acte ou d'un acte qui serait antérieur à l'audition* » de la personne. En l'espèce, un procès-verbal ne comportant pas la mention pré-imprimée que l'objet de l'enquête avait été porté à la connaissance de la personne entendue, et dont le contenu ne permettait pas d'établir que cette information avait été néanmoins donnée à la personne lors de son audition, a été écarté des débats ainsi que les pièces afférentes. La circonstance que, dans un procès-verbal ultérieur comportant, celui-là, la mention pré-imprimée requise, la personne entendue avait déclaré qu'elle confirmait les déclarations faites lors de sa première audition, n'a pas été jugée suffisante pour effacer l'irrégularité affectant le premier procès-verbal.

Les mêmes principes ont conduit le Conseil à adopter une solution inverse dans la décision 04-D-74. En l'espèce, les documents contestés comprenaient la mention que l'enquête portait sur les modalités de fixation des tarifs pour les liaisons entre la France et les îles anglo-normandes, de sorte que les personnes entendues ne pouvaient se méprendre sur la portée de leurs propos, ni sur la nature des informations remises à l'enquêteur. Un procès-verbal ne reprenait pas cette mention. Toutefois, l'indication que l'objet de la mission avait été exposé à la personne entendue y figurait.

Le défaut d'indication de l'objet de l'enquête ne constitue pas une cause de nullité des procès-verbaux d'audition de témoins, ceux-ci n'étant pas accusés d'une infraction (*cf.* CASS, 1er juin 1999, Normandie Béton), (04-D-15).

Si les enquêteurs sont tenus de faire connaître l'objet de leur enquête aux personnes interrogées, cette exigence doit être regardée comme ayant été respectée, lorsqu'il ressort des pièces du dossier que les intéressés ont été informés de ce qu'ils étaient interrogés, à la demande du Conseil de la concurrence, dans le cadre d'une enquête relative au respect de la concurrence dans le secteur concerné (04-D-49).

Confrontation des personnes mises en cause avec les auteurs des déclarations

Les enquêteurs n'ont pas l'obligation de confronter les personnes mises en cause avec les auteurs des déclarations (CA de Paris, 16 décembre 1994, société Kangourou déménagements). Le principe du contradictoire et les droits de la défense ont été respectés, dès lors que les mis en cause ont eu la possibilité de consulter le dossier et de faire valoir leurs observations selon

les modalités prévues par les textes régissant la procédure devant le Conseil (04-D-49).

Manquement par les enquêteurs à l'objectivité ou à l'obligation de loyauté dans la recherche des preuves

Dans la décision 04-D-07 [5] relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne, le Conseil a écarté l'argumentation selon laquelle l'enquête s'était déroulée dans des conditions contraires au principe de loyauté, dans la mesure où, sous couvert d'une enquête simple, les enquêteurs auraient procédé, dans les locaux de la fédération départementale de la boulangerie, à une perquisition déguisée, usant de procédés déloyaux dans le recueil des preuves. Il ne ressortait pas du dossier, en effet, que les enquêteurs avaient eu accès aux documents et pièces concernés (notamment des enregistrements audio contenant des déclarations compromettantes) dans des conditions irrégulières. Les mentions du procès-verbal incriminé faisaient au contraire apparaître que les fonctionnaires avaient été reçus par le directeur de la fédération auquel l'objet de l'enquête avait été indiqué et qui, contraint de s'absenter momentanément, avait désigné sa secrétaire pour leur remettre les divers éléments demandés. Les éléments de preuve déterminants avaient été recueillis en présence du dirigeant, les cassettes audio, en particulier, ayant été écoutées et retranscrites en sa présence et authentifiées par lui.

Le rapport d'enquête ne constitue que l'un des éléments préparatoires de la décision prise par le Conseil de la concurrence et il appartient à ce dernier d'apprécier, au vu de l'ensemble des pièces du dossier, si les griefs notifiés reposent sur des faits suffisamment établis et caractérisés pour justifier une incrimination, cette appréciation relevant de l'examen au fond du dossier. Dès lors, si les allégations touchant à la fiabilité de certaines des affirmations du rapport d'enquête peuvent être opérantes pour contester le bien fondé des griefs notifiés, elles n'ont pas, en revanche, d'incidence sur la régularité de la procédure. De même, si le rapport d'enquête peut être critiqué comme révélant le parti pris de l'enquêteur, la réalisation du rapport d'enquête conduisant nécessairement l'enquêteur à exposer ses propres convictions au terme des investigations auxquelles il a procédé, la position prise par ce dernier ne peut en elle-même constituer un vice de procédure (04-D-49).

Saisine du Conseil de la concurrence

Validité de la saisine

Voir la décision 04-D-25 [6] (absence d'incidence de l'erreur matérielle commise sur la date de la saisine et ayant fait l'objet d'un rectificatif).

---

5. Décision confirmée pour l'essentiel (réformée sur la mesure de publication) par arrêt de la CA du 26 octobre 2004.

6. Décision confirmée par arrêt de la CA du 11 janvier 2005.

Nécessité de saisines complémentaires

La saisine *in rem* du Conseil l'habilite à examiner l'ensemble des pratiques se rattachant aux comportements dénoncés dans la saisine, intervenus sur le même marché ou sur des marchés connexes. Dès lors, la circonstance que, par plusieurs courriers postérieurs à sa saisine, le saisissant ait fait état de pratiques connexes aux faits initialement dénoncés, ne nécessitait pas l'enregistrement d'une saisine complémentaire, dès lors que les pratiques en cause étaient intervenues sur le même marché ou sur un marché connexe (04-D-49).

Étendue de la saisine

La décision 04-D-32 concernant des pratiques mises en œuvre par le groupe Decaux a été l'occasion pour le Conseil de rappeler qu'il est saisi *in rem* de l'ensemble des faits et des pratiques affectant le fonctionnement d'un marché, sans être lié par les demandes et les qualifications des parties saisissantes. Il peut examiner, par conséquent, sans avoir à se saisir d'office, l'ensemble des conditions de fonctionnement du marché, révélées par les investigations auxquelles il a été procédé à la suite de la saisine, sans qu'il soit besoin que ces faits et qualifications aient été énoncés dans l'acte de saisine. En l'espèce, il était soutenu que le Conseil ne pouvait, sans excéder les limites de sa saisine, se prononcer sur des griefs relatifs à des faits qui n'étaient pas dénoncés dans celle-ci ou qui lui étaient postérieurs. Sur le premier point, le Conseil a relevé que la saisine concernait le comportement du groupe Decaux sur les marchés de fourniture de mobilier urbain publicitaire, de location d'emplacements publicitaires et de l'affichage extérieur, à la suite de la perte par le groupe du marché de la ville de Rennes, au profit de la société saisissante. Or, tous les griefs notifiés concernaient le comportement du groupe Decaux sur ces marchés, se rattachaient directement aux comportements dénoncés et concernaient des pratiques qui avaient eu le même objet ou le même effet que les faits et comportements dénoncés dans la saisine. Sur le second point, le Conseil considère qu'il peut être compétent pour se prononcer sur des pratiques qui se sont poursuivies postérieurement à la saisine (*cf.* notamment 01-D-30 et 02-D-63). En l'espèce, certaines campagnes publicitaires gratuites offertes par le groupe Decaux pour tenter d'évincer son concurrent avaient été affichées antérieurement à la saisine alors que d'autres l'avaient été postérieurement. L'ensemble des pratiques pouvaient, par conséquent, être considérées comme des pratiques continues qui avaient débuté avant la saisine. Il en allait de même pour des dispositions tarifaires postérieures à la saisine, mais qui concernaient les mêmes marchés, avaient le même objet et le même effet que d'autres pratiques mises en œuvre antérieurement à la saisine, et qui s'analysaient comme la poursuite ou la continuité d'un comportement qui avait été dénoncé dans la saisine. Le Conseil pouvait donc valablement se prononcer sur l'ensemble des griefs notifiés.

Si le Conseil peut examiner, sans avoir à se saisir d'office, des pratiques non mentionnées dans la saisine mais mises en œuvre, soit sur le marché concerné par les pratiques dénoncées dans la saisine, soit sur des marchés connexes, il n'est, en revanche, pas compétent pour examiner des faits postérieurs à la saisine et qui ne sont pas la continuité de faits antérieurs à celle-ci. Ayant rappelé ces principes, le Conseil, dans la décision 04-D-48, a

constaté que certaines des pratiques incriminées, postérieures à sa saisine, se trouvaient exclues du champ de sa compétence, ce qui l'a conduit à écarter les griefs correspondants.

Les mêmes solutions ont été reprises dans la décision 04-D-49, rendue au terme d'une procédure où la saisine directe initiale avait été suivie d'une saisine d'office. Le Conseil a estimé qu'entraient dans le cadre de sa saisine des pratiques qui n'étaient pas expressément visées dans la saisine initiale mais qui avaient eu lieu sur le marché visé par celle-ci ou sur des marchés connexes, ou qui constituaient des pratiques continues se rattachant aux comportements visés par la saisine initiale et l'autosaisine. Si certains des faits visés par les griefs étaient postérieurs à la saisine initiale, ils pouvaient néanmoins être examinés, dès lors qu'ils étaient antérieurs à l'autosaisine, que les deux affaires avaient été jointes et concernaient des comportements et un marché visés dans la saisine initiale ou des marchés connexes. Il était en outre indifférent que ces pratiques, au vu des résultats de l'enquête et de l'instruction, aient fait l'objet d'une qualification différente de celle qui avait été envisagée au stade de l'autosaisine et qui ne liait pas le Conseil. Enfin, si certaines des conventions litigieuses avaient été signées en période prescrite, leur application s'était poursuivie en période non prescrite et postérieurement aux saisines puisqu'elles étaient encore en vigueur à la date de l'enquête administrative.

Une analyse identique a été adoptée dans la décision 04-D-56. Alors que la saisine concernait principalement le comportement d'un groupe de presse, le Conseil a estimé, compte tenu de sa saisine *in rem*, qu'il pouvait connaître du comportement des commissaires-priseurs dès lors que le comportement de ces professionnels était évoqué dans la saisine comme étant à l'origine de l'offre de couplage litigieuse imputée au groupe de presse et qu'en tout état de cause, les deux pratiques étaient liées, concernaient la même prestation de services (les annonces de commissaires-priseurs dans la presse régionale et départementale) et le même marché. Les deux pratiques étaient directement liées, le couplage ayant été imposé en riposte à la décision des commissaires-priseurs, et avaient toutes deux pour objet et pour effet de fausser la concurrence sur le marché des hebdomadaires départementaux de la Haute-Garonne.

Le même raisonnement a été repris dans la décision 04-D-73. Il était soutenu que les griefs notifiés excédaient *rationae temporis* le champ de la saisine puisque celle-ci avait dénoncé des pratiques qui lui étaient antérieures et que les griefs étaient fondés sur les éléments rassemblés par le rapport d'enquête et relatifs à des pratiques mises en œuvre postérieurement à la saisine. Le Conseil étant saisi *in rem* de l'ensemble des faits et des pratiques affectant le fonctionnement d'un marché, sans être lié par les demandes des parties saisissantes, il peut examiner, sans avoir à se saisir d'office, des pratiques anticoncurrentielles non mentionnées dans la saisine mais mises en œuvre soit sur le marché concerné par les pratiques dénoncées dans la saisine, soit sur des marchés connexes. En revanche, il n'est pas compétent pour examiner des faits postérieurs à la saisine et qui ne constituent pas la continuité de faits antérieurs à celle-ci (*cf.* notamment CA de Paris, 17 juin 1992, 29 juin 1999). En l'espèce, les constatations effectuées dans le cadre de l'enquête administrative diligentée à la demande du rapporteur afin de vérifier la matérialité des pratiques dénoncées dans la saisine, avaient révélé des pratiques postérieures

à la saisine dont aucun élément du dossier ne démontrait qu'elles existaient antérieurement à la saisine. Les griefs notifiés correspondant à ces pratiques ont donc été écartés. En revanche, le Conseil s'est estimé valablement saisi de pratiques de subventions croisées commencées antérieurement à la saisine, visées dans celle-ci et qui avaient continué au-delà.

- **Saisine en non-respect d'injonction**

Il ressort d'une jurisprudence constante que le Conseil de la concurrence ne peut, dans la procédure prévue à l'article L. 464-3 du Code de commerce, sanctionner d'autres pratiques que celles qui résultent du défaut de respect d'injonction (notamment, CA de Paris, 19 novembre 1992, société ODA, et 26 avril 1994, SDRM). Ainsi, le Conseil n'est pas compétent pour connaître des conclusions de la saisine ministérielle en ce qu'elle porte sur le degré d'ouverture du secteur à la concurrence, postérieurement à la décision du Conseil (04-D-62).

Recevabilité de la saisine

- **Éléments devant être joints à la saisine**

Aucun texte ni principe ne font obligation à la partie saisissante d'apporter au Conseil de la concurrence la preuve des agissements qu'elle dénonce. Le saisissant se trouve généralement dans l'incapacité de fournir des éléments permettant, à eux seuls, de caractériser de façon certaine une pratique mise en œuvre par une autre entreprise, dès lors qu'il n'a pas accès aux informations internes de celle-ci. C'est pourquoi le titre V du livre IV du Code de commerce confère aux rapporteurs des pouvoirs d'enquête dont l'exercice garantit la possibilité, pour le Conseil, de se prononcer sur la base de faits proprement établis. En revanche, il appartient à la partie saisissante d'assortir ses déclarations d'indices crédibles, permettant de présumer l'existence de pratiques illicites (04-D-48).

- **Intérêt et qualité pour agir**

Dans la décision 04-D-45, le Conseil, saisi par la société Export Press, d'une demande de mesures conservatoires mettant en cause le groupe des Nouvelles Messageries de Presse Parisienne (NMPP) pour des pratiques d'abus de position dominante affectant le secteur de la vente au numéro de la presse nationale dans les DOM-TOM, a déclaré la saisine au fond irrecevable en ce qu'elle concernait les départements d'Outre-Mer. Il a en effet constaté que l'application dans les DOM de la « *loi Bichet* » du 2 avril 1947 relative au statut des entreprises de groupage et de distribution des journaux et publications périodiques, qui réserve la vente au numéro dans ces départements soit aux éditeurs, soit aux messageries de presse – qualité que n'avait pas la saisissante – privait cette dernière d'intérêt à agir, puisqu'elle ne pouvait se plaindre de ne pouvoir distribuer la presse nationale dans les DOM.

Dans la décision 04-D-48, le Conseil a reconnu l'intérêt et la qualité de l'association TENOR à saisir le Conseil. L'article L. 462-5 du Code de commerce énonce que « *le Conseil de la concurrence peut être saisi* [...] *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* », parmi lesquels figurent les « *organisations professionnelles et syndicales* ». TENOR est une association

régie par la loi du 1er juillet 1901, réunissant, à la date de la saisine, des sociétés du secteur des télécommunications, dont les opérateurs entrants sur les marchés nouvellement ouverts à la concurrence. L'intérêt à agir de TENOR et la qualité à agir de son président étaient attestés par l'extrait du procès-verbal d'un conseil d'administration de l'association, joint à la saisine, dans lequel il était rappelé que l'objet social de cette dernière était notamment l'étude et la défense des intérêts économiques, industriels et commerciaux de ses membres et précisé que le président était autorisé à mener toute action « *visant à sanctionner les pratiques anticoncurrentielles observées sur ce secteur qui ont pour effet, voire pour objet, d'évincer les nouveaux entrants, dont les membres de TENOR* ».

- **Habilitation du ministre à saisir le Conseil**

Dans la décision 04-D-04, le Conseil, reprenant une jurisprudence classique (CA de Paris, 13 décembre 2001 Gamm Vert ; 7 mai 2002 Masterfood), a rejeté le moyen selon lequel la saisine émanant de M. Yves Galland, ministre délégué aux Finances et au Commerce extérieur, était irrecevable, faute pour ce dernier d'avoir valablement reçu délégation de pouvoirs du décret nº 95-1248 du 28 novembre 1995, relatif aux attributions du ministre délégué aux Finances et au Commerce extérieur, et d'être en mesure, par conséquent, de justifier de sa qualité à agir.

Le décret précité du 28 novembre 1995 pris par le Président de la République, contresigné par le Premier ministre et par le ministre de l'Économie et des Finances, a légalement pu prévoir que M. Yves Galland recevait délégation du ministre de l'Économie et des Finances à l'effet de signer en son nom tous actes et décisions dans la limite des attributions qui lui sont confiées par le ministre des Finances, au nombre desquelles figure la concurrence. La circonstance que certaines attributions particulières aient été confiées au ministre par la loi ne fait pas obstacle à ce que ces attributions puissent, par décret, faire l'objet d'une délégation au ministre délégué.

Voir aussi la décision 04-D-16.

- **Redressement judiciaire de la société mise en cause**

Les sanctions pécuniaires prononcées par le Conseil, après l'ouverture d'une procédure de redressement judiciaire de la société concernée, pour des pratiques anticoncurrentielles antérieures à cette ouverture, n'ont pas à être déclarées au représentant des créanciers sur le fondement de l'article L. 621-43 du Code de commerce car elles constituent des créances qui trouvent leur origine dans la décision du Conseil elle-même. Le moyen tiré de l'irrecevabilité de la saisine du ministre, faute pour ce dernier de n'avoir pas déclaré sa créance au représentant des créanciers, doit donc être rejeté (04-D-03).

- **Liquidation judiciaire de la société saisissante**

Dans la décision 04-D-26 [7], le Conseil a rejeté le moyen, implicitement fondé sur l'article 369 du NCPC (« *L'instance est interrompue par* [...] *l'effet du*

7. Décision confirmée par arrêt de la CA du 25 janvier 2005.

jugement qui prononce le règlement judiciaire ou la liquidation des biens [redressement ou liquidation judiciaires] *dans les causes où il emporte assistance ou dessaisissement du débiteur* »), tiré de ce que l'instance engagée devant le Conseil de la concurrence aurait été interrompue par un jugement ayant prononcé la liquidation judiciaire de la société saisissante et l'action, par suite, prescrite, le liquidateur n'ayant pas repris l'instance à son compte. Toutefois, la procédure devant le Conseil n'est gouvernée ni par les dispositions du NCPC ni par celles applicables devant les juridictions administratives et obéit à ses règles propres, énoncées au titre VI du livre IV du Code de commerce. Par ailleurs, en vertu de l'article 1844-8 du Code civil, « *la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de la liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci* ». En l'espèce, la saisissante n'avait pas été radiée du registre du commerce et des sociétés et survivait pour les besoins de sa liquidation. Or, si l'article 152 de la loi n° 85-98 du 25 janvier 1985, relative au redressement et à la liquidation judiciaires des entreprises, précise que le jugement qui ouvre la liquidation judiciaire emporte de plein droit dessaisissement pour le débiteur de l'administration et de la disposition de ses biens, ses droits et actions concernant son patrimoine étant alors exercés pendant toute la durée de la liquidation judiciaire par le liquidateur, l'action devant le Conseil de la concurrence n'est pas une action patrimoniale (*cf.* 99-D-25 et 00-D-91). Aussi, le liquidateur n'avait-il pas qualité pour reprendre la procédure introduite valablement par la société et qui s'était poursuivie nonobstant l'ouverture de la liquidation judiciaire sans être affectée par la prescription.

Examen des mesures conservatoires

Recevabilité des demandes de mesures conservatoires

Dans la décision 04-MC-02 [8], le Conseil, pour tirer les enseignements de l'arrêt de censure Neuf Télécom rendu par la Cour d'appel le 29 juin 2004 [9], a modifié la formulation habituellement utilisée en matière de mesures conservatoires et sensiblement relevé le standard de preuve requis pour l'octroi des mesures en adoptant la notion de « *présomption raisonnable de pratique anticoncurrentielle* » [10]. C'est ainsi que le Conseil a estimé qu'« *en l'état du dossier et sous réserve d'une instruction au fond* », il pouvait être « *raisonnablement présumé* » que certaines des pratiques dénoncées par la société Bouygues Télécom Caraïbe et imputées à son unique concurrent, Orange Caraïbe, filiale de téléphonie mobile de France Télécom en Martinique, Guadeloupe et Guyane, opérateur dont on pouvait également « *raisonnablement* » présumer la domination sur le marché de la téléphonie mobile dans les Caraïbes, étaient constitutives d'abus de position dominante. Les pratiques concernées consistaient en des contrats d'exclusivité passés avec des

8. Décision confirmée au fond (réformée sur le délai imparti pour l'exécution de certaines injonctions) par arrêt de la CA du 28 janvier 2005.

9. *Infra*, Jurisprudence de la CA de Paris.

10. Pour autant, le Conseil n'a pas repris à son compte la formule encore plus restrictive de la CA, déjà utilisée dans des arrêts Pharmalab et Pharmajet rendus en juin et juillet 2002, de *« présomption d'infraction raisonnablement forte ».*

distributeurs indépendants, une clause d'exclusivité imposée au seul réparateur de portables dans les Caraïbes, la discrimination tarifaire injustifiée en faveur des appels passés par les clients d'Orange Caraïbe à l'intérieur de son réseau par rapport à ceux émis vers le réseau Bouygues et en différentes pratiques de fidélisation de la clientèle. S'agissant d'autres pratiques dénoncées par Bouygues Télécom Caraïbe, qui n'ont pas paru devoir justifier le prononcé de mesures provisoires, mais néanmoins une instruction au fond (pratiques de prix imposés, discrimination tarifaire pour l'accès au kiosque, offres couplées de France Télécom...), le Conseil a conservé sa formule habituelle (*« il n'est pas exclu que... »*). Pour d'autres pratiques enfin (non-respect des exigences du droit de facturation, publicité trompeuse), le Conseil a estimé qu'*« en l'état du dossier et sous réserve de l'instruction au fond »*, les faits rapportés par la saisissante ne suffisaient pas à démontrer leur caractère anticoncurrentiel.

Saisi par la société VirginMega de pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur internet et des baladeurs numériques, le Conseil a estimé, dans la décision 04-D-54, que les faits dénoncés n'étaient pas appuyés d'éléments suffisamment probants de nature à caractériser, en l'état actuel du marché, l'existence de pratiques qui auraient pour objet ou pour effet d'entraver le libre jeu de la concurrence au sens des dispositions des articles L. 420-2 du Code de commerce et 82 du traité CE. Il a, en conséquence, fait application des dispositions de l'article L. 462-8 du Code de commerce, en précisant qu'un tel rejet ne faisait pas obstacle à ce que les entreprises du secteur, dans le cas où elles feraient état d'éléments nouveaux provenant de l'observation ultérieure du marché, puissent saisir utilement le Conseil.

Instruction des mesures conservatoires

- **Respect du contradictoire et des droits de la défense**

Dans la décision 04-MC-01, le Conseil a rejeté le moyen par lequel une société mise en cause se plaignait de l'atteinte portée au principe du contradictoire et aux droits de la défense qui aurait résulté de ce qu'elle n'avait pas été informée de l'existence et du contenu de témoignages recueillis par les rapporteurs avant sa propre audition. Le Conseil a relevé que le libellé de sa convocation montrait que cette société avait eu précisément connaissance de l'objet de son audition et qu'elle était d'autant plus en mesure d'apprécier la portée de ses déclarations que la plainte, ainsi que les pièces y étant annexées, lui avaient été antérieurement communiquées, qu'en outre, elle avait été entendue une seconde fois, à la suite d'une nouvelle plainte jointe au dossier, et avait donc pu faire valoir à nouveau son point de vue sur l'ensemble des éléments du dossier (voir en ce sens la décision 03-MC-03).

Dans la même affaire, les rapporteurs et le rapporteur général, lors de la séance, ont proposé oralement différentes mesures qui différaient de celles sollicitées par les saisissantes. Afin que le principe du contradictoire soit préservé, la présidente du Conseil, compte tenu du caractère technique, voire complexe, des propositions des rapporteurs, a demandé qu'elles soient formulées par écrit et transmises aux parties et au commissaire du Gouvernement, un délai de 8 jours étant accordé à ces derniers pour faire valoir leurs

observations. Les propositions ont été également transmises, pour avis, à l'ART. Les observations des parties ainsi que l'avis de l'ART ont été communiqués à l'ensemble des intéressés. Les débats ont repris lors d'une nouvelle séance, au cours de laquelle les rapporteurs, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement et les parties ont été entendus sur les mesures proposées.

- **Délais de procédure**

Dans la décision 04-D-40 [11], le Conseil a décidé d'écarter des débats des observations complémentaires adressées au Conseil par la société mise en cause, dix jours après l'expiration du délai accordé aux parties par le rapporteur général, et dont la partie saisissante sollicitait le rejet. Le Conseil a néanmoins rappelé qu'aucune disposition n'impose de délais pour la mise en état des procédures de mesures conservatoires, qui se caractérisent par l'urgence mais dont l'instruction doit viser, dans un temps nécessairement restreint, à réunir le plus d'éléments possible lui permettant de se prononcer sur le bien-fondé de la demande. Dès lors, le dépôt de pièces après l'expiration du temps imparti ne saurait, à lui seul, justifier leur rejet de la procédure, à condition, toutefois, que la partie adverse ait bénéficié d'un temps suffisant pour assurer sa défense au regard des pièces ainsi produites. En l'espèce, il a estimé que la société saisissante n'avait reçu les observations et pièces complémentaires litigieuses que deux jours seulement avant la séance et qu'elle n'avait donc pu bénéficier d'un temps suffisant pour en prendre connaissance utilement et organiser sa défense.

Dans la décision 04-D-51, le Conseil a en revanche considéré recevable un mémoire complémentaire déposé par le saisissant, hors du délai fixé par le rapporteur général. Le Conseil a constaté que ce mémoire complémentaire avait été diffusé aux parties mises en cause une semaine avant la tenue de la séance, de sorte que ces dernières avaient bénéficié d'un temps raisonnable pour en prendre connaissance et éventuellement produire des observations écrites et qu'elles avaient également pu répliquer en séance.

Bien-fondé de la demande de mesures conservatoires

- **Atteinte grave et immédiate**

Le Conseil a été saisi par les sociétés Free et Neuf Télécom de pratiques de TF1, M6 et France Télécom, concernant le secteur de la télévision par ADSL. Free, qui commercialise depuis fin 2003 une offre regroupant la diffusion de chaînes gratuites et payantes, un accès à internet haut débit et un service de téléphonie, avait dénoncé le refus de TPS, TF1 et M6 de lui permettre la diffusion de leurs chaînes, constitutif selon elle, à la fois d'un abus de position dominante et d'une entente visant pour TF1 et M6 à accorder une exclusivité de diffusion à TPS. De son côté, Neuf Télécom, nouvel offreur d'un service de TV par ADSL sur Marseille, d'une part, reprochait à TPS et France Télécom de s'être entendus à l'occasion de la commercialisation de l'offre *« MaLigne TV »* pour développer un partenariat destiné à renforcer la

11. Décision confirmée par arrêt de la cour d'appel de Paris du 21 septembre 2004.

position dominante de France Télécom sur les marchés du haut débit, et d'autre part, faisait grief à France Télécom d'abuser de sa domination sur la boucle locale de téléphonie mobile en entravant l'installation des équipements nécessaires au développement d'un service de vidéo par ADSL par les opérateurs alternatifs. Dans sa décision 04-MC-01 [12], le Conseil a estimé que les documents publicitaires et promotionnels relatifs aux offres de France Télécom (« *Ma Ligne TV* ») et de TPS (« *TPS L* »), ne faisaient pas référence aux incompatibilités existant entre les différents services offerts par les opérateurs. S'agissant d'un service encore mal connu du grand public et commercialisé dans les agences France Télécom, auprès desquelles le client peut demander la résiliation du dégroupage de sa ligne téléphonique, le lancement d'une telle offre auprès d'un public non nécessairement averti, peut conduire à priver un certain nombre de consommateurs de l'accès à des services innovants ou économiquement favorables, sans qu'ils en aient fait le choix éclairé. Les pratiques en cause, en menaçant l'ouverture à la concurrence du secteur de l'ADSL, portaient également gravement atteinte à l'économie du secteur. Compte tenu de l'importance du dégroupage comme élément moteur de la croissance et de la concurrence dans le secteur du haut débit, de son démarrage récent et du caractère crucial de l'année 2004 pour son implantation, il convenait d'être vigilant à l'égard de pratiques qui pourraient entraver son développement en limitant pour les opérateurs les possibilités techniques et économiques de répliquer les offres audiovisuelles de France Télécom par l'intermédiaire du dégroupage. Or, du fait du comportement adopté par France Télécom, en tant que détenteur de la boucle locale de téléphonie fixe, pour la gestion des conventions de dégroupage, Neuf Télécom n'était pas en mesure de proposer aux fournisseurs de programmes de télévision un service ADSL vidéo à grande échelle. En outre, les fournisseurs de programmes TV lorsqu'ils étaient, comme TPS, clients de France Télécom, n'avaient aucun intérêt à faire appel, pour une ville de province donnée, à une multitude d'opérateurs d'accès du fait du couplage, notamment tarifaire, opéré par France Télécom entre les prestations de desserte locale et de transport national des flux vidéo. Or, ces deux prestations étaient étroitement liées dans le contrat passé pour une durée de dix ans entre TPS et France Télécom et le mode de facturation retenu ne permettait pas d'envisager la mise en concurrence séparée de ces deux prestations. Les pratiques revêtaient en outre un caractère d'immédiateté, eu égard au fait que l'année 2004 était considérée, par l'ensemble des acteurs, comme l'année du haut débit et alors que, selon l'ART, « *la concurrence en matière de réseaux haut débit* [...] *est récente et encore fragile* ».

Dans la décision 04-MC-02 [13], le Conseil a estimé que certaines des pratiques d'Orange Caraïbe (exclusivité avec des distributeurs indépendants, discrimination tarifaire, fidélisation de la clientèle...) étaient de nature à empêcher le groupe Bouygues Télécom d'exercer une pression concurrentielle normale sur son concurrent. Or, l'affaiblissement grave ou la disparition de toute

12. Décision réformée (annulation des mesures prononcées) par arrêt de la CA de Paris du 29 juin 2004.

13. Décision confirmée pour l'essentiel (réformée sur le délai imparti pour l'exécution de certaines injonctions) par arrêt de la cour d'appel de Paris du 28 janvier 2005.

pression concurrentielle exercée sur un opérateur dominant aurait constitué une atteinte au secteur et aux consommateurs dans un contexte où l'ensemble de l'économie des Caraïbes supporte déjà les effets d'un certain retard dans le développement des nouvelles potentialités attendues de la téléphonie mobile et d'un prix relativement élevé des communications échangées sur les réseaux de téléphonie mobile. Le Conseil a retenu à cet égard un risque très plausible d'un retrait prochain de Bouygues Télécom du marché concerné qui aurait laissé Orange Caraïbe en situation de monopole, risque accrédité par un recul sensible des parts de marché de la plaignante et par sa situation financière très obérée. Dans l'hypothèse où ce risque ne se serait pas réalisé, le report des investissements du groupe dans les nouvelles technologies nécessaires à l'amélioration du service rendu au consommateur aurait eu néanmoins des effets proches, à terme, de ceux d'une situation de monopole, dans la mesure où les services de Bouygues Télécom n'auraient plus constitué un substitut de qualité équivalente à celle des services offerts par Orange Caraïbe. L'immédiateté de l'atteinte résultait du fait que les effets d'éviction des pratiques étaient plus sensibles sur un marché mature comme celui de la téléphonie mobile où *« le cœur de la compétition n'est plus d'acquérir des primo-accédants mais de conquérir les clients de l'autre opérateur »*. Ainsi, la fidélisation de la clientèle avait d'autant plus l'effet de cristalliser les parts de marché que l'acquisition de nouveaux clients passait essentiellement par la migration de clients d'un réseau à l'autre.

À plusieurs reprises, le Conseil a eu l'occasion de rappeler qu'un manque à gagner est, à lui seul, insuffisant pour constituer une atteinte grave et immédiate justifiant le prononcé de mesures d'urgence (*cf.* 04-D-05, 04-D-45).

- **Limitation des mesures à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence**

Dans la décision 04-MC-02 [14], pour satisfaire aux conditions tenant d'une part, à l'existence d'un lien de causalité entre l'atteinte relevée et les pratiques alléguées et d'autre part, à la proportionnalité des mesures conservatoires à l'urgence, le Conseil a été conduit à ne retenir, parmi toutes les mesures demandées, que celles *« portant remède à des pratiques qui étaient la cause directe et certaine de l'atteinte »*. D'autres pratiques n'ont pu être regardées comme étant directement ou certainement à l'origine des difficultés de l'entreprise saisissante et de l'atteinte grave qui en résultait, soit parce qu'elles ne mettaient en cause qu'une part réduite de l'activité de Bouygues Télécom Caraïbe, soit parce qu'elles n'étaient susceptibles d'avoir un effet d'éviction que de façon indirecte et à plus long terme, soit encore parce qu'il était justifié que l'atteinte avait cessé.

Nature des mesures conservatoires accordées

Dans sa décision 04-MC-01 [15], le Conseil a rappelé que, conformément à l'article L. 464-1 du Code de commerce issu de la loi NRE et selon une

14. *Idem* note précédente.

15. Décision réformée (annulation des mesures prononcées) par arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 juin 2004.

jurisprudence antérieure de la cour d'appel de Paris (21 mai 2002, TDF), il peut prononcer les mesures qui lui apparaissent nécessaires, sans être lié par les demandes des parties, du commissaire du Gouvernement, des autorités éventuellement saisies par le Conseil pour avis ou par les propositions des rapporteurs.

Dans cette décision, il a prononcé trois mesures conservatoires, à l'encontre des sociétés TPS et France Télécom, pour des pratiques dans le secteur de la télévision par ADSL.

Ces mesures consistaient en :
– une injonction faite à TPS et à France Télécom d'informer sur tous leurs supports publicitaires, les consommateurs de l'incompatibilité de l'offre « *MaLigne TV/TPS L* » avec le dégroupage par un opérateur alternatif de la ligne de l'abonné pour l'accès à internet haut débit ;
– une injonction faite à France Télécom d'autoriser la société NEUF TELECOM à installer, dans les répartiteurs, les matériels de vidéo ADSL nécessaires au déploiement de son offre de télévision par ADSL et à procéder à la migration des lignes dégroupées sur ces nouveaux matériels ;
– une injonction faite à France Télécom de facturer séparément le transport des flux vidéo et la desserte locale de services ADSL vidéo, de telle sorte que ces deux prestations ouvertes à la concurrence soient commercialement indépendantes et non liées.

Dans la décision 04-MC-02, le Conseil a enjoint à Orange Caraïbes :
– de supprimer l'exclusivité imposée aux distributeurs indépendants et au réparateur ;
– d'orienter vers les coûts ses offres comportant des tarifs différents pour les communications vers les clients de son réseau et pour celles destinées aux clients de l'autre réseau ;
– de mettre fin aux pratiques de fidélisation en permettant à ses clients d'utiliser leurs points de fidélité pour bénéficier de réductions de prix sur l'ensemble des produits ou services proposés par l'opérateur (et pas seulement sur ceux entraînant un nouvel engagement avec celui-ci). Un délai de deux mois a été donné à Orange Caraïbes pour se conformer à ces injonctions.

Saisie d'un recours contre cette décision, la cour d'appel de Paris, par un arrêt du 28 janvier 2005, a confirmé les mesures prononcées. En revanche, elle a jugé trop court le délai imparti à Orange Caraïbe pour mettre en œuvre les mesures relatives aux coûts des communications et aux actions de fidélisation compte tenu, respectivement, des impératifs techniques liés aux modifications à apporter à son système de facturation et des contraintes légales imposées pour les modifications contractuelles dans le secteur concerné. La cour a par conséquent octroyé à l'opérateur un délai supplémentaire de deux mois pour se conformer à ces injonctions.

Instruction

Régularité de la demande d'enquête

• Absence d'éléments probants

La saisine ne peut être regardée comme dépourvue d'éléments probants dès lors qu'elle est précise, argumentée et accompagnée de plusieurs pièces

justificatives. Par ailleurs, en application de l'article L. 450-6 du Code de commerce, le rapporteur peut demander toute enquête qu'il juge utile, aussi bien au vu d'un dossier dont le Conseil a été saisi, qu'au vu d'une autosaisine. Enfin, aucune disposition législative ou réglementaire n'impose au Conseil de justifier des motifs pour lesquels il demande une enquête administrative (CA de Paris, 16 décembre 1994, société Kangourou déménagements), (04-D-49).

- **Tardiveté de la demande d'enquête**

Dès lors que la demande d'enquête est intervenue dans le délai de prescription, la circonstance qu'elle soit intervenue un mois avant l'expiration de ce délai ne constitue pas une cause d'irrégularité (04-D-49).

- **Dépassement du cadre de la saisine**

La demande d'enquête a pu valablement porter sur l'ensemble des pratiques se rattachant aux comportements dénoncés dans la saisine. En effet, le Conseil, saisi *in rem* des pratiques qui se situent sur un même marché, n'est lié ni par les demandes de la partie saisissante, ni par les faits dénoncés dans la saisine, ni par les qualifications proposées. Il peut examiner les pratiques anticoncurrentielles relevées au cours de l'instruction, dès lors que ces pratiques concernent les mêmes marchés que ceux visés dans la saisine ou des marchés connexes, se rattachent aux comportements dénoncés, visent le même objet ou peuvent avoir le même effet (04-D-49).

Jonction de procédures

Dans la décision 04-D-33, le Conseil a rejeté la demande de la saisissante tendant au versement au dossier de pièces issues d'une saisine émanant d'une autre société, concernant des faits pouvant présenter un lien avec ceux qu'elle avait dénoncés. Le rapporteur général n'avait pas fait usage, en l'espèce, de la faculté qui lui est offerte par l'article 31 du décret du 30 avril 2002. Le Conseil a considéré que les éléments invoqués par la société saisissante ne révélaient pas l'existence d'un lien suffisant entre les deux procédures pour prononcer la jonction.

L'expertise

Dans la décision 04-D-79, le Conseil a rejeté le moyen par lequel il était soutenu que le rapport d'expertise devait être annulé dès lors que la mission confiée à l'expert par le rapporteur général différait de celle sollicitée par le Conseil dans sa décision de sursis à statuer et qu'en outre, le rapporteur avait redéfini la mission d'expertise au cours de deux réunions non contradictoires avec l'expert. En l'espèce, dans une première décision, le Conseil avait décidé de surseoir à statuer, estimant que les éléments recueillis ne permettaient pas de l'éclairer complètement sur les pratiques dénoncées. Cette décision qui n'évoquait pas le recours à un expert, ne pouvait donc être considérée comme définissant la mission de ce dernier. Par suite, conformément aux dispositions de l'article L. 463-8 du Code de commerce et de l'article 41 du décret du 30 avril 2002, à la demande du rapporteur, le rapporteur général avait décidé de faire procéder à une expertise. Compte tenu du

désaccord entre les parties sur plusieurs points, l'expert avait demandé l'avis du rapporteur. Le Conseil a estimé que la décision du rapporteur général de faire appel à un expert n'avait pas pour effet de priver le rapporteur des pouvoirs d'instruction et d'enquête qui lui sont conférés par l'article L. 450-1 du Code de commerce et qui incluent la possibilité de se faire décrire par l'expert l'état d'avancement de sa mission et les difficultés rencontrées. En l'espèce, c'était « *l'avis* » du rapporteur qui avait été sollicité, et ce dernier s'était borné à donner sa position et à informer l'expert de sa proposition de limiter son examen à certains éléments, option qui avait été, au demeurant, envisagée dans la décision de sursis à statuer et dans la lettre de mission de l'expert. Il ne pouvait donc être soutenu que la mission de l'expert avait été redéfinie au cours de ces réunions. En outre, le caractère contradictoire du déroulement des opérations d'expertise n'imposait pas que les parties soient présentes lors de toutes les réunions tenues par l'expert avec l'une ou l'autre des parties, ou avec le rapporteur, mais qu'elles en soient informées et aient été mises en mesure de donner leur position.

La notification des griefs

• Sur la notification « aux ministres intéressés »

Le Conseil a rappelé, dans la décision 04-D-01, que selon la jurisprudence de la cour d'appel de Paris et de la Cour de Cassation, il convenait d'interpréter strictement la notion de « *ministre intéressé* ». Ainsi, de façon constante, le département ministériel intéressé s'entend de celui qui est chargé d'appliquer un texte dont dépend la solution d'un litige.

Il a précisé dans la décision 04-D-49, que la notification au ministre intéressé ne s'impose, à peine de nullité de la procédure, que lorsqu'il apparaît que le ministre est intervenu pour apprécier, favoriser ou condamner les pratiques examinées par le Conseil ou que son avis est indispensable pour justifier du progrès économique ou pour permettre au Conseil de porter une appréciation sur la licéité ou l'effet des pratiques litigieuses (CA de Paris, 22 janvier 2002, chambre syndicale de la répartition pharmaceutique).

• Sur la transmission de la notification de griefs au médiateur du cinéma

Le médiateur du cinéma ne figure pas au nombre des destinataires de la notification de griefs (et du rapport), énumérés à l'article L. 463-2 du Code de commerce (04-D-44).

• Sur l'abandon de griefs initialement notifiés et la notification de griefs complémentaires

Dans la décision 04-D-48, le Conseil a reçu en partie les moyens par lesquels était mise en cause la validité d'une notification complémentaire et du rapport qui l'avait suivie. Il était soutenu que la notification de griefs complémentaire, justifiée par le rapporteur par des « *évolutions jurisprudentielles* » l'ayant amené à procéder à une nouvelle analyse des faits et à mettre en cause d'autres entreprises, ne précisait pas la nature exacte de ces évolutions jurisprudentielles, ce qui avait empêché les sociétés d'assurer leur défense. En outre, alors qu'il avait été indiqué que la notification complémentaire se substituait à la notification initiale et que les observations formulées

par le commissaire du Gouvernement et la société en cause en réponse à la notification initiale seraient retirées du dossier, elles avaient néanmoins été annexées au rapport. La réintroduction implicite du grief initial au stade du rapport ainsi opéré avait induit les parties en erreur et violé le principe du déroulement loyal de la procédure, selon lequel la partie mise en cause doit pouvoir être informée de l'accusation portée contre elle. De plus, il était contesté au rapporteur et au rapporteur général la compétence pour retirer du dossier les observations formulées à la suite de la première notification, au regard du principe de séparation des organes d'instruction et de jugement.

Se référant à l'article 36 du décret du 30 avril 2002 (« *le rapport soumet à la décision du Conseil de la concurrence une analyse des faits et de l'ensemble des griefs notifiés* »), le Conseil a estimé que ni le rapporteur ni le rapporteur général ne pouvaient annuler un grief notifié. La formule « *annule et remplace* » employée dans la notification de griefs complémentaire était donc impropre et ne correspondait pas à la procédure mise en œuvre dans les faits. En effet, les prescriptions de l'article 36 du décret précité avaient bien été respectées puisque le grief notifié complémentairement contenait l'énonciation des pratiques ayant fait l'objet du grief initial et le mémoire adressé en réponse à la notification complémentaire de griefs répondait aussi à la notification initiale. Ce mémoire avait été annexé au rapport et dans son mémoire en réponse au rapport et lors de la séance, la société avait fait valoir ses observations sur le grief initial et les griefs complémentaires.

Le Conseil a rappelé en outre, que l'article L. 463-2 du Code de commerce ne lui faisait pas obligation de dénoncer simultanément tous les griefs retenus (CA Paris, 19 septembre 1990, société Herlicq et autres). Il est loisible de procéder à une notification complémentaire de griefs sans porter atteinte aux droits de la défense à la condition que, comme en l'espèce, cette formalité soit accompagnée de toutes les garanties prévues par cet article pour permettre un déroulement contradictoire de la procédure. La notification de griefs initiale, la notification de griefs complémentaires et la communication du rapport avaient permis à la société de prendre connaissance de l'ensemble des faits et qualifications qui lui étaient opposés et elle avait disposé des délais prescrits pour y répondre.

- **Sur les destinataires de la notification de griefs**

Dans la décision 04-D-48, le Conseil a écarté le moyen par lequel la société France Télécom soutenait que le refus du rapporteur de notifier également les griefs à sa filiale de téléphonie mobile Orange France n'avait pas permis à cette dernière d'assurer pleinement sa défense. En effet, le principe du caractère contradictoire de la procédure devant le Conseil (article L. 463-1 du Code de commerce) impose que le Conseil ne se prononce que sur des griefs régulièrement notifiés à l'entreprise à laquelle ils doivent être imputés (en ce sens, CA Paris, 4 juillet 1990, société Razel). En conséquence, les droits à la défense de la société Orange France, non destinataire des griefs, ne pouvaient avoir été lésés puisqu'elle ne pouvait être mise en cause dans le cadre de la présente procédure. Par ailleurs, France Télécom ne démontrait pas en quoi le refus d'attraire sa filiale dans la procédure avait pu nuire à l'exercice de ses droits de la défense. (Voir *infra* « Imputabilité des pratiques »).

Le rapport

- **Les annexes du rapport**

Le fait que le rapporteur ait omis d'annexer à son rapport des pièces sur lesquelles il a fondé son analyse ne saurait constituer une atteinte au principe du contradictoire, dès lors que ces pièces sont reproduites en photocopie dans le rapport d'enquête administrative annexé à la notification des griefs, qu'elles sont évoquées de façon détaillée dans la notification des griefs, que la société ne justifie pas que la situation dénoncée l'ait empêchée de présenter sa défense et enfin que le dossier a été ouvert à la consultation des parties et l'ensemble des pièces discutées contradictoirement (04-D-01).

Dans la décision 04-D-18 [16], le Conseil a décidé que le fait que ne figuraient pas dans les pièces annexées aux rapports, les demandes d'enquête adressées à l'administration, la demande de renseignements adressée par le rapporteur au ministre de l'Économie, et la lettre de la DGCCRF transmettant au Conseil le rapport administratif d'enquête complémentaire, n'entachait pas la procédure d'irrégularité. Ayant rappelé que le rapporteur se fonde sur les documents annexés au rapport et au rapport complémentaire ainsi que, le cas échéant, sur les observations faites par les intéressés dans le cadre de l'instruction de l'affaire, le Conseil a relevé que les documents en cause qui figuraient au dossier, n'avaient pas pour autant à être annexés aux rapports dès lors qu'ils ne constituaient pas des pièces sur lesquelles s'était fondé le rapporteur. Au surplus, France Télécom n'établissait pas en quoi l'absence de ces pièces au dossier avait pu lui faire grief.

La même solution a été reprise dans la décision 04-D-48. L'article L. 463-2 du Code de commerce disposant que le rapport « *est accompagné des documents sur lesquels se fonde le rapporteur et des observations faites, le cas échéant, par les intéressés* », le rapporteur n'était pas tenu d'annexer au rapport un questionnaire adressé à des opérateurs intervenant sur le marché en cause, sauf à démontrer que les réponses apportées par les intéressés ne pouvaient être analysées en l'absence de ce questionnaire. Or, aucun argument n'était avancé en ce sens par la société qui avait de plus disposé, à compter de la date de la réception de la notification de griefs complémentaires, des délais prévus à l'article L. 463-2 du Code de commerce pour accéder à l'ensemble du dossier et consulter les questionnaires incriminés.

Le défaut de signature et de datation de la notification de griefs et du rapport

Dans sa décision 04-D-01, 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 l'arrêt « *Domoservices maintenance* » de la Cour de cassation (28 janvier 2003), selon lequel la notification de griefs et le

16. Décision confirmée au fond (doublement du montant de la sanction) par arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 janvier 2005.

rapport sont suffisamment authentifiés par la mention du nom de leur auteur figurant sur la page de couverture. 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.

Sur l'erreur commise sur la dénomination des entreprises ou leur adresse

Dans la décision 04-D-25 [17], le Conseil a écarté le moyen de procédure tiré de ce que la notification de griefs avait été adressée au « *Cabinet d'architecture S.* », alors qu'à cette adresse existaient deux cabinets d'architectes distincts : celui de M. Olivier S. et celui de M. François S. En effet, une erreur matérielle portant sur la dénomination de l'entreprise ou sur son adresse est sans incidence sur la validité de la procédure, dès lors que l'entreprise concernée a répondu au grief et a pu faire valoir ses arguments (voir 99-D-50, confirmée par arrêt de la CA du 21 mars 2001). En l'espèce, s'il existait à la même adresse un autre architecte également dénommé « *S.* », c'était bien le cabinet d'architecture « *Olivier S.* », mis en cause, qui avait produit des observations en réponse à la notification de griefs.

La durée de la procédure

• Au regard des droits de la défense

Dans la décision 04-D-03, le Conseil a rappelé la jurisprudence (notamment CASS, 28 janvier 2003, CGST), selon laquelle les parties ne peuvent, au soutien de leur argumentation relative à la durée excessive de la procédure, invoquer des circonstances étrangères à celle-ci. En l'espèce, les difficultés alléguées étaient dues à des causes internes aux sociétés, tenant aux changements intervenus dans leurs directions respectives et étaient, dès lors, sans lien avec le déroulement de l'instruction et de la procédure suivie devant le Conseil. En outre, les sociétés ne démontraient pas avoir été placées dans l'impossibilité de se défendre du fait de la durée de la procédure. Le Conseil a aussi rappelé qu'en vertu de l'arrêt précité, « *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 la réparation du préjudice résultant éventuellement du délai subi* ».

Dans la décision 04-D-49, le Conseil a relevé que l'ampleur et la complexité du dossier, qui mettait en cause 48 coopératives pour des pratiques semblables par leur nature mais reposant sur des faits spécifiques à chacune d'entre elles, justifiaient la durée de la procédure. En outre, les pratiques qui présentaient, pour la plupart, un caractère continu, avaient fait l'objet de controverses persistantes et de négociations successives, de sorte que les intéressés ne pouvaient soutenir que l'écoulement du temps avait favorisé le dépérissement des

17. Décision confirmée par arrêt de la CA du 11 janvier 2005.

preuves, ni de façon plus générale, que la durée de la procédure avait porté atteinte aux droits de la défense.

De même, dans la décision 04-D-74, le Conseil a écarté le moyen par lequel il était soutenu que la longueur de la procédure avait rendu difficile la réunion des éléments nécessaires à la défense des sociétés mises en cause, et entraîné la rupture de l'égalité des armes. En effet, les intéressés excipaient de leur difficulté à retrouver dans leurs archives certaines pièces utiles pour leur défense, sans montrer en quoi l'ancienneté de ces pièces excédait les délais imposés par les règles de droit commun de conservation des documents des sociétés commerciales. Le Conseil a rappelé, à cet égard, la jurisprudence communautaire selon laquelle (*cf.* TPICE, 16 décembre 2003, affaire T-5/00 Nederlandse Federatieve Vereniging et Technische Unie BV) les entreprises sont tenues, en vertu du devoir général de prudence qui leur incombe, de veiller à la bonne conservation, en leurs livres ou archives, des éléments permettant de retracer leur activité, afin, notamment, de disposer des preuves nécessaires dans l'hypothèse d'actions judiciaires ou administratives.

Voir aussi les décisions 04-D-12, 04-D-48, 04-D-56 et 04-D-75.

Contradictoire, droits de la défense, impartialité, loyauté dans la recherche des preuves

Instruction

Dans la décision 04-D-44, le Conseil a rejeté le moyen par lequel une partie soutenait que les pièces retenues à l'appui de la notification de griefs étaient exclusivement produites par la partie adverse. Il est de jurisprudence constante que le rapporteur base sa notification de griefs et son rapport sur les faits qui lui paraissent de nature à en établir le bien-fondé. De plus, la cour d'appel de Paris a jugé (14 janvier 2003, Bouygues), que le fait que la notification de griefs et le rapport ne citent pas tous les faits et documents n'ayant pas été retenus comme indices des pratiques anticoncurrentielles, ne peut faire grief aux entreprises précitées. Celles-ci ont en effet accès à l'ensemble de la procédure et peuvent présenter des observations écrites sur la notification de griefs complémentaire et le rapport, ainsi que des observations orales lors de la séance du Conseil.

S'il est loisible au rapporteur, chargé d'instruire une affaire en application de l'article L. 450-6 du Code de commerce, de procéder à toute audition ou demande de renseignements qu'il estime nécessaire, cette faculté ne constitue cependant pas une obligation. L'absence de demande ou de relance adressée à une partie est donc sans incidence sur la régularité de la procédure (04-D-48).

Si le respect des droits de la défense et du principe de loyauté dans la recherche des preuves exige que les personnes entendues par le rapporteur dans le cadre d'une audition soient informées de l'objet de l'enquête, le rapporteur n'est pas tenu de leur communiquer les pièces de la procédure préalablement à cette audition (CA de Paris, 17 mai 1994, CERP), (04-D-49).

Procédure de contrôle de respect d'injonction

Dans la décision 04-D-18 [18] concernant l'exécution de la décision 00-MC-01, le Conseil a rejeté le moyen par lequel il était soutenu, qu'en l'absence de règle particulière dans le Code de commerce et le décret du 29 décembre 1986 concernant la procédure de contrôle du respect de ses injonctions par le Conseil, ce dernier était cependant tenu de fixer un délai minimum de deux mois pour permettre aux parties de présenter leurs observations à la suite du rapport. En l'espèce, France Télécom, qui avait bénéficié d'un premier délai de trois semaines pour prendre connaissance du rapport et préparer ses observations, puis d'un second délai de trois semaines pour prendre connaissance d'un rapport complémentaire et déposer ses observations, estimait que le principe du contradictoire n'avait pas été respecté. Le Conseil a décidé que le délai de deux mois ne s'applique qu'aux procédures contentieuses sur le fond et qu'en l'absence de dispositions expresses, il lui appartient d'estimer concrètement si le délai fixé à l'entreprise mise en cause permet de garantir le respect du principe du contradictoire et des droits de la défense, ce délai devant s'apprécier au regard de l'urgence qui s'attache au respect d'une injonction prononcée à titre de mesure conservatoire. Il a estimé, en l'espèce, que France Télécom avait bénéficié de délais amplement suffisants pour prendre connaissance des rapports qui lui avaient été notifiés et présenter ses observations.

Examen des mesures conservatoires

Voir *supra*.

Stratégie de défense des parties

L'article L. 463-1 du Code de commerce dispose que « *l'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires* ». Chaque partie doit donc disposer de la possibilité de répondre, dans des conditions équivalentes, aux moyens soulevés par la partie adverse. La décision d'une partie de ne répondre à la notification de griefs, sur un point déterminé, seulement dans son mémoire en réponse au rapport et non dans ses observations à la notification de griefs ne saurait, en tant que telle, violer le principe du contradictoire dès lors que les moyens invoqués dans ce cadre peuvent être discutés lors de la séance, sauf à prouver que ces moyens requièrent une réponse écrite (04-D-48).

Secret des affaires

Le principe du contradictoire interdisant au Conseil d'opposer des données, des faits ou des arguments à une partie alors qu'elle n'en aurait pas connaissance, le pouvoir que tient le président du Conseil de l'article L. 463-4 du Code de commerce de refuser la communication de pièces mettant en jeu le secret des affaires, ne peut être mis en œuvre 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 (04-D-34).

18. Décision confirmée au fond (doublement du montant de la sanction) par arrêt de la Cour d'appel de Paris du 11 janvier 2005.

Les décisions prises en matière de secret des affaires par le président du Conseil ne peuvent faire l'objet d'un recours qu'avec la décision sur le fond (04-MC-01).

Dans la décision 04-D-48, le Conseil a considéré comme non fondé le moyen par lequel étaient contestées des décisions de secret des affaires qui auraient soustrait du débat des éléments nécessaires à l'appréciation du fonctionnement de la concurrence sur les marchés considérés et de la réalité du dommage causé aux concurrents par les pratiques incriminées. La Cour de Cassation a en effet jugé, dans un arrêt du 14 janvier 1992, que la finalité des dispositions de l'article 23 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (devenu l'article L. 463-4 du Code de commerce) excluait tout débat contradictoire devant le président du Conseil qui doit statuer en fonction des seules observations de la partie qui l'a saisi de la demande de secret des affaires. Dès lors, une entreprise ne peut faire grief à la décision de secret des affaires d'avoir retiré du dossier un document présenté par une autre entreprise et appartenant à cette dernière.

Autorité de la chose jugée

Le rejet par un tribunal de commerce, de griefs invoqués au soutien d'une demande tendant à la cessation de pratiques et à l'octroi de dommages et intérêts, ne saurait s'imposer au Conseil de la concurrence, saisi ultérieurement des mêmes griefs, dans l'exercice de la compétence qu'il tient des dispositions du livre IV du Code de commerce pour sanctionner les pratiques anticoncurrentielles visées par ces dispositions, aux fins de sauvegarde de l'ordre public économique. Dans un arrêt du 17 mars 1998 (syndicat des pharmaciens de l'Aveyron), la Cour d'appel de Paris a en effet considéré que « *la décision rendue dans un litige opposant des particuliers est sans effet sur celle que le Conseil de la concurrence, autorité administrative indépendante investie du pouvoir de sanctionner les pratiques anticoncurrentielles, est amené à rendre dans l'exercice des fonctions qui lui sont dévolues* » (04-D-21).

Dans la décision 04-D-44, le Conseil a écarté le reproche de violation de la règle *non bis in idem* qui aurait résulté de ce que les pratiques avaient été qualifiées à la fois d'abus de position dominante et d'abus de dépendance économique. En effet, la règle *non bis in idem* s'oppose à ce qu'un même fait soit sanctionné plusieurs fois. En l'espèce, les faits avaient été examinés sous deux qualifications différentes correspondant à des éléments constitutifs distincts mais n'avaient donné lieu qu'à une seule sanction.

Voir aussi la décision 04-D-48.

Preuve des pratiques anticoncurrentielles

Impartialité des témoignages

Dans la décision 04-D-21, le Conseil a considéré que les témoignages à charge d'anciens salariés de la société mise en cause, qui, après leur licenciement, étaient devenus salariés de sociétés concurrentes, ne pouvaient suffire, à eux seuls – en l'absence de témoignages dont l'impartialité ne

pourrait être contestée, tels ceux, par exemple, de clients – à établir l'existence de la pratique anticoncurrentielle.

Valeur probatoire des indices en matière d'ententes

« *Le seul constat d'une situation pouvant relever d'un parallélisme de comportement et à l'appui de laquelle sont fournies des explications* a priori *plausibles, ne peut suffire à établir l'existence d'une entente* » (04-D-08).

Il est de jurisprudence constante, tant nationale que communautaire (CJCE, 18 septembre 2003, Volkswagen AG c/ CE), que la constatation de la mise en place d'actions anticoncurrentielles par une entreprise (s'agissant en l'espèce de pratiques prix imposés) est la preuve de son acquiescement (04-D-12).

Le brouillon d'une étude sur les perspectives d'évolution du marché, au demeurant largement antérieur à la date du lancement des appels d'offre faisant l'objet de la saisine, ne peut constituer l'indice de l'existence d'une concertation générale de répartition des appels d'offre entre les entreprises, au motif qu'il fait état de barrières à l'entrée sur le marché. De même, un tableau récapitulatif des parts de marché des titulaires des marchés attribués, ne démontre pas l'existence d'une concertation entre les entreprises concernées, dès lors que les éléments qui y figurent, concernent des marchés déjà attribués (04-D-16).

Imputabilité des pratiques

Grief notifié à des personnes physiques exerçant au sein de sociétés

Le grief d'entente avait été notifié à la fois aux commissaires-priseurs, personnes physiques, et aux personnes morales, sociétés civiles professionnelles et société à responsabilité limitée à associé unique, au sein desquelles ils exerçaient leur activité. Le Conseil a décidé que, dès lors que l'activité des commissaires-priseurs était exercée au sein d'entités économiques dont la forme juridique était une société (SCI ou EURL), les griefs devaient être imputés à ces sociétés. Les commissaires-priseurs, personnes physiques, ont en conséquence été mis hors de cause (04-D-56).

Transformation de l'entreprise

Dans la décision 04-D-26 [19], le Conseil a écarté l'argumentation développée par l'Établissement français du sang (EFS) – organisme créé par la loi n° 98-535 du 1er juillet 1998 pour se substituer aux différents établissements français de transfusion sanguine – selon laquelle les pratiques mises en œuvre par l'établissement de transfusion sanguine « GIP Champagne-Ardenne » (GIPCA) ne pouvaient lui être imputées, dès lors que le GIPCA avait été dissous et n'avait plus d'existence juridique et que, selon la convention conclue entre l'EFS et le GIPCA conformément à la loi précitée, l'EFS s'était obligé aux dettes qui résulteraient des activités du GIPCA, mais « *à l'exception des*

19. Décision confirmée par arrêt de la CA du 25 janvier 2005.

engagements résultant d'une fraude ou d'une faute intentionnelle imputable au GIP "Champagne-Ardenne". Faisant application de la jurisprudence Enichem du TPI (17 décembre 1991), depuis reprise par la cour d'appel (27 novembre 2001, Caisse nationale du Crédit agricole) et la Cour de cassation (23 juin 2004, BNP Paribas), le Conseil considère 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 (*i. e.* à la personne morale qui a reçu les droits et obligations de la personne auteur des pratiques), et si aucune autre personne n'a reçu transmission de ses droits et obligations, à l'entreprise qui assure, en fait, sa continuité économique et fonctionnelle. Au cas d'espèce, l'EFS, en application de la loi du 1er juillet 1998 et de la convention conclue avec le GIPCA, avait repris l'ensemble des biens, droits et obligations, créances et dettes de ce GIP, ainsi que l'ensemble de ses activités et de son personnel, de sorte qu'il assurait en droit et en fait sa continuité. Le Conseil a retenu en outre, que la disposition de la convention écartant la responsabilité de l'EFS pour les dettes résultant d'une faute intentionnelle ou d'une fraude du GIPCA était inapplicable, dès lors que la constatation et la sanction éventuelle de pratiques anticoncurrentielles n'imposent nullement la démonstration de comportements frauduleux ou d'une faute intentionnelle impliquant la volonté de nuire, mais seulement de comportements ayant pour objet ou pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur un marché. On retiendra toutefois que, dans son arrêt confirmatif du 25 janvier 2005, la Cour d'appel a jugé ce dernier motif non pertinent, estimant que les pratiques en cause, ayant été commises volontairement, revêtaient nécessairement un caractère fautif au sens de la convention invoquée par l'EFS.

Lorsque l'entreprise responsable des pratiques anticoncurrentielles a été absorbée et est devenue un établissement secondaire de l'entreprise absorbante, dépourvue de toute autonomie commerciale, cette dernière doit répondre des pratiques prohibées (04-D-43).

Voir aussi la décision 04-D-75.

Procédure collective

En cas de jugement ordonnant la liquidation judiciaire, l'article 1844-7-7° du Code civil dispose que la société « *prend fin* ». Les alinéas 1er et 3 de l'article 1844-8 du même code prévoient respectivement que « *la dissolution de la société entraîne sa liquidation* [...] » et que la personnalité morale de la société subsiste pour les besoins de sa liquidation jusqu'à la publication de la clôture de celle-ci. C'est donc à la société que, jusqu'à cette date, doivent être imputées les pratiques. Néanmoins, il n'y a pas lieu de prononcer de sanction pécuniaire à l'encontre de sociétés faisant l'objet d'une procédure collective (04-D-03 et 04-D-15).

Imputabilité entre société mère et filiale

Dans la décision 04-D-22, le Conseil a repoussé l'argumentation de France Télécom qui soutenait que les griefs auraient dû être notifiés exclusivement à

France Télécom Mobiles, entité autonome au sein du groupe France Télécom. Après avoir rappelé la jurisprudence du TPI (*Enichem Anic Spa* et *All Weather Sports Benelux BV*) selon laquelle la personne physique ou morale, responsable de l'exploitation de l'entreprise au moment où les pratiques ont été commises doit répondre de celles-ci, le Conseil a relevé qu'au moment des faits, France Télécom et France Télécom Mobiles constituaient une seule et même entreprise, les activités « *mobile* » de France Télécom étant alors exercées au sein de France Télécom sous la marque *Itinéris*, au sein d'une division dénommée « *France Télécom Mobiles* », dépourvue de personnalité morale et qui n'était devenue une filiale de l'entreprise que postérieurement aux faits. Si le critère d'autonomie peut conduire à exonérer une société de la responsabilité qu'elle est susceptible d'encourir du fait des pratiques imputables à ses démembrements, structures locales ou filiales, la Cour de Cassation (notamment *Entreprise industrielle*, 3 mai 1995 ; *Colas*, 4 juin 1996 ; *Spie Batignolles* et *GTIE*, 14 mars 1997) a toutefois précisé que la charge de la preuve incombait à la structure qui invoque cette cause d'exonération et jugé que, pour constituer une entreprise apte à assumer les conséquences de ses agissements au regard du droit de la concurrence, la structure locale devait disposer d'une autonomie lui permettant de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique et de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège social.

En l'espèce, si la séparation comptable entre les diverses activités de l'opérateur historique avait été imposée afin de garantir une allocation transparente des coûts entre les activités sous monopole et les activités en concurrence et de permettre un contrôle du respect par ce même opérateur des règles de concurrence, elle ne garantissait pas l'autonomie de la politique commerciale des divisions concernées. De même, le fait que les tarifs des communications mobiles n'étaient pas soumis à homologation s'expliquait par les conditions de concurrence qui prévalaient sur le marché des télécommunications mobiles et non par l'autonomie de la division concernée. Enfin, le fait que les activités fixes et mobiles faisaient l'objet d'autorisations distinctes ne démontrait pas que les titulaires de ces autorisations étaient autonomes. Par ailleurs, une entité économique ne constitue une entreprise que si ses organes dirigeants sont à même de déterminer librement une stratégie industrielle, financière et commerciale pleinement autonome. Or, France Télécom et France Télécom Mobiles ne démontraient pas que les organes dirigeants de France Télécom Mobiles disposaient d'une telle liberté, dès lors notamment que les décisions concernant l'ensemble du groupe étaient prises de façon centralisée par un comité exécutif, organe de direction réunissant le président et les directeurs des divisions. En outre, les modalités du partage des responsabilités entre France Télécom et France Télécom Mobiles dans la mise en œuvre de l'offre mise en cause, illustraient l'absence d'autonomie de cette division et le responsable Marketing de France Télécom avait, de fait, reconnu avoir donné son accord préalablement à la commercialisation de l'offre par France Télécom Mobiles. La division de téléphonie mobile de France Télécom n'était donc pas, à l'époque des faits, une entité autonome à laquelle il y avait lieu de notifier les griefs.

Dans la décision 04-D-32, le Conseil, faisant application d'une jurisprudence constante, tant communautaire (CJCE, 21 février 1973, Europemballage

Corporation, Continental Can) que nationale (notamment, 00-D-50 et 00-D-67), a mis hors de cause les filiales du groupe Decaux qui avaient mis en œuvre la plupart des pratiques et auxquelles des griefs avaient été notifiés, et n'a imputé les pratiques qu'à la société mère du groupe. Il a été constaté en effet que ces filiales ne présentaient aucune autonomie par rapport à la maison mère, formant avec celle-ci une seule unité économique, soit une entreprise au sens du droit de la concurrence. L'absence d'autonomie des sociétés du groupe résultait, notamment, des liens financiers existant entre elles, de la présence d'administrateurs et de dirigeants communs dans leurs organes de direction, le plus souvent des membres de la famille Decaux, ainsi que des liens économiques et structurels qui les unissaient (même siège social, activités complémentaires indissociables). Cette complémentarité économique et commerciale se traduisait par des conventions « *horizontales* » et « *verticales* » entre les différentes filiales ainsi qu'entre la maison mère et ses filiales. Les pratiques nécessitaient l'action de toutes les filiales dans un mouvement coordonné par la maison mère.

En revanche, le Conseil a écarté l'argumentation selon laquelle, la notification de griefs, en ne précisant pas la responsabilité individuelle de chacune des sociétés du groupe, avait méconnu le principe de la personnalité des peines en imputant à chaque société l'ensemble des pratiques et porté atteinte aux droits de la défense.

Dans la décision 04-D-48, le Conseil a eu à se prononcer sur la question de l'imputabilité de pratiques de ciseau tarifaire dénoncées par l'association professionnelle TENOR. Celles-ci consistaient en la fourniture par les opérateurs France Télécom et Cegetel, d'offres de détail « *fixe vers mobile* » qui ne couvraient pas les coûts variables encourus pour la fourniture de ces prestations, dont la charge de terminaison d'appel (CTA) fixée par leur branche de téléphonie mobile respective, France Télécom Mobiles (ci-après FTM) – devenue Orange – et SFR. La pratique a été imputée à France Télécom et non à sa branche de téléphonie mobile. En effet, FTM et France Télécom constituaient, au moment des faits, une seule et même entreprise, FTM, simple division de téléphonie mobile, étant dépourvue de personnalité morale et d'autonomie. Le Conseil a rappelé à cet égard plusieurs de ses décisions concernant l'opérateur (95-D-66, 01-D-46, 04-D-22) ainsi que la jurisprudence de la Cour de Cassation (notamment, 14 mars 1997, Spie Batignolles et GTIE) selon laquelle une entité dépourvue de la personnalité juridique constitue une entreprise lorsqu'elle dispose d'une autonomie lui permettant de définir sa propre stratégie commerciale, financière et technique et de s'affranchir du contrôle hiérarchique du siège social. La filialisation de FTM en 2000 ne lui avait pas permis d'acquérir une autonomie suffisante en matière de politique commerciale vis-à-vis de France Télécom. Or, le droit de la concurrence s'applique aux entreprises et non aux sociétés dotées d'une personnalité juridique, le terme d'entreprise pouvant désigner tous les opérateurs économiques qui exercent une activité commerciale et qui interviennent sur un marché, qu'ils soient constitués sous forme de société ou non, et qui disposent d'une autonomie suffisante pour décider de participer à la mise en œuvre d'une pratique anticoncurrentielle. S'agissant de filiales juridiquement distinctes, la CJCE, dans un arrêt du 21 février 1973, (Europemballage Corporation, Continental Can) a jugé que « *la circonstance*

que la filiale a une personnalité juridique distincte ne suffit pas à écarter la possibilité que son comportement soit imputé à la société mère ; que tel peut être le cas lorsque la filiale ne détermine pas de façon autonome son comportement sur le marché mais applique pour l'essentiel les instructions qui lui sont imparties par la maison mère [...] ». En l'espèce, la pratique de ciseau entre le prix de services fournis par la mère et celui de ceux fournis par la filiale suppose nécessairement la coordination des deux prix, laquelle ne peut être mise en œuvre que par la mère. Au surplus, des éléments postérieurs au rattachement de FTM au groupe Orange suggéraient que l'autonomie d'Orange France était restée relative. Ainsi, une convention signée entre France Télécom et Orange prévoyait que la politique financière de la filiale devrait être menée en étroite collaboration avec la maison mère.

S'agissant de Cegetel, le Conseil a relevé que le degré d'intégration du groupe était très poussé. Il ressortait de plus des éléments du dossier que la pratique de ciseau relevée était une pratique coordonnée entre les sociétés Cegetel et SFR, prenant son sens parce qu'elles étaient deux filiales du même groupe. La pratique a donc été imputée à la maison mère du groupe, à l'époque des faits, Cegetel Groupe, devenue SFR à la suite d'une restructuration.

Voir aussi les décisions 04-D-42 et 04-D-56 (absence de démonstration de l'autonomie d'un établissement) et à l'inverse la décision 04-D-44 (reconnaissance par le Conseil de l'autonomie d'une société à laquelle des pratiques prohibées peuvent donc être imputées).

Amnistie des pratiques

Aux termes de la loi d'amnistie du 6 août 2002, « *sont amnistiés les faits commis avant le 17 mai 2002 en tant qu'ils constituent des fautes passibles de sanctions disciplinaires et professionnelles* ». Or, le Conseil de la concurrence ne prononce ni des sanctions disciplinaires ni des sanctions professionnelles. Les sanctions pécuniaires prévues à l'article L. 464-2 du Code de commerce n'étant pas visées par la loi d'amnistie, les dispositions de ce texte sont inapplicables aux pratiques visées par la notification de griefs (04-D-25). [20]

■ 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.

20. Décision confirmée par arrêt de la CA du 11 janvier 2005.

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 cette année dans une affaire relative au secteur des lessives industrielles (04-D-28).

La délimitation du marché pertinent doit procéder de l'examen des caractéristiques objectives du produit en cause mais aussi des conditions de concurrence et de structure de la demande et de l'offre (04-D-66). Ainsi par exemple, dans une affaire relative au secteur du transport maritime de passagers, le Conseil distingue la basse saison, période au cours de laquelle une régie est la seule à assurer le transport et la saison estivale, période au cours de laquelle les compagnies privées proposent également une offre de transport des passagers (04-D-79).

Le Conseil a rappelé cette année, dans une affaire relative au secteur des télécommunications, que la définition du marché pertinent pouvait varier au fil du temps, à mesure que les caractéristiques des produits et des services évoluent et que les possibilités de substitution, du côté de la demande ou de l'offre, se modifient (04-D-48).

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.

S'agissant de la détermination du marché pertinent dans le cadre du contrôle des concentrations, le lecteur est invité à se reporter aux développements consacrés à cette notion au chapitre relatif aux concentrations *infra*.

Le marché pertinent de produit ou de service

Comme il apparaît dans la définition du marché pertinent donnée *supra*, 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 l'apprécie de façon qualitative en prenant en compte un faisceau d'indices convergents, et non un seul élément.

La demande

Dans une affaire relative à la téléphonie mobile dans les Caraïbes, le Conseil a rappelé que se situent sur un même marché les produits et services dont on peut raisonnablement penser que les demandeurs les regardent comme des moyens alternatifs entre lesquels ils peuvent arbitrer pour satisfaire une même demande (04-MC-02).

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 finals), 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 des annonces publicitaires, le Conseil a considéré que le marché pertinent était le marché des espaces publicitaires pour les établissements d'enseignement privé dans la presse spécialisée, constitué par la rencontre entre la demande d'insertions publicitaires émanant des établissements d'enseignement privés et l'offre de supports publicitaires des magazines destinés aux parents d'élèves (04-D-14).

Le Conseil a confirmé son analyse du comportement de la demande et de ses besoins dans les affaires relatives au secteur des pompes funèbres. Il a 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 de prestations de pompes funèbres (04-D-21 et 04-D-70).

Dans une affaire relative au secteur du mobilier urbain, le Conseil a confirmé que la demande pour le mobilier urbain publicitaire différait de celle pour le mobilier urbain non publicitaire, seules les collectivités locales, à l'exclusion des annonceurs, ayant une utilité pour le second (04-D-32).

Dans une affaire relative au secteur des télécommunications, le Conseil a distingué, sur le marché de l'acheminement du trafic *fixe vers mobile*, la demande des particuliers et celle des entreprises, l'attention portée aux factures, les possibilités techniques et les réactions aux conditions et prix offerts étant différentes. Sur le marché de l'acheminement du trafic *fixe vers mobile des entreprises*, le Conseil opère une segmentation en distinguant la clientèle des entreprises de taille moyenne de celle des grands comptes, ces derniers bénéficiant de solutions techniques et commerciales leur permettant d'abaisser le coût de leurs appels *fixes vers mobiles* (04-D-48).

Dans une affaire relative au secteur de la presse, le Conseil a confirmé l'existence de marchés différents s'agissant du lectorat, de la publicité et des petites annonces (04-D-56).

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

(04-D-01 ; 04-D-03 ; 04-D-04 ; 04-D-08 ; 04-D-15 ; 04-D-16 ; 04-D-20 ; 04-D-25 ; 04-D-30 ; 04-D-42 ; 04-D-43 ; 04-D-50 ; 04-D-57 ; 04-D-58).

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.

Dans une affaire relative au secteur de la boulangerie, le Conseil a défini comme un marché pertinent, la production et la commercialisation artisanales de la baguette de 250 grammes, considérée comme le produit le plus représentatif par le consommateur (04-D-07).

Dans une affaire relative au secteur du fromage à pâte persillée, le Conseil a distingué le roquefort des autres fromages à pâte persillée (et notamment de ceux à base de lait de vache), son goût étant plus fort et plus typé (04-D-13).

Le produit ou le service

La nature ou la fonction organique d'un produit, ses caractéristiques physiques et matérielles

Dans une affaire relative au secteur des spécialités pharmaceutiques, le Conseil a indiqué qu'en raison de l'absence de substituts aux médicaments (du fait de leurs indications thérapeutiques et propriétés pharmacologiques) et de l'impossibilité pour le grossiste-répartiteur de substituer un médicament à un autre, l'approvisionnement des grossistes-répartiteurs en chacune des spécialités pharmaceutiques protégées par un brevet, constitue un marché pertinent sur lequel le fabricant est en position dominante (04-D-05).

Dans une affaire relative au secteur des supports pédagogiques pour auto-écoles, le Conseil a défini un marché spécifique correspondant aux boîtiers et correctrices permettant de simuler les conditions du nouvel examen théorique du permis de conduire mis en place en 1997, la demande des auto-écoles ne pouvant être satisfaite que par des produits très proches du dispositif officiel Euclide (04-D-09).

Dans une affaire relative au secteur de l'exploitation de salles de cinéma, le Conseil a confirmé que le marché de l'exploitation des salles de cinéma se divise en trois sous-marchés, selon les œuvres diffusées : la première diffusion de films non classés « *X* », la diffusion des films classés « *X* » et la diffusion des films en reprise ou en continuation et des œuvres de recherche (04-D-10).

Dans une affaire relative au secteur de la distribution d'articles de sport et de loisirs, le Conseil a retenu un marché pertinent de la raquette à neige, les caractéristiques techniques des raquettes à neige leur conférant une accroche sur la neige et un confort d'utilisation les rendant, du point de vue des utilisateurs, non substituables à d'autres équipements de promenades / randonnées sur neige (04-D-12).

Dans une affaire relative au secteur des produits sanguins à usage non thérapeutique, le Conseil a considéré qu'il existait un marché des produits sanguins

bruts à usage non thérapeutique prélevés sur des donneurs présentant des garanties virologiques importantes (risque hépatite et SIDA faible) et un standard biologique moyen. Le Conseil a retenu à cet égard la rareté des donneurs ainsi que les conditions particulièrement strictes de prévention, de sélection et de prélèvement requises dans le cahier des charges par les clients de la société Reims Bio (04-D-26).

Dans une affaire relative au secteur des liaisons maritimes, le Conseil s'est appuyé sur l'analyse de la Commission européenne et a estimé que, pour délimiter les marchés dans le secteur du transport maritime ou aérien, chaque combinaison point d'origine / point de destination devait être considérée comme un marché distinct du point de vue du client. Le Conseil n'a donc pas distingué chaque port et a cherché à déterminer les liaisons au départ de différents ports, suffisamment substituables du point de vue des passagers, notamment en fonction de la proximité géographique, ainsi que du temps et du confort de traversée (04-D-79).

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.

Dans une affaire relative au secteur des lessives industrielles, le Conseil a défini le marché pertinent comme celui de la lessive industrielle liquide, en poudre dense et pâte. Il a considéré que la fonction et l'utilisation de la lessive industrielle en poudre dense étaient différentes de celles en poudre atomisée : la poudre dense (ainsi que la lessive liquide et les pâtes) est utilisée par les industriels pour de grandes quantités de linge (dans des laveuses essoreuses d'une contenance de 50 kg et plus) alors que la poudre atomisée est destinée à des machines de taille plus réduite (04-D-28).

Dans une affaire relative au secteur de l'édition des images de collection pour enfants, le Conseil a distingué celles-ci des autres produits ludiques destinés aux enfants, notamment parce qu'elles relèvent d'une dynamique de collection et parce qu'elles servent de support à d'autres pratiques ludiques chez l'enfant, à base de jeux fondés sur le hasard, l'échange, le pari et le troc, les distinguant des jouets traditionnels et d'autres démarches de collection (04-D-55).

Dans une affaire relative au secteur de la presse, le Conseil a confirmé l'existence de marchés pertinents différents s'agissant du lectorat, de la publicité et des petites annonces (04-D-56). De même, dans une affaire relative à la distribution de la presse, il a confirmé que la vente au numéro formait un marché distinct de la vente par abonnement (04-D-38).

Les différences de prix

Un écart de prix substantiel durable entre différents produits peut être un indice de non substituabilité entre ces derniers et donc de non-appartenance au même marché.

Dans une affaire relative au secteur des fromages à pâte persillée, le Conseil a considéré que l'on pouvait notamment établir l'existence d'un marché pertinent du roquefort du fait qu'un écart de prix substantiel par rapport aux autres fromages à pâte persillée n'avait pas conduit les consommateurs à se détourner du roquefort au profit des bleus (04-D-13).

Dans une affaire relative au secteur des télécommunications, le Conseil a considéré qu'à l'époque des faits l'écart de prix qui subsistait entre la téléphonie fixe et la téléphonie mobile expliquait la faible substituabilité entre ces deux types de services, le coût de l'utilisation d'un portable restant encore sensiblement supérieur à celui d'une ligne fixe (04-D-22).

Dans une affaire relative au secteur du mobilier urbain, le Conseil a confirmé que le marché du mobilier urbain publicitaire différait de celui du mobilier urbain non publicitaire en s'appuyant notamment sur les différences dans les modalités de financement. Alors que le mobilier urbain publicitaire est le plus souvent mis gratuitement à la disposition des collectivités locales en contrepartie de l'autorisation donnée à l'entreprise contractante d'exploiter à des fins commerciales les supports qu'ils constituent, l'installation du mobilier urbain non publicitaire implique pour les collectivités l'acceptation d'en supporter le coût de location ou d'acquisition (04-D-32).

Dans deux affaires relatives au secteur des liaisons maritimes, le Conseil s'est notamment appuyé sur les différences ou les similitudes de tarifs pour considérer que les liaisons au départ de différents ports étaient ou non substituables du point de vue des passagers (04-D-79).

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.

Dans une affaire relative au secteur des fromages à pâte persillée, le Conseil a considéré que l'on pouvait établir l'existence d'un marché pertinent du roquefort, en tenant notamment compte du fait que ce fromage bénéficie d'une appellation d'origine contrôlée et d'une appellation d'origine protégée (04-D-13). Le Conseil a procédé à une appréciation similaire dans une affaire relative au secteur des vins doux naturels, s'agissant de l'appellation d'origine contrôlée Rivesaltes (04-D-35).

Dans une affaire relative au secteur des télécommunications, le Conseil a considéré qu'à l'époque des faits examinés, une distinction devait être faite entre le marché de la téléphonie fixe d'une part et celui de la téléphonie mobile d'autre part, en raison notamment du fait de l'existence de contraintes réglementaires différentes et de l'ouverture récente du marché de la téléphonie fixe à la concurrence (04-D-22).

L'offre

Les caractéristiques de l'offre

Les caractéristiques de l'offre peuvent influer sur la substituabilité de l'offre (*cf.* ci-dessous) mais aussi sur le comportement des demandeurs, et donc sur la substituabilité des produits du point de vue de la demande.

Dans une affaire relative au secteur des fromages à pâte persillée, le Conseil a considéré que l'on pouvait notamment déduire l'existence d'un marché pertinent du roquefort, de la stratégie commerciale des offreurs présentant le roquefort comme un fromage haut de gamme (04-D-13).

Dans une affaire relative au secteur des lessives industrielles, le Conseil a relevé que les fabricants de lessive adoptaient des stratégies de différenciation de l'offre des poudres denses et atomisées, le conditionnement et le mode de commercialisation de chacune étant différents, pour en conclure que le marché pertinent était celui de la lessive industrielle liquide, en poudre dense et pâte (04-D-28).

Dans une affaire relative au secteur des télécommunications, le Conseil a considéré que, sur le marché de la téléphonie fixe vers mobile des entreprises, la segmentation entre entreprises moyennes et grands comptes était justifiée par le fait que, pour servir la clientèle des grands comptes, un opérateur devait disposer d'une importante force commerciale, être en mesure d'offrir une large gamme de services de télécommunications et de déployer des infrastructures de commutation, surtout de boucle locale, permettant de s'abstraire des conditions d'interconnexion de France Télécom (04-D-48).

La substituabilité de l'offre

Le Conseil s'appuie rarement sur des caractéristiques relatives à l'offre, qui ne peuvent être qu'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. Ce type d'indice n'a pas été retenu par le Conseil en 2004.

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.

Dans une affaire relative à la téléphonie mobile dans les Caraïbes, le Conseil a rappelé qu'un marché géographique pertinent comprend le territoire sur lequel les entreprises concernées sont engagées dans l'offre de biens et services en cause et sur lequel les conditions de concurrence sont suffisamment homogènes et qu'il ne comprend pas les zones géographiques voisines, dès lors que les conditions de concurrence y diffèrent de manière appréciable (04-MC-02).

Dimension nationale

La dimension nationale d'un marché peut résulter de l'existence d'une réglementation nationale spécifique. Il en a été ainsi dans une affaire relative au secteur des supports pédagogiques pour auto-écoles, l'examen théorique du permis de conduire simulé étant l'examen national français (04-D-09).

Il en est de même dans les cas où des entreprises détiennent des monopoles nationaux d'origine légale, au moins sur une partie du marché de produit en cause (04-D-02).

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. C'est le cas dans une affaire relative au secteur de la distribution d'articles de sport et loisirs, s'agissant du marché de la raquette à neige (04-D-12). C'est également le cas dans une affaire relative au secteur des fromages à pâte persillée, s'agissant du roquefort (04-D-13), dans une affaire relative au secteur des lessives industrielles (04-D-28), ainsi que dans une affaire relative au mobilier urbain (04-D-32).

Le Conseil a par ailleurs confirmé que, dans les affaires relatives au secteur des télécommunications, le marché géographique pertinent était national (04-D-22 ; 04-D-48).

C'est également au regard des caractéristiques de la demande que le marché est délimité géographiquement. Ainsi, dans une affaire relative au secteur de produits sanguins à usage non thérapeutique, si l'offre de produits sanguins bruts à usage non thérapeutique prélevés sur des donneurs présentant des garanties virologiques importantes (risque hépatite et SIDA faible) et un standard biologique moyen est circonscrite à des établissements sanguins titulaires de monopoles régionaux en Champagne-Ardenne et Alsace-Lorraine, la demande nationale de ces produits fait que le marché géographique pertinent est national (04-D-26).

Dimension régionale ou locale

La zone de chalandise

La détermination des zones de chalandise est effectuée en fonction de plusieurs critères, dont les temps de déplacement des clients, les voies de communication existantes et la qualité de leur desserte ou encore l'attractivité des points de vente. La distance que sont prêts à parcourir les clients est donc un élément important dans la détermination du marché géographique pertinent.

Ainsi, dans une affaire relative au secteur de l'exploitation des salles de cinéma, le Conseil a considéré que le marché à prendre en compte était plus réduit que le marché national car l'utilisation effective des cartes d'abonnement est locale malgré leur validité nationale, la fréquentation des salles de cinéma étant le fait d'une clientèle de proximité (04-D-10).

Le Conseil a également eu cette année à connaître de la délimitation géographique de plusieurs marchés des prestations funéraires. Il a confirmé que, malgré la suppression des restrictions au libre choix des familles, 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. Il a ainsi été amené à définir un marché géographique pertinent s'étendant au territoire délimité par les 55 communes adhérentes à la Société anonyme d'économie mixte des pompes funèbres intercommunales (04-D-21). Dans sa décision 04-D-70, il a de même limité le marché géographique pertinent au bassin de population entourant la ville « *centre* » de Saint-Germain-en-Laye, soit les communes de Saint-Germain-en-Laye, Chatou, Fourqueux, Le Pecq, Le Vésinet, Louveciennes, Marly-le-Roi et Port-Marly.

Ces contraintes de distance sont aussi un critère important pour l'approvisionnement. Ainsi, dans une affaire relative au secteur de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie, le Conseil a considéré le marché géographique pertinent comme régional en s'appuyant sur une décision du 10 décembre 2003 relative à une concentration dans le secteur de l'abattage et de la découpe de porc, dans laquelle le ministre de l'Économie a relevé que les abattoirs achètent 90 % de leurs porcs vivants dans un rayon de 120 kilomètres autour de leurs installations (04-D-39).

Les particularités de la zone géographique

Les particularités d'une zone géographique donnée peuvent également amener à dégager un marché géographique pertinent distinct.

C'est par exemple le cas s'agissant des spécificités des marchés dans les départements et territoires d'Outre-Mer. Ainsi, dans une affaire relative au secteur de la distribution des films, le Conseil a considéré que, compte tenu de son éloignement et des spécificités de la distribution des films dans cette zone, la distribution des films dans les Antilles constituait un marché pertinent (04-D-44). De même, dans une affaire relative au secteur de la téléphonie mobile, le Conseil a rappelé des éléments d'analyse de son avis 04-A-17 du 14 octobre 2004 et a considéré qu'il pouvait être raisonnablement présumé que le marché de la téléphonie mobile dans les trois départements français des Caraïbes constitue un marché pertinent. Il a notamment fait état de l'éloignement géographique, de l'isolement des îles, de la spécificité des caractéristiques météorologiques, environnementales et socio-économiques de celles-ci. Il a également tenu compte du fait que les licences d'autorisation d'utilisation de fréquences GSM sont spécifiquement attribuées pour la zone regroupant les départements de Martinique, de Guadeloupe et de Guyane (04-MC-02).

De même, dans une affaire relative au secteur de la billetterie, le Conseil a retenu le marché parisien des salles de spectacle et stades comme marché pertinent. Il a considéré que les différences d'événements proposés, de prix, de capacité, d'équipements, d'image ainsi que la distinction que font les producteurs, gérants, artistes et public, entre les salles et stades parisiens et de province justifiait cette différenciation. Il a en revanche noté une substituabilité certaine, quoique imparfaite, à l'intérieur du marché parisien (04-D-66).

Enfin, cette particularité peut être déduite de la délimitation régionale précise des cibles que visent des annonceurs. Ainsi, dans une affaire relative au secteur de la presse, le Conseil a considéré que pouvait être distingué, sur les

marchés distincts du lectorat, de la publicité et des petites annonces, un marché géographique régional et départemental, les titres de la presse nationale n'étant pas substituables à la presse quotidienne régionale (et départementale) pour les annonceurs qui souhaitent faire de la publicité sur la région de Toulouse (04-D-56).

■ 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 2004, le Conseil a été conduit à se prononcer sur la plupart de ces cas de figure.

Les articles L. 464-6-1 et L. 464-6-2 du Code de commerce, dans la rédaction issue de l'article 24 de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises, permettent au Conseil d'exonérer des accords ou pratiques horizontales, quand « *la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas* [...] *10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord entre des entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ;* [...] » et quand les pratiques ne visent pas des contrats passés en application du Code des marchés publics et ne comportent pas des restrictions caractérisées de concurrence, identiques aux restrictions caractérisées énumérées au considérant 11 de la communication

relative aux accords d'importance mineure de la Commission européenne, en date du 22 décembre 2001, c'est-à-dire, notamment, celles qui imposent des prix de revente, celles qui instituent des protections territoriales absolues ou celles qui restreignent les livraisons croisées entre distributeurs.

Les groupements d'entreprises

Le Conseil de la concurrence a rappelé que la constitution, par des entreprises indépendantes et concurrentes, de groupements, 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. Si l'absence de nécessités techniques et économiques de nature à justifier ces groupements peut faire présumer de leur caractère anticoncurrentiel, elle ne suffit pas à apporter la preuve d'un tel caractère (04-D-20, 04-D-50, 04-D-57).

Le Conseil a estimé qu'une offre en groupement pouvait être justifiée, même en présence de justifications techniques contradictoires de la part des entreprises concernées, s'il apparaissait que le montant des travaux à réaliser était incertain au moment de la soumission, compte tenu de la nature des marchés à bons de commande (04-D-20).

Le Conseil a considéré que les difficultés d'établissement de prévisions de travaux dans le cadre d'un appel d'offres pour des revêtements de chaussées, liées aux matériaux mis en œuvre et aux caractéristiques des marchés à bons de commande pouvaient justifier la présentation d'une offre groupée, la déclaration isolée d'un responsable d'entreprise selon laquelle le groupement recouvrirait en fait une répartition des travaux étant insuffisante en soi pour démontrer l'existence d'un groupement anticoncurrentiel (04-D-57).

En revanche, le Conseil a considéré que des offres présentées en groupement n'étaient pas justifiées dans une décision relative au marché de l'assainissement des eaux. Le Conseil a considéré que, dans la mesure où les deux sociétés mises en cause avaient la même envergure et la même spécialisation et que chaque marché avait une dimension compatible avec la taille de chacune des entreprises, l'offre présentée en groupement ne comportait aucune justification économique ou technique sérieuse (04-D-50). Les deux marchés n'ont pas été exécutés en même temps et chacun d'eux avait une dimension compatible avec la taille de chacune des entreprises. Les deux entreprises avaient la même envergure et la même spécialisation, et aucune synergie n'avait été mise en œuvre entre elles pour la réalisation des travaux. Par ailleurs, elles se situaient géographiquement à proximité des lieux de réalisation des travaux et chacune d'elles avait pu les exécuter de manière indépendante. Enfin, il ressortait de déclarations des responsables d'entreprises que certains marchés n'intéressaient pas l'une des entreprises membre d'un groupement. Enfin, en se groupant pour soumissionner, les entreprises s'étaient réparti les marchés et avaient opéré entre elles une

compensation afin que chacune d'entre elles perçoive au final une somme équivalente pour l'exécution des travaux (04-D-50).

Les entreprises appartenant à un même groupe

Le Conseil de la concurrence a 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, les dispositions prohibant les ententes illicites ne s'appliquent pas aux accords intragroupes, 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 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, si de telles entreprises 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, ces offres ne sont plus indépendantes. Dès lors, les présenter comme telles trompe le responsable du marché sur la nature, la portée, l'étendue ou l'intensité de la concurrence et cette pratique a, en conséquence, un objet ou, potentiellement, un effet anticoncurrentiel. Il est, par ailleurs, sans incidence sur la qualification de cette pratique que le responsable du marché 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 (04-D-08, 04-D-30, 04-D-43).

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 (04-D-12, 04-A-14, 04-D-33, 04-D-55, 04-D-63, 04-D-64, 04-D-66,04-D-67, 04-D-75 et 04-D-76).

Par ailleurs, conformément à la jurisprudence communautaire, le Conseil admet le principe selon lequel des contrats d'exclusivité identiques passés entre des fournisseurs et leurs distributeurs qui, considérés 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 2004, le Conseil de la concurrence a exclu que l'effet cumulatif des contrats parallèles de location conclus entre les gérants des salles de spectacles et les organisateurs de spectacles contenant des clauses imposant la vente conjointe de la prestation de billetterie ait pu avoir des effets anticoncurrentiels par la fermeture de l'accès au marché de la billetterie. Le Conseil a en effet relevé que la part de marché des salles liées par ces clauses était de 49,2 % et que les sociétés de billetterie concurrentes n'étaient pas privées de débouchés par ces clauses, certaines ayant même considérablement étendu leurs activités de billetterie (04 D-66).

Les participants aux ententes

La nature des participants

Si dans la majorité des cas, les ententes anticoncurrentielles sont le fait de sociétés commerciales, de telles 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. Au cours de l'année 2004, le Conseil de la concurrence a ainsi été conduit à examiner des pratiques mises en œuvre par des organismes professionnels tels que le Conseil de l'ordre des architectes d'Aquitaine et l'association Architecture et Commande Publique (04-D-25), par la Fédération départementale de la Boulangerie et de la Boulangerie Pâtisserie de la Marne (04-D-07) et par l'Union nationale des coopératives agricoles d'élevage et d'insémination artificielle (UNCEIA) (04-D-49).

Le rôle des organisations et associations professionnelles

Le Conseil a confirmé en 2004 sa jurisprudence en matière de pratiques mises en œuvre par des organisations professionnelles ou des associations regroupant les acteurs d'un même secteur.

Une organisation syndicale ou un ordre professionnel, lorsqu'il sort de la mission d'information, de conseil et de défense des intérêts professionnels que la loi lui confie et qu'il intervient sur un marché, est, au sens du droit de la concurrence, une entreprise susceptible d'être sanctionnée sur le fondement de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

Ces organismes, qui réunissent plusieurs entreprises, peuvent, dans certains cas, être considérés comme le support d'une entente entre les entreprises.

Ainsi, le Conseil a réaffirmé que l'élaboration et la diffusion à l'initiative d'une organisation professionnelle de mots d'ordre ou de consignes de prix destinés à l'ensemble de ses adhérents constituent une action concertée (04-D-25 et 04-D-49.).

La Fédération départementale de la boulangerie et de la boulangerie pâtisserie de la Marne, en diffusant, lors de son assemblée générale, des consignes de prix relatives à la baguette de 250 grammes, largement diffusées

auprès des boulangers, est sortie de son rôle de défense de ses membres et s'est livrée à une pratique dont l'objet était de faire obstacle à la fixation des prix de la baguette par le jeu du marché (04-D-07).

Le Conseil a sanctionné l'ordre des architectes d'Aquitaine pour avoir élaboré des notes destinées aux architectes, très largement diffusées, leur déconseillant de se soumettre à des consultations sur leurs honoraires et pour être intervenu auprès des maîtres d'ouvrage afin qu'il ne soit pas tenu compte de la rémunération des candidats lors de la procédure de sélection des candidatures. Le Conseil a estimé qu'en ce faisant, il s'opposait à une concurrence par les prix (04-D-25).

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, antérieure 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.

- **Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres**

Le Conseil rappelle que la preuve de pratiques anticoncurrentielles peut résulter, soit de preuves se suffisant à elles-mêmes, soit d'un faisceau d'indices graves, précis et concordants, constitué par le rapprochement de divers éléments recueillis en cours d'instruction et qui, pris isolément, peuvent ne pas avoir un caractère probant (04-D-43).

S'agissant d'un appel d'offres lancé par la direction régionale des douanes de Marseille, le Conseil a sanctionné deux sociétés pour avoir échangé des informations avant le dépôt de leurs offres. Le Conseil s'est fondé sur un faisceau d'indices pour établir l'existence de cette concertation et notamment, sur le fait que les offres étaient élaborées à partir de la même structure de prix unitaire, qu'elles comportaient les mêmes ajouts inexpliqués aux mêmes endroits, qu'elles comportaient la même erreur et qu'enfin, aucune étude préalable ou visite des lieux n'avait été effectuée par les entreprises, malgré l'importance du chantier en cause (04-D-03).

Dans une affaire relative à des marchés de transport scolaire dans le département de la Haute-Corse, le Conseil a sanctionné le dépôt d'offres apparemment indépendantes de trois des quatre sociétés soumissionnaires, mais qui, en réalité, avaient été rédigées par la même personne (04-D-30).

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre du marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier, il a été reproché à la société ART d'avoir communiqué des éléments de son offre à cinq entreprises avant le dépôt des offres, ce qui a permis à ces dernières d'établir des offres de couverture en faveur d'ART (04-D-42).

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre dans le domaine de l'impression de bulletins de vote, le Conseil a sanctionné quatre entreprises qui avaient échangé des informations sur les prix qu'elles entendaient pratiquer et procédé à un alignement de leurs offres avant de les déposer auprès des services de la préfecture. Le Conseil a constaté que cette pratique avait contribué à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu du marché en favorisant artificiellement leur hausse (04-D-78).

- **Offre de couverture**

Dans la décision relative au marché de la mise en conformité électrique de la cité de la Joliette, le Conseil a considéré que la société Cardella-Cirem n'avait pu justifier d'aucune étude préalable des travaux, ni même d'aucune visite d'un responsable sur les lieux alors que ces marchés représentaient environ 30 % de son chiffre d'affaires annuel. L'ensemble de ces éléments ont conduit le Conseil à conclure que l'offre de Cardella-Cirem n'avait été qu'une offre de couverture pour son concurrent (04-D-03).

Dans une décision relative au marché de travaux d'assainissement de la commune de Pontacq, le Conseil a sanctionné quatre sociétés ayant constitué deux groupements pour s'être concertées préalablement au dépôt des offres. L'enquête a révélé qu'au sein d'un des deux groupements, une décision avait été prise pour que l'autre, très intéressée par l'obtention du marché, réalise ce marché. Le Conseil a estimé que le premier groupement avait déposé une offre de couverture et a relevé les indices suivants : les entreprises membres du groupement n'ont réalisé aucune étude pour répondre à l'appel d'offres ; ses représentants se sont contentés de recopier l'étude communiquée par le directeur de la société intéressée par l'obtention du marché ; il a par ailleurs été démontré que les sociétés avaient utilisé la même étude de prix pour établir leur offre de couverture, avec des sous-détails de prix basés sur les mêmes choix techniques que la société intéressée par le marché, ces choix ne résultant pas du dossier d'appel d'offres (profondeur moyenne des tranchées, nature du revêtement de chaussée) (04-D-08).

- **La stabilité dans la reconduction des lots**

Dans une affaire concernant les marchés publics de transports scolaires de la ville de Grasse, le Conseil a constaté que les mêmes entreprises étaient systématiquement reconduites sur les marchés 1999/2000, 2000/2001 et 2001/2002. Le Conseil disposait de preuves documentaires (déclarations, notes manuscrites) établissant des échanges d'informations avant la soumission pour le marché 2000/2001.

Le Conseil a rappelé que la stabilité dans la reconduction des lots peut résulter naturellement d'une situation d'équilibre non collusif. Il a défini un tel équilibre comme un équilibre qui s'établit au sein d'un oligopole lorsque chacun de ses membres peut adopter une ligne de conduite qui maximise son profit par une anticipation correcte du comportement des autres, équilibre qui peut se maintenir si aucun des acteurs n'a intérêt à changer unilatéralement sa stratégie.

Mais cet équilibre ne peut s'établir et perdurer que si le marché fonctionne sur un mode suffisamment stable et transparent pour que chaque opérateur puisse correctement prévoir le comportement de ses concurrents et vérifier la validité de sa prévision. Dans le cas contraire, avec une information imparfaite et une modification des règles du jeu, les concurrents doivent échanger des informations pour pouvoir choisir la bonne stratégie. L'équilibre devient alors collusif. Autrement dit, la stabilité dans la reconduction des lots ne peut plus s'expliquer que par une entente entre les soumissionnaires.

Or, dans cette affaire, les conditions d'un équilibre non collusif n'étaient plus réunies durant la période litigieuse, la durée et la nature des marchés, le nombre des lots et les tarifs de certaines sociétés ayant changé. Le Conseil en a déduit que pour les marchés 1999/2000 et 2001/2002, pour lesquels il ne disposait pas de preuves documentaires, la stabilité dans l'attribution des lots ne pouvait résulter que d'une entente. Le Conseil a conforté cette analyse en énumérant les six autres indices dont il disposait pour démontrer l'existence d'une concertation entre les entreprises :

– l'identité des attributions des marchés de 1999/2000 et 2001/2002 avec l'attribution collusive de 2000/2001 ;
– le parallélisme des hausses de prix entre les marchés 2000/2001 et 2001/2002 ;
– l'existence de contacts réguliers entre les dirigeants en cause ;
– le fait que la meilleure offre de chacune des entreprises attributaires n'ait jamais coïncidé avec la meilleure offre d'une autre entreprise (le caractère régulier de cet élément excluant l'effet du hasard) ;
– la stabilité des attributions dans le temps qui a abouti à une répartition harmonieuse des lots de marchés dans le temps (ce qui a été considéré comme contraire au principe d'imprévisibilité des appels d'offres publics) ;
– la faculté pour les acteurs de l'oligopole d'adopter des mesures de rétorsion envers les entreprises qui voudraient sortir de l'entente.

Au total, le Conseil a considéré que la nature et la convergence de ces indices constituaient un faisceau d'indices graves, précis et concordants permettant d'établir la preuve des pratiques anticoncurrentielles sur toute la période, de 1999 à 2002 (04-D-43).

Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel

• Échange d'informations, participation à des réunions de concertation, antérieurement au dépôt des offres

Dans plusieurs décisions, le Conseil n'a pas été en mesure d'établir, en l'absence d'éléments probants, l'existence d'une concertation ou d'un échange d'informations.

Dans la décision relative au marché de travaux souterrains gaz et électricité, le Conseil a considéré que bien que des documents manuscrits non datés trouvés au siège de l'une des entreprises aient comporté des indications chiffrées proches de celles finalement proposées dans les offres, tout en présentant des différences par rapport à ces offres, ces éléments ne suffisaient pas à démontrer l'existence d'un échange d'informations entre les entreprises soumissionnaires antérieur à l'appel d'offres (04-D-01 ; 04-D-20).

Le seul dépôt, par deux entreprises concurrentes, d'une offre comprenant un poste composé de 10 sous-rubriques exactement identiques, bien que le Conseil ait relevé que la probabilité qu'il s'agisse d'une pure coïncidence soit très faible, est un indice insuffisant pour démontrer que ces deux entreprises ont déposé des offres de couverture en faveur d'une troisième entreprise (04-D-08).

Dans une décision relative à des pratiques relevées dans le secteur des revêtements synthétiques pour sols sportifs, les griefs d'entente n'ont pas été retenus, en l'absence de preuves d'échanges d'informations entre les entreprises soumissionnaires à l'appel d'offres antérieurement au dépôt des offres. Seules ont été reconnues coupables, mais non sanctionnées, deux entreprises au siège desquelles un double du devis de l'autre a été retrouvé (04-D-15).

Le Conseil a estimé que le seul fait que le total des offres de deux sociétés sur deux lots soit identique ne suffit pas à démontrer l'existence d'échanges d'informations entre elles, d'autant que ce parallélisme entre les offres peut s'expliquer par le fait que les deux sociétés ont présenté une offre commune lors d'un premier appel d'offres et qu'elles ont donc établi leur nouvelle offre sur la base de prix unitaires et d'évaluations de quantités communes (04-D-20).

- **Bordereau de prix unitaires**

Le Conseil a rappelé, dans deux affaires relatives aux marchés d'électrification rurale en Charente-Maritime et dans le Morbihan, les deux conditions dans lesquelles la participation d'entreprises à l'élaboration d'un BPU ne pouvait être qualifiée de pratique anticoncurrentielle. La première condition est relative au rôle du maître d'œuvre qui doit être plus ou moins à l'origine de l'élaboration ou de la révision du BPU, le Conseil citant à cet égard un arrêt de la cour d'appel du 9 janvier 2001 *Sociétés SEE, Alsthom et autres* au terme duquel : « *dès lors que la seule concertation incriminée, relative à la fixation des prix du nouveau bordereau, a eu pour origine une demande du maître d'œuvre de l'opération d'actualisation et ne procède pas de l'initiative ou de l'action délibérée des entreprises concernées, il n'y a pas lieu à sanction* ». La deuxième condition tient à l'absence d'indices permettant de présumer que les entreprises auraient outrepassé la tâche dont elles s'étaient chargées, en procédant à des échanges portant sur leurs propres coûts ou sur les rabais ou majorations qu'elles envisageaient de proposer dans le cadre d'appels d'offres imminents. Dans ces deux affaires, le Conseil a jugé que ces deux conditions étaient remplies et n'a donc pas retenu les pratiques (04-D-04 et 04-D-16).

- **La reconduction identique des lots**

Le Conseil a considéré que la simple reconduction des mêmes titulaires sur les lots précédemment obtenus par eux ne saurait, à elle seule, démontrer

l'existence d'une concertation. L'existence d'économies réalisables sur les frais d'étude, eu égard à la connaissance du terrain acquise par les entreprises déjà attributaires, ainsi que sur les coûts en personnel et en matériel tenant à la distance des lieux d'intervention par rapport aux sièges des entreprises, peut justifier objectivement une reconduction à l'identique des lots (04-D-04).

- **Autres pratiques**

Le Conseil a considéré que les contacts intervenus entre la société soumissionnaire et des fonctionnaires de la direction départementale de l'équipement, maître d'œuvre, pendant la période de préparation et de passation d'un marché, lui ont permis d'avoir des renseignements techniques sur le marché de nature à l'avantager, mais ne peuvent recevoir la qualification d'entente, car aucun élément du dossier n'a permis de démontrer que ces échanges aient résulté d'un accord de volonté entre le maître d'œuvre et la société, visant à favoriser cette dernière au détriment des concurrents (04-D-58).

Un simple parallélisme de comportement (par exemple un alignement des prix sur ceux des concurrents) ne suffit pas à démontrer la participation d'une entreprise dans une entente entre soumissionnaires à des marchés publics, dès lors que ce parallélisme n'est corroboré par aucun autre indice et peut s'expliquer par la poursuite de l'intérêt individuel de l'entreprise (04-D-78).

Ententes et échanges d'informations sur les prix et marges

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

- **Concertation alignement des prix**

Dans une décision relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne, le Conseil a sanctionné les artisans boulangers du département qui, à la suite des consignes de leur Fédération, avaient augmenté le prix de la baguette de pain et s'étaient livrés à une pratique anticoncurrentielle dont l'objet était de faire obstacle à la fixation des prix de la baguette par le jeu du marché. Le Conseil a considéré que la preuve de la participation des artisans boulangers à l'entente mise en œuvre par la Fédération résultait de la commission, par ceux-ci, de l'une au moins des pratiques suivantes :
– la participation à la réunion syndicale d'organisation de l'entente du 23 avril 2001 dans des conditions démontrant leur adhésion à l'entente ;
– la contribution à la mise en œuvre de l'entente, par la diffusion des consignes arrêtées lors de cette réunion ;
– l'application de ces consignes en connaissance de cause (04-D-07).

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des liaisons maritimes entre la France et les îles anglo-normandes, le Conseil a condamné des pratiques répétées de concertations pour la fixation des tarifs du transport maritime. Différentes réunions avaient eu lieu, permettant l'échange d'informations et la prise de décisions concertées entre les acteurs économiques. Le Conseil a également retenu, pour qualifier la pratique de

concertation, que ces échanges ont été suivis par un contrôle du respect de la politique tarifaire (04-D-74).

Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel

- **Alignement des prix**

Dans une décision relative aux marchés de certains produits d'électronique grand public, le Conseil a rappelé qu'un simple parallélisme de comportement ne suffit pas à établir une pratique anticoncurrentielle et ne constitue qu'un simple indice de concertation.

En effet, si la constatation d'un alignement des prix peut constituer l'un des indices d'une concertation portant sur la fixation de prix de vente minimum, elle ne peut suffire en elle-même, à caractériser une entente anticoncurrentielle.

Un alignement des prix peut en effet être expliqué de trois façons :
– par une entente horizontale directe sur les prix par les distributeurs ;
– par une série d'ententes verticales entre chaque fournisseur et chacun de ses distributeurs autour d'un prix de revente déterminé par ce fournisseur ;
– par un parallélisme de comportement qui viendrait d'une réaction identique des distributeurs à la diffusion de « *prix conseillés* » ou de « *martingales* » par le fournisseur, parallélisme de comportement guidé uniquement par la concurrence qui régnerait dans ce secteur et qui ferait converger les prix vers des montants identiques.

En théorie, plusieurs éléments peuvent conduire à constater que ce parallélisme résulte d'une entente : en premier lieu, des indices permettant de penser que des prix de vente au détail ont été évoqués au cours de négociations commerciales entre fournisseurs et distributeurs ; en second lieu, le fait que les prix ainsi déterminés auraient été effectivement pratiqués par ces distributeurs, ce qui traduirait l'existence d'un accord de volontés, et donc d'une entente ; en troisième lieu, des éléments montrant qu'un système de contrôle des prix aurait été mis en place, un tel système étant, en général, nécessaire au fonctionnement durable d'une entente sur les prix.

En l'espèce, le Conseil a considéré qu'aucun élément n'était de nature à établir que les prix de détail avaient été évoqués au cours de négociations commerciales entre fournisseurs et distributeurs ou qu'un système de contrôle de ces prix avait été mis en place, de telle sorte que le parallélisme observé à lui seul ne pouvait suffire à établir l'existence d'une entente entre distributeurs (04-D-33).

Entraves à l'accès au marché

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

- **Pratiques concertées mises en œuvre par des organisations professionnelles**

Le Conseil a rappelé sa jurisprudence relative aux organisations professionnelles au terme de laquelle « *l'élaboration et la diffusion à l'initiative d'une organisation professionnelle d'un document destiné à l'ensemble de ses adhérents constitue une action concertée ; que s'il est loisible à un syndicat*

professionnel ou à un groupement professionnel de diffuser des informations destinées à aider ses membres dans l'exercice de leur activité, [cette aide] *ne doit pas exercer d'influence directe ou indirecte sur le libre-jeu de la concurrence à l'intérieur de la profession* » (04-D-45 ; 04-D-49).

Dans une décision relative au secteur de l'insémination artificielle bovine, le Conseil a considéré que le fait, pour l'UNCEIA, de recommander à ses adhérents la signature de conventions avec les vétérinaires comportant des clauses limitant l'accès des vétérinaires au marché de l'insémination artificielle, et notamment des clauses destinées à restreindre la clientèle des vétérinaires, caractérisait une concertation entre l'UNCEIA et les centres d'insémination artificielle agréés (04-D-49).

Le Conseil, dans une décision relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 20 Minutes France, a rappelé que les conditions d'adhésion à une association professionnelle peuvent porter atteinte à la libre concurrence, si cette adhésion est une condition d'accès au marché ou si elle constitue un avantage concurrentiel et si ces conditions d'adhésion sont définies ou appliquées de façon non objective, non transparente et discriminatoire. Il a considéré, en l'espèce, que le refus de l'association EUROPQN d'intégrer le journal 20 Minutes dans son étude de mesure de l'audience de la presse quotidienne nationale était susceptible de comporter des effets restrictifs de concurrence.

En effet, la société 20 Minutes France étant financée exclusivement par la publicité et l'étude menée par l'association EUROPQN constituant l'outil de référence des professionnels de l'achat d'espaces publicitaires, seule l'intégration de 20 Minutes dans cette étude pourrait garantir la comparabilité de ses mesures d'audience avec celles des autres quotidiens. Aussi, selon le Conseil, l'adhésion à EUROPQN, à supposer qu'elle conditionne l'intégration d'un journal dans la mesure d'audience éditée par EUROPQN, pourrait constituer, sinon une condition d'accès au marché de la vente d'espaces publicitaires dans la presse quotidienne nationale, du moins un avantage concurrentiel considérable.

En outre, le critère imposé aux journaux de « *diffusion nationale* » semble interdire *a priori* toute nouvelle adhésion au sein d'EUROPQN, puisque aucun nouvel entrant sur le marché du lectorat de la presse quotidienne d'information ne peut, lors de son lancement, être présent sur tout le territoire (04-D-40).

- **Boycott**

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe *La Dépêche du Midi* et des commissaires-priseurs de Toulouse, le Conseil a rappelé qu'une décision concertée de boycott constituait une pratique interdite par l'article L. 420-1 du Code de commerce.

L'ensemble des commissaires-priseurs de la ville de Toulouse, regroupés dans quatre études, a estimé que les tarifs d'annonces de *La Gazette des Tribunaux du Midi* étaient trop élevés. Ils ont alors ensemble décidé de suspendre leurs publicités dans cet hebdomadaire tant que les tarifs n'avaient pas diminué. Cette décision commune, constitutive d'un boycott, a été considérée comme anticoncurrentielle (04-D-56).

Dans une décision relative aux honoraires d'architectes dans les marchés de maîtrise d'œuvre en Aquitaine, le Conseil a considéré que les interventions répétées menées par l'ordre des architectes d'Aquitaine et par l'association « *Architecture et Commande Publique* » (A&CP) auprès des architectes, des administrations et des maîtres d'ouvrages publics constituaient des pressions tendant à limiter la libre fixation des honoraires mais ne revêtaient pas le caractère de boycott (04-D-25).

- **Traitement discriminatoire**

Dans la décision relative aux secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie, le Conseil a considéré que la société gérante d'un abattoir public (la STAL) s'était entendue avec ses principaux associés, qui se trouvaient être également les principaux usagers de l'abattoir, pour refuser l'accès de cet abattoir à un éleveur de porc, en lui appliquant des conditions discriminatoires d'accès, avec la complicité personnelle de représentants de la Communauté d'agglomération de Laval (CAL), l'empêchant ainsi d'entrer sur le marché de la commercialisation des viandes au stade de gros ou demi-gros, alors même que l'exploitation de l'établissement connaissait un déficit comptable dû notamment à une sous-utilisation chronique de ses installations. Ces entreprises se sont elles-mêmes octroyé des tarifs préférentiels pour leur propre utilisation de l'abattoir et se sont réparti les capacités inutilisées de l'abattoir.

Le Conseil a considéré que le fait pour la société gérante d'un abattoir public d'avoir élaboré avec d'autres usagers des quotas d'activités, imposés dans des conventions pour l'exercice d'abattage constitue une entente et que l'imposition de quotas différents selon les usagers constitue une pratique discriminatoire (04-D-39).

- **Pratiques de dénigrement**

Dans sa décision relative au marché des câbles informatiques pour réseaux locaux, le Conseil a sanctionné un organisme de vérification et un fabricant de câbles pour avoir dénigré les câbles d'un concurrent auprès des grossistes et installateurs de câbles (04-D-75).

Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel

- **La création d'une société commune**

Dans sa décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Convergence concernant le recouvrement des créances, le Conseil a considéré que l'association d'entreprises indépendantes au sein d'une société créée en vue d'améliorer les conditions d'exploitation des associés ne constitue pas, en soi, une entente prohibée. Toutefois, la prohibition s'applique lorsqu'il est établi que le recours à une telle structure a été utilisé pour mettre en œuvre des pratiques concertées ayant pour objet ou pouvant avoir pour effet de limiter le libre exercice de la concurrence (04-D-69).

- **Discrimination**

Dans la décision relative au secteur de distribution de médicaments, le Conseil a considéré que la mise en place concomitante de contingentements

d'achats par plusieurs laboratoires pharmaceutiques à l'encontre de grossistes répartiteurs ne constituait pas une entente prohibée en raison des différences existant dans leur mise en œuvre respective (périodes différentes, modalités). Par ailleurs, le Conseil n'a constaté aucun accord de volonté entre les fabricants, chacun d'eux pouvant légitimement estimer mettre en œuvre les moyens de rationaliser sa production (04-D-05).

Répartition de marché

Ce qui a été qualifié d'anticoncurrentiel

Le Conseil de la concurrence a sanctionné à plusieurs reprises des pratiques ayant pour objet la répartition de marchés.

Pour une analyse de ces différentes décisions, il convient de se référer au chapitre relatif aux concertations ou ententes à l'occasion d'appel d'offres.

Ce qui n'a pas été qualifié d'anticoncurrentiel

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la distribution de la presse dans la région de Strasbourg, le Conseil a considéré qu'une entente entre distributeurs de presse visant à se répartir la clientèle, au demeurant non démontrée, ne pouvait revêtir un objet anticoncurrentiel, dans la mesure où leurs activités ne s'exerçaient pas sur le même marché. En effet, l'activité de l'un d'entre eux était centrée sur la distribution de la presse par voie d'abonnement auprès de particuliers (dans 99 % des cas) et celle de l'autre sur la distribution de la presse auprès des professionnels (les diffuseurs). Le seul point d'intersection de leurs activités était constitué des clients « *historiques* », qui ne représentaient qu'un pourcentage marginal de leur activité (04-D-38).

Restrictions verticales

La méthode d'analyse des restrictions verticales

La nouvelle approche adoptée par le Conseil de la concurrence dans l'analyse des accords et restrictions verticales au regard du droit français de la concurrence depuis 2000 a été récemment renforcée par l'adoption de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 qui instaure un *de minimis* autorisant le Conseil à ne pas poursuivre une procédure dès lors que la part de marché des entreprises en cause n'excède pas certains seuils.

L'article 24 II de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004, codifié à l'article L. 464-6-1 du Code de commerce dispose en effet que « *le Conseil de la concurrence peut également décider, dans les conditions prévues à l'article L. 464-6, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 ne visent pas des contrats passés en application du Code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas soit :*
a) 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes

qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ;
b) 15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui ne sont pas des concurrents existants ou potentiels sur l'un des marchés en cause. »

L'application de l'article L. 464-6-1 du Code de commerce doit cependant être écartée en présence des restrictions caractérisées dont la liste est fournie à l'article L. 464-6-2 du Code de commerce :
« *a) Les restrictions qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulées avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer ont pour objet la fixation de prix de vente, la limitation de la production ou des ventes, la répartition de marchés ou des clients ;*
b) Les restrictions aux ventes non sollicitées et réalisées par un distributeur en dehors de son territoire contractuel au profit d'utilisateurs finaux ;
c) Les restrictions aux ventes par les membres d'un réseau de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, indépendamment de la possibilité d'interdire à un membre du système de distribution d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé ;
d) Les restrictions apportées aux livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce. »

En conséquence, une entente, qui se trouverait en-deçà de ces seuils, dits *de minimis* et qui ne mettrait pas en œuvre l'une de ces restrictions caractérisées ne saurait revêtir d'effet sensible, la pratique sortant ainsi du champ d'application de l'article L. 420-1 du Code de commerce.

La cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 26 octobre 2004, a jugé que les dispositions de l'article 24 de l'ordonnance précitée étaient immédiatement applicables comme étant plus favorables aux entreprises en ce qu'elles instituent un seuil de sensibilité. Le Conseil a également été amené à expliciter la mise en œuvre de ce nouvel article L. 464-6-1 du Code de commerce dans un avis relatif au secteur de l'équipement de bureau et de l'informatique (04-A-14) et à en faire application dans une affaire relative aux activités annexes des stations services (04-D-63).

Cependant, avant l'adoption de ces nouvelles dispositions, le Conseil retenait déjà comme « *guide d'analyse utile* », la communication *de minimis* 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 ses distributeurs.

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.

Ainsi, dans une affaire relative à la distribution en gros de produits électrodomestiques, le Conseil a considéré que, compte tenu de la part de la société Caprofem sur ce marché (3,2 %), la clause de ses conditions générales de vente interdisant les livraisons de produits aux distributeurs de produits sur

internet, qui par ailleurs ne constitue pas une restriction flagrante, ne peut restreindre sensiblement la concurrence (04-D-64).

La mise en œuvre de cette méthode d'analyse dans le cadre de contrats de distribution sélective, exclusive ou de conditions générales de vente et accords de coopération commerciale

• Le principe de la liberté d'organisation du réseau de distribution et de la sélection des distributeurs

Dans un avis relatif au secteur de l'équipement de bureau et de l'informatique, le Conseil de la concurrence a rappelé qu'au terme d'une jurisprudence constante, la liberté d'organisation de son réseau de distribution par le fournisseur constitue un principe de base, sous réserve que les modes de distribution mis en œuvre n'aient pas pour objet ou pour effet d'affecter le fonctionnement du marché. Il estime ainsi qu'il est loisible à une société de déterminer librement les conditions de distribution de ses produits et de faire coexister au sein de son réseau de distribution, plusieurs catégories de distributeurs selon le type de relation commerciale qu'elle entretient avec eux, dès lors qu'une telle pratique ne révèle de sa part aucune discrimination de nature anticoncurrentielle (04-A-14).

De même, un fournisseur peut décider de recourir aux grossistes pour démarcher certains points de vente tout en assurant lui-même l'approvisionnement d'autres distributeurs, dès lors que cette répartition des tâches n'a ni pour objet ni pour effet de restreindre le jeu de la concurrence sur le marché.

La détermination des limites au principe général de liberté d'organisation de la distribution se fonde sur le constat qu'un contrat de distribution, s'il constitue bien un accord entre un producteur et ses revendeurs, n'est susceptible de constituer une entente prohibée que dans des conditions précises et, notamment, si certaines clauses de l'accord ou leur mise en œuvre peuvent être qualifiées d'anticoncurrentielles (04-A-14 ; 04-D-55).

• L'interdiction des prix imposés

Dans une affaire relative à la distribution des téléphones mobiles, le Conseil a considéré que la pratique de prix conseillés de SFR ne constituait pas une pratique de prix imposés, aucun élément du dossier ne permettant d'établir que SFR aurait mis en place des mesures de rétorsion à l'encontre de distributeurs qui auraient pratiqué des prix inférieurs au prix conseillé (04-D-67).

En revanche, dans une affaire relative au secteur de la distribution d'articles de sport et de loisirs, le Conseil a sanctionné la société TSL pour s'être entendue avec certains de ses distributeurs, et notamment la société Décathlon, afin de pratiquer un prix de vente uniforme sur un certain modèle de raquette de neige. De nombreux éléments ont ainsi pu prouver que la société TSL avait invité Décathlon à appliquer un prix recommandé et que cette dernière avait obtempéré à cette invitation, en ne fixant pas son prix de façon autonome. Par ailleurs, le Conseil a relevé qu'à titre de représailles contre un distributeur qui n'appliquait pas les prix imposés, Go Sport, ces sociétés, ainsi que d'autres distributeurs, avaient racheté dans les magasins Go Sport les raquettes Rando 225 (04-D-12).

- **Les clauses d'exclusivité**

Dans une affaire relative à la distribution des téléphones mobiles, le Conseil a analysé la clause de non-concurrence contenue dans la convention « *grossiste partenaire SFR* » liant SFR à ses grossistes partenaires.

Le Conseil a constaté que SFR détenait, à l'époque des faits, une part évaluée, en nombre d'abonnés, à 36,5 % sur le marché de la téléphonie mobile, supérieure donc à la part fixée par le règlement CE nº 2790/99 pour pouvoir bénéficier d'une exemption automatique. En conséquence, le Conseil en a déduit que le contrat « *partenaire grossiste SFR* » ne pouvait bénéficier de l'exemption par catégorie.

Le Conseil a alors analysé l'objet et l'effet de l'obligation en cause et s'est inspiré, pour appliquer l'article L. 420-1 du Code de commerce, des lignes directrices de la Commission sur les restrictions verticales qui analysent, dans leurs paragraphes 138 à 160, les effets des clauses de non-concurrence au regard des dispositions de l'article 81 du traité. En l'espèce, la clause par laquelle les grossistes s'engageaient à ce que chaque mois, au moins 90 % du nombre total des abonnements enregistrés par eux à travers leurs canaux de distribution soient des lignes SFR, constituait bien une obligation de non-concurrence. Le Conseil a suivi, dans son analyse la méthode préconisée par la Commission, consistant à apprécier les risques de verrouillage du marché en fonction d'un certain nombre de critères (pouvoir de marché du fournisseur, barrières à l'entrée, durée de la clause, part de marché liée par des contrats similaires, stade de la distribution).

Le Conseil a ainsi constaté que seul SFR mettait en œuvre des clauses de quasi-exclusivité avec les grossistes indépendants, et que ceux-ci distribuaient entre 3,7 et 7,4 % de part de marché. le Conseil en a déduit que les conventions et les clauses en cause ne contribuaient pas de façon significative à l'effet de verrouillage du marché.

Enfin, le Conseil a précisé que les risques de fermeture de l'accès des concurrents au réseau de distribution devaient s'analyser différemment selon que l'obligation de non-concurrence s'appliquait au stade de la distribution en gros ou au stade du détail, car c'est au stade du commerce de détail que les accords de non-concurrence peuvent affaiblir la concurrence intermarques à l'intérieur des points de vente. En l'espèce, la possibilité laissée aux distributeurs de détail appartenant au réseau d'un des grossistes partenaires SFR, de s'approvisionner en produits Bouygues Télécom ou France Télécom auprès d'un autre grossiste, même s'ils ont demandé leur rattachement à la convention partenaire SFR, illustrait le fait qu'une obligation de non-concurrence imposée au stade du gros pouvait n'avoir que des effets très dilués au stade du détail.

Comme aucune disposition conventionnelle n'interdisait à un distributeur de travailler avec plusieurs grossistes simultanément et aux vues de l'ensemble des critères examinés, le Conseil a considéré que la clause de non-concurrence de la convention « *grossiste partenaire SFR* » n'était pas susceptible de restreindre significativement l'accès à la distribution des opérateurs concurrents de SFR (04-D-67).

Dans une affaire relative au marché de la mise à disposition de distributeurs automatiques dans les stations-services sur autoroutes, le Conseil a considéré que la clause d'exclusivité de trois ans contenue dans les contrats de dépôt de deux marques de distributeurs qui interdisait aux stations-services d'accueillir des marques concurrentes, ne pouvait s'analyser comme une restriction caractérisée et qu'en raison de la faible part de marché des déposants (inférieure à 1 %), les conditions de l'affectation sensible au sens des articles L. 464-6-1 et L. 464-6 -2 n'étaient pas remplies (04-D-63).

Dans cette même affaire, le Conseil a également fait application de ces articles aux clauses d'approvisionnement exclusif de stations-services consenties au profit de trois sociétés, au motif que la part de marché détenue par ces dernières sur le marché de l'approvisionnement en denrées alimentaires des supérettes et libres-services représentait moins de 1 % (04-D-63).

Enfin, le Conseil a considéré que le refus de livrer opposé par des éditeurs à certains distributeurs, en vertu d'un accord d'exclusivité signé entre eux et un distributeur donné, était conforme à la loi Bichet et ne pouvait donc être sanctionné au titre d'une quelconque entente illicite (04-D-38)

- **Les pratiques discriminatoires**

Dans une affaire relative à la distribution du « *Pack Office Pro* » par la société Microsoft, la société Digitechnic, qui avait obtenu une licence pour pré-installer ces logiciels sur les ordinateurs qu'elle assemblait, considérait qu'elle était victime d'une discrimination excessive de la part de Microsoft, au motif que le prix qui lui était proposé, ainsi qu'aux autres petits assembleurs, était bien plus élevé que celui consenti aux constructeurs américains, alors que cette différence de prix ne se trouvait justifiée ni par une différence de taille et de quantités vendues, ni par une différence de service après-vente, ni enfin par une différence de notoriété.

Le Conseil a relevé que, à côté de la forte progression du chiffre d'affaires de la société Digitechnic, l'impact du prix du logiciel « *Pack Office Pro* » sur le prix global avait été faible et que de nombreux ordinateurs avaient été vendus sans être équipés de ce logiciel. Il a en conséquence considéré que la discrimination tarifaire alléguée ne revêtait pas de caractère abusif et n'avait pas engendré d'effets anticoncurrentiels (04-D-76).

- **Autres restrictions verticales**

Dans une affaire relative à la distribution des images de collection pour enfants, la société Merlin s'est vu opposer un refus de distribution de ses produits de la part de distributeurs qui travaillaient déjà avec son concurrent, la société Panini et soutenait que ce refus résultait d'une entente entre son concurrent et les distributeurs afin de l'exclure du marché.

Le Conseil n'a pas retenu le caractère anticoncurrentiel de cette pratique, au motif que la preuve n'était pas rapportée que ce refus résultait d'un accord de volontés entre son concurrent et les distributeurs. Au contraire, le Conseil a considéré que le comportement des distributeurs pouvait tout à fait être motivé par des difficultés relationnelles avec la société Merlin et par certaines des exigences techniques et commerciales de cette dernière (04-D-55).

■ 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 ».

Aux termes de l'article 82 du traité instituant la Communauté européenne :

« Est incompatible avec le marché commun et interdit, dans la mesure où le commerce entre États membres est susceptible d'en être affecté, le fait pour une ou plusieurs entreprises d'exploiter de façon abusive une position dominante sur le marché commun ou dans une partie substantielle de celui-ci.

Ces pratiques abusives peuvent notamment consister à :
a) imposer de façon directe ou indirecte des prix d'achat ou de vente ou d'autres conditions de transaction non équitables,
b) limiter la production, les débouchés ou le développement technique au préjudice des consommateurs,
c) appliquer à l'égard de partenaires commerciaux des conditions inégales à des prestations équivalentes, en leur infligeant de ce fait un désavantage dans la concurrence,
d) subordonner la conclusion de contrats à l'acceptation, par les partenaires, de prestations supplémentaires qui, par leur nature ou selon les usages commerciaux, n'ont pas de lien avec l'objet de ces contrats ».

Le Conseil a rappelé cette année que le principe *non bis in idem* ne peut être valablement invoqué qu'en présence d'une éventuelle double condamnation pour les mêmes faits et sur le même fondement. Des faits examinés à la fois au titre de l'abus de position dominante et de l'abus de dépendance économique le sont sous deux qualifications différentes aux éléments constitutifs distincts. En conséquence, aucun principe général du droit ne s'oppose à l'application cumulative de ces deux qualifications, à l'instar du cumul idéal d'infraction en matière pénale (04-D-44).

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, de même que celle de l'article 82 du traité, 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. Dans un deuxième temps, il est nécessaire de déterminer la position que ces dernières occupent sur ce marché puis, dans un troisième temps, au cas où la position dominante est caractérisée, d'examiner ces pratiques en vue de déterminer si elles présentent un caractère abusif et anticoncurrentiel.

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.

Toutefois, lorsqu'il rejette la saisine pour absence d'éléments suffisamment probants au titre de l'article L. 462-8, le Conseil peut être amené à considérer les faits insusceptibles d'être qualifiés d'abus prohibés par l'article L. 420-2 du Code de commerce sans qu'il soit besoin de se prononcer sur la délimitation exacte des marchés pertinents, ou encore sur l'existence d'une éventuelle position dominante (04-D-60).

S'agissant de la détermination du marché pertinent, le lecteur est invité à se reporter aux développements consacrés à cette notion au chapitre relatif aux marchés pertinents *supra*.

L'appréciation de la position dominante

La jurisprudence, tant interne que communautaire, définit la position dominante comme étant la situation dans laquelle une entreprise est susceptible de s'abstraire des conditions du marché et d'agir à peu près librement sans tenir compte du comportement et de la réaction de ses concurrents (04-D-22 ; 04-D-48 ; 04-D-72).

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

La détention d'un monopole, de droit ou de fait, suffit pour établir la position dominante de son titulaire. Il en est de même lorsqu'une entreprise est en situation de quasi-monopole.

C'est ainsi que le Conseil a indiqué, dans une affaire relative au secteur des spécialités pharmaceutiques, qu'en raison de l'absence de substituts aux médicaments du fait de leurs indications thérapeutiques et propriétés pharmacologiques et de l'impossibilité pour les grossistes-répartiteurs de substituer un médicament à un autre, l'approvisionnement des grossistes-répartiteurs en chacune des spécialités pharmaceutiques protégées par un brevet constituait un marché pertinent sur lequel le fabricant est en position dominante (04-D-05).

Le Conseil a de la même façon considéré que la société Codes Rousseau était en position dominante sur le marché de la fourniture aux entreprises

d'auto-école d'un ensemble de produits et de prestations concernant l'enseignement de la conduite et en position de monopole sur le marché spécifique des correctrices permettant de simuler les conditions de l'examen conforme au nouvel examen théorique mis en place en 1997 (04-D-09).

Par ailleurs, le Conseil a indiqué que, sur le marché pertinent de la terminaison des appels correspondant aux trois réseaux GSM en service, chacun des trois opérateurs était en position dominante sur son marché, puisqu'en monopole (04-D-48).

S'agissant des marchés du lectorat, de la publicité et des petites annonces dans la presse quotidienne régionale et départementale, le Conseil a considéré que la société *La Dépêche du Midi* était en situation de monopole, et donc en position dominante, dans les départements où le quotidien *La Dépêche du Midi* était le seul titre de presse quotidienne régionale et départementale distribué (04-D-56).

L'ouverture à la concurrence d'anciens monopoles aboutit parfois à ce que l'opérateur historique conserve une position de monopole de fait, ou de quasi-monopole. Le Conseil a ainsi relevé, dans une affaire relative au secteur des télécommunications, que, si l'ouverture à la concurrence du marché de la téléphonie fixe s'est effectivement traduite pour France Télécom par des pertes de parts de marché, l'opérateur n'en avait pas moins gardé au moment des faits, des parts de marché prépondérantes sur l'ensemble du marché de la téléphonie fixe, quel que soit le segment considéré. En effet, l'opérateur France Télécom détenait fin 1998 un monopole de fait sur le segment de la boucle locale (l'accès des opérateurs de réseaux ouverts au public à la boucle locale n'ayant été mis en place qu'à compter du 1er janvier 2001) et un quasi-monopole (avec 94,9 % des parts de marché) sur la téléphonie longue distance (04-D-22).

L'appréciation de la position dominante individuelle

• Situations constitutives 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.

Dans une affaire relative au marché des produits sanguins bruts à usage non thérapeutique prélevés sur des donneurs présentant des garanties virologiques importantes (risque hépatite et SIDA faible) et un standard biologique moyen, le Conseil a constaté qu'avec 90 % de parts de marchés, le GIPCA était en position de quasi-monopole et à tout le moins en position dominante (04-D-26).

Des situations de position dominante résultent également de l'ouverture à la concurrence d'anciens monopoles, lorsque les opérateurs historiques maintiennent, malgré une certaine baisse une part de marché très importante, souvent complétée par des avantages d'antériorité, de réputation ou d'image.

Ainsi, dans une affaire relative au marché des pompes funèbres de Grenoble, le Conseil a relevé qu'en plus d'une très forte part de marché, s'ajoutaient l'antériorité de la présence sur le marché de la société SAEM-PFI ainsi que le

fait qu'elle avait remplacé la régie municipale des pompes funèbres municipales de Grenoble qui existait depuis 1924 et qu'elle avait été, jusqu'au 31 décembre 1995, l'opérateur historique en situation de monopole légal sur les prestations funéraires des communes adhérentes (04-D-21).

De même, sur les deux segments du marché pertinent des services d'acheminement du trafic fixe vers mobile des entreprises de taille moyenne d'une part et des grands comptes d'autre part, France Télécom bénéficiait d'une part de marché supérieure à 90 % (et à 80 % en 2000) et disposait d'avantages concurrentiels en raison notamment de son image de marque, de son caractère verticalement intégré et de sa position d'opérateur historique (04-D-48).

L'examen des parts de marché peut en outre être confirmé par d'autres critères. C'est ainsi que le Conseil a considéré qu'avec plus de 70 % de parts de marché, le groupe Société se trouvait en position dominante sur le marché du roquefort, position renforcée par la place de fournisseur incontournable qu'il occupait pour l'approvisionnement en libre service et par le fait qu'une barrière à l'entrée de type réglementaire existait en raison de l'obligation faite aux producteurs de n'utiliser, pour la fabrication du roquefort, que du lait de brebis provenant exclusivement du « *rayon roquefort* » et de l'affiner dans les caves du village de Roquefort dont le groupe est le principal propriétaire (04-D-13).

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.

Ainsi, s'agissant du marché de prestations funéraires autour de la ville de Saint-Germain-en-Laye, le Conseil a déterminé la position dominante de la société OFG en s'appuyant notamment sur le fait que, lorsqu'en 2001, sa part de marché s'élevait à environ 53,5 % (contre 70 % environ en 1999 et 66 % environ en 2000), la part de son principal concurrent était inférieure à 10 %. Le Conseil a, dans cette affaire, souligné en outre que la société était une filiale du numéro un mondial du secteur des pompes funèbres, qu'elle exerçait son activité sous diverses enseignes, jouissait ainsi d'une importante notoriété et gérant l'unique chambre funéraire de la zone (04-D-70).

Le Conseil utilise également d'autres critères pour établir le pouvoir de marché d'une entreprise.

Sur le marché de la raquette à neige, le Conseil a estimé que les agissements de la société TSL, tels que des refus de réduction de prix lors de négociations annuelles avec un de ses distributeurs et la suggestion faite à ce dernier de respecter les prix conseillés (c'est-à-dire d'augmenter les prix de vente au consommateur), illustraient le fait qu'elle ne craignait pas que ce distributeur se tourne vers un autre fournisseur et qu'elle était bien en mesure d'avoir un comportement indépendant de ses concurrents, de ses clients et, finalement, des consommateurs. Ceci, ajouté à la part de marché (62 %) et à la notoriété des produits de la marque, a conduit le Conseil à considérer que la société TSL était en position dominante (04-D-12).

Sur le marché des espaces publicitaires pour les établissements d'enseignement privé dans la presse spécialisée, le Conseil a estimé que la revue « *Famille et Éducation* », bénéficiant d'un tirage beaucoup plus élevé que

celui des revues concurrentes et d'un « *label UNAPEL* », dont ses concurrents n'étaient pas dotés, était en position dominante (04-D-14).

- **Situations non constitutives d'une position dominante**

Dans une affaire relative au secteur des télécommunications, le Conseil a considéré qu'en 1998, France Télécom Mobiles n'était pas en position dominante sur le marché de la téléphonie mobile, car il ne pouvait avoir un comportement indépendant des autres opérateurs. Le Conseil s'est appuyé sur le fait que sa part de marché en termes d'abonnés n'avait cessé de décliner depuis la mise en place des réseaux GSM, que le jeu de la concurrence sur ce marché s'était manifesté par une baisse importante du prix de revient d'un mobile pour les utilisateurs (sous l'effet conjugué de la baisse des prix des communications, de la mise en place des nouvelles formules d'abonnement ou de formules prépayées et de l'apparition des packs comprenant un terminal au prix subventionné par l'opérateur). Le Conseil a également relevé que France Télécom n'avait pas toujours été à l'origine de ces innovations commerciales et avait parfois été obligé de s'aligner sur les propositions de ses concurrents (04-D-22).

Dans une affaire relative aux besoins en ingénierie des services publics français, le Conseil a relevé que, même en prenant l'hypothèse la plus étroite de marché pertinent, la part de marché de l'ingénierie publique restait minoritaire et que cette dernière était loin de disposer d'une position dominante (04-D-53).

De même, dans une affaire relative au secteur de la téléphonie résidentielle, le Conseil a estimé que, malgré son adossement à un grand groupe international lui assurant une forte puissance financière, la société Philips n'avait pu s'abstraire de la pression concurrentielle, en ce que sa position avait été contestée sur de nombreux produits par de nouveaux entrants, en ce qu'elle n'avait jamais eu l'initiative des baisses de prix et était sortie, depuis la saisine, de certains segments de marché. Dans sa décision, le Conseil a par ailleurs rappelé que le taux de référencement des produits d'une marque dans les réseaux de grande distribution n'était pas un indicateur pertinent pour démontrer l'existence d'une position dominante (04-D-72).

L'appréciation de la position dominante collective

Le Conseil n'a pas eu cette année à connaître d'affaire relative à une position dominante collective.

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. 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 une décision relative au secteur de la distribution et de l'exploitation de films dans les Antilles, le Conseil a considéré que la clause par laquelle les exploitants de salles s'interdisaient formellement de traiter avec un producteur, un distributeur ou un autre programmateur sans l'accord préalable de Filmdis (sauf dénonciation du contrat et sous réserve d'un préavis) limitait leur liberté de choix, par ailleurs déjà très restreinte par les relations d'exclusivité existant entre les producteurs de films et Filmdis. Le Conseil a estimé que cette clause était contraire à l'article L. 420-2 du Code de commerce car elle avait pour objet et pouvait avoir pour effet d'assurer au distributeur en place une protection absolue, dans la mesure où celui-ci faisait planer la menace d'un assèchement définitif de l'approvisionnement en films pour les exploitants de salles qui voudraient, même de façon occasionnelle, utiliser les services d'un autre distributeur (04-D-44).

Dans une affaire relative au marché du roquefort, le Conseil a relevé que les accords mis en œuvre par la Société des caves, en position dominante voire en quasi-monopole, constituaient implicitement des accords d'exclusivité et aboutissaient à restreindre de manière illicite la part de l'approvisionnement encore en concurrence sur le marché et la possibilité de choix des consommateurs, les linéaires des GMS constituant une ressource rare dont l'accès faisait l'objet d'une forte compétition entre producteurs (04-D-13).

Enfin, dans une affaire relative au secteur de la téléphonie mobile dans les Caraïbes, le Conseil a considéré qu'il pouvait être raisonnablement présumé que le fait qu'Orange Caraïbe impose à ses distributeurs indépendants des clauses d'exclusivité constituait une pratique prohibée par l'article L. 420-2 du Code de commerce. En effet, ces clauses ont limité le développement d'une distribution multimarque permettant la comparaison des prix et des offres et la possibilité pour le concurrent d'accéder au marché de la distribution, du fait de la part de marché importante d'Orange Caraïbe, du nombre important de distributeurs indépendants concernés et du fait que cette obligation se prolonge deux ans après la cessation du contrat. Dans la même affaire, le Conseil a considéré qu'il pouvait être raisonnablement présumé que la clause d'exclusivité liant Orange Caraïbe au seul réparateur de terminaux mobiles constituait un abus de position dominante. Une telle clause crée en effet une barrière à l'entrée pour les nouveaux entrants en augmentant artificiellement le coût d'entrée par des coûts fixes importants, difficilement amortissables sur une part de marché nécessairement très faible (04-MC-02).

Remises de fidélité

Dans une affaire relative à des contrats commerciaux proposés par La Poste à ses clients grands comptes, le Conseil a considéré que les remises commerciales et de développement de La Poste constituaient des remises de couplage, en ce qu'elles reposaient sur une globalisation des chiffres d'affaires de plusieurs produits relevant de marchés distincts sans que cela soit justifié par des gains d'efficience (les économies d'échelle ne se transposant pas d'un produit à l'autre). Le Conseil a estimé qu'elles avaient un effet fidélisant, en ce qu'elles n'étaient pas fondées sur des quantités mais dépendaient d'une progression du chiffre d'affaires réalisé avec La Poste sans rapport avec les volumes traités et n'avaient pas de contrepartie économiquement justifiée (04-D-65).

De même, le système de remises mis en place par la Société des caves dans une affaire relative au marché du roquefort a été sanctionné car il ne découlait pas d'un barème objectif lié aux volumes des ventes mais procédait au contraire d'une stratégie commerciale d'éviction des concurrents et de renforcement de la position du groupe et ne reposait sur aucune contrepartie économiquement justifiée (04-D-13).

Enfin, dans une affaire relative au secteur de la téléphonie mobile dans les Caraïbes, le Conseil a estimé qu'il pouvait être raisonnablement présumé que les points de fidélité octroyés par Orange Caraïbe ne pouvaient pas être considérés comme un crédit matérialisant une remise au volume mais comme une remise de fidélité, puisqu'ils ne pouvaient être utilisés que dans le cadre de l'acquisition d'un nouveau terminal, provoquant un effet défavorable par l'augmentation du coût de changement d'opérateur (04-MC-02).

Ventes liées

Dans une affaire relative au secteur des prestations funéraires dans la zone de Saint-Germain-en-Laye, le Conseil a estimé que le fait pour la société OFG de maintenir la confusion (provoquée par la disposition des locaux, les modalités d'accueil des familles ainsi que par le référencement téléphonique) entre la partie chambre funéraire et la partie abritant les autres prestations commerciales de pompes funèbres, constituait un abus de 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 et de limiter, par suite, le libre exercice de la concurrence (04-D-70). Le Conseil a procédé à une analyse similaire, en s'appuyant sur la signalétique extérieure et sur l'aménagement intérieur des locaux, dans une affaire relative au secteur des prestations funéraires dans la région de Grenoble (04-D-21).

Tarification globale

Dans une affaire relative au secteur de l'insémination artificielle bovine, le Conseil a considéré que la tarification globale mise en place par des centres agréés d'insémination aboutissait à lier artificiellement la prestation faisant l'objet d'un quasi-monopole à une prestation ouverte à la concurrence. Il a estimé qu'elle faussait la concurrence en enlevant aux éleveurs le moyen de comparer le prix des semences de leur centre de production aux prix des semences des autres centres français et étrangers. Il a enfin noté qu'une telle pratique produisait également des effets sur le marché de la mise en place de

la semence, en y renforçant la position dominante des centres agréés, dès lors que la confusion des prestations conduisait les éleveurs à faire appel aux inséminateurs salariés du centre plutôt qu'aux vétérinaires libéraux pour la totalité des prestations offertes par les centres en matière d'insémination (04-D-49).

- **Refus de vente ou de contracter afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché**

Dans une affaire relative au marché des boîtiers et correctrices permettant de simuler les conditions du nouvel examen théorique du permis de conduire mis en place en 1997, le Conseil a sanctionné la société Codes Rousseau pour s'être, d'une part, réservé l'exclusivité de la distribution aux auto-écoles, contrairement à ce qu'elle avait spécifié et pour avoir, d'autre part refusé de diffuser le protocole de connexion des correctrices à un support numérique (04-D-09).

- **Prix imposés**

Dans une affaire relative au secteur de l'exploitation et de la distribution des films dans les Antilles, le Conseil a considéré que la société Filmdis a commis un abus de position dominante, en s'arrogeant le droit de programmer les salles indépendantes et d'exercer un contrôle sur les prix des places alors que les prix doivent être, sauf dans les cas où la loi en dispose autrement, librement déterminés par le jeu de la concurrence (04-D-44).

- **Pratiques discriminatoires**

Dans une affaire relative au secteur du mobilier urbain, le Conseil a relevé que les pratiques de panachage des supports, de prise en charge de certains frais et de gratuité de certains supports, discriminatoires, car destinées seulement à la ville de Rennes (pour laquelle l'offre de la société Decaux n'avait pas été retenue), étaient constitutives d'un abus de position dominante sur le marché de la fourniture de mobilier urbain publicitaire et altéraient la concurrence sur le marché de l'affichage (04-D-32).

Enfin, dans une affaire relative au secteur de la téléphonie mobile dans les Caraïbes, le Conseil a rappelé que le fait, pour un opérateur en position dominante, de pratiquer des différences de prix était susceptible de constituer un abus si cette pratique avait pour objet ou pouvait avoir pour effet d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché concerné et qu'une telle différenciation pouvait, dans ce secteur, influer sur le choix des clients. En l'espèce, le Conseil a ainsi estimé qu'il pouvait être raisonnablement présumé, en l'état du dossier et sous réserve de l'instruction au fond, que la différenciation tarifaire pratiquée entre les appels *on net* et *off net* par Orange Caraïbe verrouillait le marché par un effet de « *club* », lui-même renforcé par l'important écart de taille entre les deux réseaux concernés (04-MC-02).

- **Pratiques dilatoires**

Dans une affaire relative au secteur de produits sanguins à usage non thérapeutique, le Conseil a sanctionné l'usage de procédés dilatoires du GIPCA

(refus de rédiger, alors qu'il en avait la responsabilité, une nouvelle convention de cession de produits sanguins à usage non thérapeutique conforme aux exigences de l'AFS, absence d'observations sur le projet remis par la société Reims Bio, absence de diffusion de ce même projet, objections pour la plupart infondées de *« non-conformité »*, absence de diligence sur la seule non-conformité avérée aisément rattrapable) pour retarder la conclusion d'une nouvelle convention à usage non thérapeutique conforme aux exigences réglementaires et aboutir à la rupture définitive, unilatérale et sans préavis des relations commerciales avec Reims Bio (04-D-26).

Dans une affaire relative au secteur du mobilier urbain, le Conseil a considéré comme abusif le fait pour la société Decaux de procéder à des pratiques dilatoires et de maintenir son mobilier après la date d'expiration de son contrat avec l'agglomération rennaise. Le Conseil a estimé que ce comportement avait eu pour effet de faire obstruction au remplacement du mobilier, de renchérir le coût du changement de prestataire pour la collectivité et de priver le nouvel exploitant d'une partie de ses recettes. Le Conseil a relevé et qu'il était aussi de nature à dissuader tant les concurrents de soumissionner aux appels d'offres, que les autres collectivités locales de changer à leur tour de fournisseur (04-D-32).

- **Ciseau tarifaire**

Dans une décision relative au secteur des télécommunications, le Conseil a sanctionné les sociétés France Télécom et SFR pour avoir, sur leur réseau respectif, pratiqué des tarifs pour les communications *fixe vers mobile* pour les entreprises de taille moyenne, d'une part, et pour les grands comptes, d'autre part, qui ne couvraient pas les coûts incrémentaux supportés pour ce type de prestations (04-D-48).

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**

Clauses d'exclusivité

Dans une affaire relative au secteur des lessives industrielles, le Conseil a considéré que le fait que la mise à disposition gratuite du matériel de lavage et d'approvisionnement en lessive soit assortie d'une clause d'exclusivité n'était pas de nature à contraindre les demandeurs à ne s'approvisionner qu'auprès de ce fournisseur détenant la part de marché la plus élevée. Le Conseil a, en effet, relevé que cette exclusivité résultait d'un choix fait librement que la seule obligation en cas de changement de distributeurs de lessives était celle de restituer le matériel de lavage et que les sociétés concurrentes proposaient également le même système (04-D-28).

Diffusion de courriers ou de plaquettes commerciales

Dans une affaire relative au secteur des images de collection, le Conseil a considéré que la diffusion par la société Panini d'un courrier à la société SFP, qui distribuait les produits Upper Deck, pour lui faire part d'un différend opposant Panini et Upper Deck sur la détention des droits de certains joueurs de football, ne constituait pas une pratique de dénigrement anticoncurrentielle,

mais une contestation relative à la détention de droits d'auteurs, d'autant que la rupture entre Upper Deck et SFP reposait sur des raisons d'ordre purement (04-D-55).

Politique commerciale

Dans la même affaire, le Conseil a considéré que la mise en place, par Panini, de 40 collections pendant une année ne saurait être qualifiée en tant que telle de pratique anticoncurrentielle, rien ne démontrant que cet accroissement de l'offre avait pour objet de nuire à la mise en place de collections concurrentes (04-D-55).

- **Refus de vente ou de contracter afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché**

Le Conseil a rappelé cette année que la liberté de choix des demandeurs, qui joue un rôle crucial dans l'économie de marché et qui justifie qu'un fabricant soit libre de modifier la structure de son réseau de distribution sans que ses contractants bénéficient d'un droit acquis au maintien de leur situation, légitime, dans les mêmes conditions, l'organisation par un fabricant de son réseau de maintenance, qui ne peut dès lors être en tant que telle constitutive d'un abus de position dominante (04-D-60).

- **Refus d'accès afin d'empêcher l'accès de concurrents au marché**

Dans une affaire relative à la distribution de la suite « *Pack Office Pro* » de Microsoft, le Conseil a rappelé que le refus de licence n'était pas anticoncurrentiel en soi, puisqu'il relevait de la liberté commerciale du propriétaire du bien intellectuel, sauf si ce bien était essentiel à l'activité de l'entreprise demanderesse. En l'espèce, le Conseil a notamment relevé que des suites concurrentes à celle de Microsoft existaient, que l'entreprise demanderesse avait doublé ses ventes durant la période concernée et que les deux constructeurs bénéficiaires de la licence OEM de la suite *Pack Office Pro* n'en avaient pas équipé tous leurs ordinateurs vendus pendant la période, si bien que la licence de pré-installation de la suite en question n'avait pas été considérée comme essentielle à l'activité d'assembleur de micro-ordinateurs. Le refus la concernant n'a donc pas été estimé abusif (04-D-76).

S'agissant de mesures conservatoires, dans une affaire relative aux secteurs du téléchargement de musique sur internet et des baladeurs numériques, le Conseil a estimé qu'il était exclu que le DRM *FairPlay* puisse être considéré, dans l'état actuel du marché, comme une facilité essentielle pour les plates-formes légales de téléchargement de musique en ligne. Il a considéré que le risque d'élimination de la concurrence apparaissait très réduit, que le lien de causalité entre la position éventuellement dominante d'Apple sur le marché des baladeurs à disque dur et la situation de la concurrence sur le marché du téléchargement n'était pas établi et, qu'en toute hypothèse, le critère d'obstacles à l'apparition de produits nouveaux sur le marché, posé par la jurisprudence communautaire, n'était pas rempli. Le Conseil en a déduit qu'à supposer même qu'il existe un marché des baladeurs numériques sécurisés à disque dur et que la société Apple dispose d'une position dominante sur ce marché, les éléments caractérisant un abus n'étaient pas réunis en l'état du dossier (04-D-54).

- **Introduction de procédures judiciaires abusives**

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.

Il avait été fait application de ce principe l'année dernière s'agissant d'une saisine du Conseil de la concurrence (03-D-59). Le Conseil l'a rappelé cette année, dans une affaire relative au marché des guides pratiques à vocation touristique, à propos d'une action en justice introduite devant le tribunal de grande instance de Paris (04-D-23).

- **Subventions croisées, aides commerciales accordées à une filiale, prix prédateurs**

Prix prédateurs

Dans une affaire relative à des liaisons maritimes à destination de l'île d'Yeu, le Conseil a rappelé que la détermination du caractère éventuellement prédateur de prix pratiqués nécessite de déterminer les coûts pertinents supportés sur ce marché et de les comparer aux recettes tirées de cette activité. Il s'est appuyé sur la décision *Deutsche Post* de la Commission européenne du 20 mars 2001, selon laquelle, pour une entreprise chargée d'une mission de service public et offrant simultanément, à partir des mêmes infrastructures, des prestations sur un marché concurrentiel, le concept de coûts pertinents à prendre en compte, afin d'évaluer si le prix des prestations offertes en concurrence est abusif, est celui des coûts incrémentaux (c'est-à-dire les coûts que l'entreprise ne supporterait pas si elle n'exerçait pas l'activité concurrentielle). Les coûts incrémentaux excluent les coûts que l'entreprise est obligée d'engager pour assurer la mission de service public qui lui est confiée et qu'elle serait obligée d'engager même si elle n'offrait pas de prestations en concurrence (notamment les coûts fixes communs à la mission de service public et à l'activité concurrentielle). Dans cette affaire, une expertise a procédé à la définition de ces coûts. Il en est ressorti que les tarifs du transport de passagers sur la vedette rapide « *l'Amporelle* » d'avril à septembre, étaient fixés à un niveau supérieur à celui des coûts incrémentaux propres à la fourniture de ce service. L'abus de position dominante n'a, par conséquent, pas été établi (04-D-79).

Dans une affaire relative au secteur de l'électricité, le Conseil a suivi une interprétation des pratiques conforme à celle qu'avait eu la Commission européenne, et a abouti à la conclusion que la pratique de prix prédateurs de la part d'EDF n'était pas établie (04-D-19).

Subventions croisées

Le Conseil a rappelé cette année sa jurisprudence constante sur les subventions croisées, tirée notamment des décisions Citelum et Française des jeux (00-D-47 et 00-D-50), selon laquelle pouvait 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 elle (une subvention croisée pouvant, à elle seule, par sa durée, sa pérennité et son importance, avoir un effet potentiel sur le marché).

Ainsi, dans une affaire relative à des liaisons maritimes à destination de l'île d'Yeu, le Conseil a relevé que l'abus ne pouvait pas être établi, l'activité de la Régie exercée en situation de monopole étant déficitaire et ne dégageant donc pas d'excédents de ressources susceptibles d'être utilisés pour financer un déficit de l'activité exercée en concurrence. Il avait en outre été démontré que les recettes de cette activité en concurrence couvraient les coûts incrémentaux associés à cette activité (04-D-79).

Dans une affaire relative au secteur de la fourniture d'accès à internet, le Conseil a relevé que, bien que les commissions versées par Wanadoo à France Télécom au titre de l'« *Accord cadre de commercialisation du service Wanadoo dans le réseau des agences commerciales de France Télécom* » ne couvraient pas l'ensemble des dépenses engagées par France Télécom pour assurer ce service, il n'était pas établi que le solde ait été financé par un excédent de ressources tiré de l'exploitation de son quasi-monopole sur la boucle locale et non par des ressources dégagées par d'autres activités concurrentielles de l'opérateur historique ni, en outre, que la prise en charge par France Télécom d'une partie des coûts de commercialisation des services de Wanadoo se soit accompagnée d'une pratique de prix prédateurs, ou à défaut ait entraîné une perturbation durable du marché qui n'aurait pas eu lieu sans elle (04-D-73).

- **Pratiques discriminatoires**

Dans une affaire relative au secteur de la distribution de la presse, le Conseil a considéré qu'il ne pouvait pas être établi de pratique discriminatoire à l'encontre du plaignant qui, d'une part, ne se trouvait pas dans la même situation que celui à l'égard duquel il alléguait une discrimination et qui, d'autre part, n'avait pas demandé à bénéficier du même traitement (04-D-38).

Dans une affaire relative à la distribution de la suite « *Pack Office Pro* » de Microsoft, le Conseil a considéré que le caractère abusif de la discrimination tarifaire, qui demeurait limitée au regard des quantités très différentes (se situant dans un rapport de 1 à 1 000) achetées par les grands constructeurs, n'était pas établi (04-D-76).

- **Pratique n'ayant pas d'effet sur le marché**

Dans une affaire relative au marché des espaces publicitaires pour les établissements d'enseignement privé dans la presse spécialisée, le Conseil a relevé que la société *Famille éducatrice* s'était rendue coupable de pratiques discriminatoires en refusant, sans motif valable, de publier dans sa revue *Famille et Éducation* les annonces de cours de vacances de l'institution Pierre Grise, alors qu'elle avait continué à diffuser les annonces pour certains établissements hors contrat dispensant des cours à l'année (la société d'édition

n'acceptant plus de publier les annonces d'écoles privées hors contrat que pour des cours de vacances). Le Conseil a estimé que cette pratique n'avait affecté qu'une part infime du marché de l'enseignement privé hors contrat (04-D-14).

Dans une affaire relative au secteur des télécommunications, le Conseil a estimé que la remise offerte par France Télécom sur un abonnement au téléphone fixe (six mois d'abonnement gratuit à l'option Primaliste Longue Distance) à l'occasion de la souscription d'un abonnement de téléphonie mobile n'était pas susceptible d'avoir un effet anticoncurrentiel du fait de son caractère peu attractif, de ses modalités d'octroi ainsi de l'absence de publicité et de la courte durée de l'offre (04-D-22).

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

Le Conseil a rappelé cette année sa jurisprudence constante (01-D-49) concernant la notion de dépendance économique : « *la dépendance économique, au sens de l'article L. 420-2, alinéa 2, du Code de commerce, résulte de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur, de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, à condition toutefois que cette part ne résulte pas d'un choix délibéré de politique commerciale de l'entreprise cliente, enfin, de la difficulté pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents. Cette jurisprudence précise que ces conditions doivent être simultanément réunies pour entraîner cette qualification* » (04-D-11 ; 04-D-26 ; 04-D-44).

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).

La Cour de cassation a précisé, dans un arrêt du 3 mars 2004, que : « [...] *L'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation*

d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il s'en déduit que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique au sens de l'article L. 420-2 du Code de commerce ».

Les situations constitutives d'une dépendance économique

Dans une affaire relative au secteur des produits sanguins à usage non thérapeutique, le Conseil a constaté que la société Reims Bio ne disposait pas de la possibilité de substituer au GIPCA un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables, ce dernier se trouvant en situation de quasi-monopole, et à tout le moins en position dominante, sur le marché des produits sanguins répondant aux exigences imposées par les laboratoires pharmaceutiques dans leurs cahiers des charges. Le Conseil a également observé que la part du GIPCA représentait environ 90 % des approvisionnements de la société Reims Bio et que l'approvisionnement dans d'autres établissements français ou par le recours aux importations était difficile voire risqué. Il a estimé qu'il ne saurait être reproché à la société Reims Bio de n'avoir pas diversifié ses sources d'approvisionnement dans l'intervalle entre le démarrage de ses activités et l'arrêt des livraisons du GIPCA (sept mois), les exigences très strictes de ses clients devant être satisfaites dans des délais très brefs. Il a noté que Reims Bio n'a pas disposé du temps nécessaire pour se constituer, en quelques mois d'existence, un réseau de fournisseurs ou pour chercher des solutions alternatives,. Le Conseil a enfin relevé un contexte particulier lié au fait que le gérant de la société Reims Bio ne pouvait *a priori* s'attendre à une rupture brutale et unilatérale de ses relations commerciales avec le GIPCA, compte tenu des délais de préavis importants pratiqués habituellement dans ce secteur d'activité. Le Conseil en a conclu que la société Reims Bio se trouvait en état de dépendance économique vis-à-vis du GIPCA (04-D-26).

Dans une affaire relative au secteur de l'exploitation et de la distribution des films dans les Antilles, le Conseil a constaté que les sociétés du groupe Filmdis étaient en position de quasi-monopole et que les exploitants de salles n'avaient pas de solutions alternatives car, d'une part, une clause d'exclusivité leur imposait de prévenir ces sociétés en cas d'appel à un autre distributeur et, d'autre part, les distributeurs métropolitains contactés avaient déjà refusé aux exploitants de salles indépendants qui s'étaient adressés à eux de leur fournir des films, vers les sociétés du groupe. Le Conseil en a conclu que les exploitants de salles indépendantes se trouvaient en situation de dépendance économique vis-à-vis des sociétés du groupe Filmdis (04-D-44).

Les situations non constitutives d'une dépendance économique

Dans une affaire relative au secteur des articles de décoration, le Conseil a estimé que l'état de dépendance économique n'était pas établi, la répartition en valeur des achats de la demanderesse permettant de constater que la

baisse des achats effectués auprès de la société mise en cause après la dénonciation d'un contrat d'exclusivité avait été compensée par des achats effectués auprès d'autres fournisseurs (04-D-11).

Dans une affaire relative au secteur du transport des petits colis, le Conseil a estimé que l'état de dépendance économique n'était pas établi, car, malgré des déclarations de la société Doody faisant effectivement apparaître qu'une part très importante de son chiffre d'affaires provenait de la société DPD France, rien n'indiquait ni que cette dernière, en liquidation judiciaire, bénéficiait d'une notoriété faisant d'elle un partenaire commercial obligé, ni qu'il était impossible à la société Doody de proposer ses prestations à d'autres clients (04-D-36).

La notion d'abus de dépendance économique prohibé

Dans une affaire relative au secteur des produits sanguins à usage non thérapeutique, le Conseil a considéré comme abusif le fait pour le GIPCA d'avoir cessé, de façon discriminatoire par rapport à IJB, brusquement et pour des raisons injustifiées, ses livraisons auprès de Reims Bio, et ce en dépit des difficultés inhérentes à la mise en place, dans un temps raisonnable, d'un approvisionnement alternatif auprès d'un autre fournisseur et malgré les relations stables que le gérant de Reims Bio entretenait avec le GIPCA depuis de longues années. Le Conseil a sanctionné cette pratique qui avait eu pour objet et pour effet d'entraîner la disparition de Reims Bio et de déstabiliser le marché aval des produits sanguins transformés (04-D-26).

Dans une affaire relative au secteur de l'exploitation et de la distribution des films dans les Antilles, le Conseil a considéré que constituaient des abus par les sociétés Filmdis et Cinésogar de l'état de dépendance économique des exploitants, les clauses des contrats-types conclus entre Filmdis, Cinésogar et les exploitants de salles soumettant à l'accord de ces sociétés tout approvisionnement en films auprès de concurrents ou encore imposant aux exploitants le recours à un établissement agréé pour vérifier l'état du matériel de projection. Ont aussi été considérées comme abusives ainsi que les pratiques consistant à servir ces salles indépendantes en copies systématiquement en dernier et dans des délais incompatibles avec une exploitation commerciale raisonnable et à leur imposer unilatéralement une programmation et la fixation des prix des places (04-D-44).

■ 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 2004, le Conseil de la concurrence n'a fait application de ce texte qu'une fois dans sa décision 04-D-49 du 28 octobre 2004, relative au secteur de l'insémination artificielle bovine.

La plupart des conventions passées entre les centres d'insémination et les vétérinaires comportent des clauses prévoyant que les opérations d'insémination sont soumises à la tarification définie par le centre, les vétérinaires agissant par ailleurs comme prestataires de service de la coopérative.

Le Conseil a rappelé dans la décision que les ententes et actions concertées ayant pour objet et pour effet de faire obstacle à la libre fixation des prix par le jeu du marché contreviennent directement au régime de liberté des prix en vigueur en France depuis l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 1er décembre 1986 et sont, en principe, considérées par les autorités de concurrence communautaire et nationale comme gravement préjudiciables au bon fonctionnement du marché. Mais il a relevé que l'arrêté du ministre de l'Agriculture du 20 février 2003 est venu fixer les conditions de tarification de mise en place de la semence bovine et que ce texte prévoit que le « *prix de revient* » de la mise en place est déterminé à partir de certains frais précisément énumérés. L'article 4 de ce décret dispose en outre que : « *la mise en place des doses est facturée aux éleveurs par le centre d'insémination, quel que soit le statut de l'agent intervenant, salarié ou libéral* ».

Le Conseil a relevé que, par ailleurs, la Cour de cassation, à plusieurs reprises et notamment dans un arrêt nº 7099 du 28 novembre 2000, avait écarté la qualification d'abus de position dominante invoquée à l'encontre des centres agréés du fait notamment des pratiques de tarification unique, en énonçant que « *le principe de la tarification unique et de l'utilisation de son matériel est imposé au centre d'insémination agréé en raison de l'exclusivité qui lui est conférée par la réglementation* ».

Le Conseil a donc considéré que les clauses de tarification unique mises en œuvre par les centres agréés pouvaient être regardées comme résultant de l'application d'un texte législatif au sens de l'article L. 420-4-I-1 du Code de commerce et, étaient, à ce titre, non soumises aux dispositions des articles L. 420-1 et L. 420-2 prohibant l'entente et l'abus de position dominante. Il a donc écarté l'application de ces articles pour ces pratiques.

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.

Aucune application de ce paragraphe n'a été effectuée en 2004.

■ Les pratiques de prix abusivement bas

L'article L. 420-5 du Code de commerce prohibe : « *les offres de prix ou pratiques de prix de vente aux consommateurs abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation, dès lors que ces offres ou pratiques ont pour objet ou peuvent avoir pour effet d'éliminer d'un marché ou d'empêcher d'accéder à un marché une entreprise ou l'un de ses produits. Les coûts de commercialisation comportent également et impérativement tous les frais résultant des obligations légales et réglementaires liées à la sécurité des produits* ».

Le Conseil a eu à statuer à deux reprises, au cours de l'année 2004, sur des pratiques alléguées de prix abusivement bas.

Le Conseil a rendu, le 1er avril 2004, une décision relative à des pratiques de la société UGC Ciné-Cité mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma (04-D-10). Ces pratiques concernaient la commercialisation, à compter de mars 2000, de la carte d'abonnement annuel « *UGC Illimité* », permettant un accès libre aux salles du groupe UGC au prix (en 2000) de 1 176 F, payable par mensualité de 98 F.

Le Conseil a rappelé que les conditions des prix abusivement bas étaient identiques à celles des prix prédateurs. Dans son avis nº 97-A-18 du 8 juillet 1997 concernant le secteur du disque, le Conseil a estimé que « *les dispositions envisagées qui définissent le prix abusivement bas par rapport aux coûts de production, de transformation et de commercialisation s'inscrivent dans la droite ligne de la jurisprudence communautaire et nationale sur les prix de prédation* ». Par contre, l'application des dispositions sur les prix abusivement bas de l'article L. 420-5 n'est pas limitée aux pratiques des entreprises en position dominante, à la différence des dispositions de l'article L. 420-2 dont relèvent les pratiques de prix prédateurs mises en œuvre par une entreprise en position dominante.

Le Conseil a rappelé, dans ce même avis, que la définition du prix prédateur telle qu'elle a été donnée par la Cour de justice des Communautés européennes, dans son arrêt AKZO du 3 juillet 1991, recouvre deux situations : « *des prix inférieurs à la moyenne des coûts variables* [...] *par lesquels une entreprise dominante cherche à éliminer un concurrent doivent être considérés comme abusifs ;* [...] *des prix inférieurs à la moyenne des coûts totaux qui*

comprennent les coûts fixes et les coûts variables, mais supérieurs à la moyenne des coûts variables, doivent être considérés comme abusifs lorsqu'ils sont fixés dans le cadre d'un plan ayant pour but d'éliminer un concurrent ». Le Conseil a précisé que « *en tout état de cause, seront pris en considération les coûts variables qui permettent de présumer un effet d'éviction ; la référence aux coûts moyens totaux ne peut être effectuée que si la pratique des prix bas est accompagnée d'indices suffisamment sérieux, probants et concordants d'une volonté de capter la clientèle au détriment du concurrent. Cette volonté peut résulter des conditions dans lesquelles la pratique a été mise en œuvre, notamment lorsqu'elle relève d'un comportement qui s'écarte de la politique commerciale habituelle du distributeur et/ou parce qu'elle est clairement dirigée contre un concurrent* ».

Le Conseil a recherché en l'espèce, sur le marché pertinent de l'exploitation des salles de cinéma de première diffusion non classées « *X* », l'existence éventuelle d'une volonté ou d'un effet d'éviction liés aux pratiques d'UGC. Il a ensuite examiné le niveau de prix de la carte UGC au regard des coûts.

Le Conseil a constaté sur le premier point que pour qu'une stratégie de prédation puisse se développer, il faut qu'elle soit pratiquée pendant un temps suffisamment long « *pour évincer les concurrents, dans l'espoir de récupérer les pertes subies en pratiquant des prix élevés une fois les concurrents sortis du marché* ». Le Conseil a ajouté que « *pour qu'une telle stratégie ait une chance d'être profitable, il faut, d'une part, que les concurrents ne puissent pas résister trop longtemps aux prix bas et décident de sortir assez vite du marché et d'autre part, qu'il existe des barrières à l'entrée substantielles sur le marché considéré, de manière à ce que les prix élevés pratiqués dans le futur n'induisent pas le retour des concurrents évincés ou l'entrée de nouveaux opérateurs* ». Or, le Conseil a jugé que ces deux conditions n'étaient pas réunies ici. En effet, les concurrents d'UGC disposant de réseaux de salles comparables ont été en mesure de proposer des cartes du même type que celles d'UGC et s'agissant des petits concurrents, UGC leur avait proposé, dès le début de la commercialisation de la carte illimitée, soit de vendre eux-mêmes la carte, soit de l'accepter dans leurs guichets. Le Conseil a par ailleurs constaté que le décret n° 2002-1285 du 24 octobre 2002 était venu fixer les conditions dans lesquelles un agrément de quatre ans renouvelable était octroyé par le CNC aux formules d'abonnement avec accès multiple, cet agrément garantissant un examen des risques d'éviction des concurrents présentés par les cartes.

Le Conseil a aussi souligné qu'aucun élément du dossier ne permettait d'établir que le nombre d'entrées réalisées par UGC avec sa carte aient correspondu à une perte d'entrées pour les salles indépendantes.

En l'absence de volonté d'éviction démontrée, le Conseil a recherché si le « *prix moyen* » d'une entrée en salle de cinéma achetée par le système de l'abonnement illimité était inférieur aux coûts variables moyens, évalués pour chaque billet à 19,45 F.

Le « *prix moyen* » d'une entrée en salle de cinéma achetée par le système de l'abonnement illimité est égal au prix de l'abonnement annuel divisé par la moyenne des consommations annuelles des titulaires de carte. Le Conseil a évalué la fréquentation moyenne des titulaires de la carte à 46 entrées par an,

ce qui, dans le cadre d'un abonnement à 1 176 F TTC conduit à un prix de place de 25,60 F, soit un prix très sensiblement supérieur au total des coûts variables par billet, égal au plus à 20 F. Le Conseil a constaté que cet écart avait d'ailleurs tendance à s'accroître.

« *Dès lors qu'il n'est pas établi que la société UGC a poursuivi ou réalisé un objectif d'éviction de ses concurrents du marché en commercialisant une carte d'abonnement* "illimité" *et qu'il est démontré que le comportement des spectateurs titulaires de cette carte ne permet pas de conclure que le prix de la carte est inférieur aux coûts variables, il n'est pas non plus établi que la société UGC a pratiqué des prix abusivement bas au sens de l'article L. 420-5 du Code de commerce* ».

Dans une décision n° 04-D-33 du 19 juillet 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur les marchés de certains produits d'électronique grand public, le Conseil a de même écarté les allégations de prix anormalement bas, constatant que les concurrents mis en cause par le plaignant étaient des distributeurs et que ceux-ci « *exercent, pour les produits concernés par la plainte, une activité de distribution, c'est-à-dire de revente en l'état. Il s'ensuit que les prix pratiqués ne tombent pas sous le coup de la prohibition édictée par les dispositions de l'article L. 420-5 précité* ».

■ La politique du Conseil en matière de sanctions

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 n° 2001-420, du 15 mai 2001, relative aux nouvelles régulations économiques, dite loi NRE, qui a élevé le plafond des sanctions pouvant être prononcées par le Conseil, à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxes, le plus élevé réalisé au cours de l'un des exercices clos depuis l'exercice précédant celui au cours duquel les pratiques ont été mises en œuvre, ou à trois millions d'euros si le contrevenant n'est pas une entreprise et a, par ailleurs, porté à 750 000 euros, pour chacun des auteurs des pratiques prohibées, le plafond des sanctions qui peuvent être prononcées à la suite d'une procédure simplifiée, c'est-à-dire ne comportant pas l'établissement d'un rapport (articles L. 464-2 et L. 464-5 du Code de commerce).

Ces nouvelles dispositions ont été appliquées pour la première fois par le Conseil de la concurrence, à des pratiques anticoncurrentielles, qui ont toutes été commises postérieurement à l'entrée en vigueur de la loi NRE du 15 mai 2001.

Par ailleurs, cette loi a introduit une procédure de transaction ainsi qu'une procédure de clémence dans le dispositif relatif aux sanctions, lesquelles devraient permettre de renforcer la lutte contre les pratiques anticoncurrentielles. Si les dispositions relatives à la procédure de transaction ont été

mises en œuvre par quatre fois en 2004 (04-D-30 et 04-D-42, 04-D-37, 04-D-65), aucune décision, consécutive à une procédure de clémence n'a encore été rendue.

Par ailleurs, l'ordonnance du 4 novembre 2004 a institué en droit français une procédure dite d'engagement, aux termes de laquelle le Conseil peut décider, en contrepartie d'engagements crédibles et vérifiables des entreprises, de clore la procédure sans statuer sur le caractère anticoncurrentiel des pratiques et sans prononcer de sanction pécuniaire (article L. 464-2-I §1 du Code de commerce).

Cette ordonnance donne également pouvoir au Conseil de la concurrence d'assortir d'astreintes les sanctions et injonctions qu'il prononce, à des entreprises ou organismes sanctionnés, dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'il fixe (article L. 464-2-II).

Tous les outils dont dispose le Conseil répondent au même objectif de rétablissement et de maintien, pour l'avenir, d'une situation normale de concurrence ; des sanctions pécuniaires significatives peuvent dissuader l'entreprise de réitérer ses pratiques anticoncurrentielles ; des engagements ou des injonctions préfigurent une modification substantielle et crédible des comportements de l'entreprise et l'abandon de ses pratiques anticoncurrentielles. Dans certaines situations de marché, les engagements pris par une entreprise en position dominante peuvent avoir, pour le respect des règles du jeu concurrentiel, une plus grande efficacité que les sanctions, en particulier si ces engagements traduisent une modification substantielle des pratiques de cette entreprise et si les autorités de concurrence sont mises en mesure d'en vérifier l'application effective (04-D-65).

L'aspect correctif : les injonctions et les engagements

Injonction de s'abstenir de certaines pratiques

Dans deux décisions, le Conseil de la concurrence, pour mettre fin aux pratiques relevées et à leurs effets, a enjoint aux entreprises de s'abstenir de certaines pratiques.

Ainsi, dans une décision relative au secteur de la distribution et de l'exploitation de films, le Conseil a enjoint aux sociétés Filmdis et Cinésogar de cesser d'imposer un prix des places aux exploitants de salles indépendants et de cesser d'imposer à ces derniers un réparateur agréé par elles, les prestations d'entretien pouvant être réalisées par toute entreprise compétente en la matière (04-D-44).

Dans une décision relative au secteur de l'insémination artificielle bovine, le Conseil a enjoint aux centres d'insémination artificielle, eu égard au caractère gravement anticoncurrentiel des pratiques de répartition de clientèle et d'interdiction ou de limitation de concurrence de supprimer des conventions passées avec les vétérinaires pour la pratique de l'insémination artificielle, toute clause de répartition de clientèle, de partage du marché, de restriction

ou d'interdiction de concurrence, et de cesser toute pratique ayant le même objet (04-D-49).

Injonction de prendre certaines mesures

Les injonctions de prendre certaines mesures dans le cadre de demandes de mesures conservatoires

Deux décisions relatives à des demandes de mesures conservatoires font état d'injonctions prononcées, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond, par le Conseil de la concurrence en 2004.

Dans une première affaire relative au secteur des télécommunications (04-MC-01), le Conseil a enjoint aux sociétés TPS et France Télécom d'insérer un avertissement technique, en caractères nettement lisibles, dans tous leurs documents promotionnels ou publicitaires relatifs à la commercialisation des services « *TPS L* » pour la société TPS et « *MaLigne tv* » pour la société France Télécom, diffusés à compter de la date de notification de la décision.

Par ailleurs, dans cette même décision, le Conseil a enjoint à la société France Télécom :
– d'autoriser la société Neuf Télécom, dans un délai de deux semaines à compter de la notification de la décision, à installer les équipements nécessaires au raccordement de ses DSLAM vidéo à son réseau de desserte en boucle, notamment les commutateurs Ethernet et de répondre aux commandes d'accès de la société Neuf Télécom, y compris lorsque cet opérateur est à la fois « *émetteur* » et « *preneur* » ;
– de présenter séparément, à compter de la date de notification de la présente décision, dans tout contrat relatif à des prestations ADSL vidéo, y compris dans les contrats existants, le prix du transport et le prix de desserte locale des flux vidéo. Cette présentation tarifaire doit préciser également que les deux prestations sont commercialement indépendantes et peuvent être assurées par deux opérateurs différents.

Dans la seconde affaire relative au secteur de la téléphonie mobile (04-MC-02), le Conseil a enjoint à Orange Caraïbe de supprimer l'ensemble des obligations d'exclusivité de ses contrats et de faire en sorte que, pour toutes les offres comportant des tarifs différents entre les communications *on net* et *off net* l'écart entre ces deux tarifs ne dépasse pas l'écart entre les coûts que Orange Caraïbe supporte pour l'acheminement de ces deux types de communications.

Par ailleurs, le Conseil a enjoint à Orange Caraïbe de permettre à ses clients d'utiliser les points de fidélité qu'ils ont acquis ou dont ils pourraient faire l'acquisition, en tant qu'*à valoir* venant en déduction du prix de tout achat d'un bien ou d'un service qu'elle propose à sa clientèle, la valeur du point étant celle fixée par Orange Caraïbe.

Enfin, le Conseil a enjoint à Orange Caraïbe d'avertir ses cocontractants de ces mesures, par lettre recommandée avec accusé de réception.

Les injonctions de prendre certaines mesures sanctionnant un comportement anticoncurrentiel

Dans plusieurs décisions caractérisant et sanctionnant un comportement anticoncurrentiel, le Conseil a enjoint aux entreprises et organismes condamnés de prendre certaines mesures.

Dans une décision relative au secteur de la distribution et de l'exploitation de films, le Conseil a enjoint aux sociétés Filmdis et Cinésogar :
– de publier leurs catalogues de films disponibles à une fréquence correspondant au rythme de la programmation ;
– et de respecter, en ce qui concerne l'ordre et les délais de passage des films, les termes de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris, en tenant compte des critères liés à la qualité des salles mais sans que cette prise en compte n'ait « *pour objet ou pour résultat de défavoriser systématiquement un exploitant par rapport à l'un de ses concurrents dans sa zone de chalandise* » (04-D-44).

Examen du respect des injonctions

Dans une décision relative au secteur de distribution de la presse, le Conseil a procédé à la vérification de l'exécution d'une injonction prononcée dans sa décision 03-MC-04 (confirmée par la cour d'appel par un arrêt du 12 février 2004). Saisi par les Messageries Lyonnaises de Presse (MLP) d'une demande de mesures conservatoires à l'encontre des NMPP, le Conseil avait enjoint à ces dernières d'accorder à leur concurrent un accès direct à leur logiciel « *Presse 2000* » qui devait permettre aux dépositaires de presse des MLP d'opérer un suivi efficace de la distribution des journaux. Il avait été prévu en outre, que cet accès devait intervenir dans des conditions économiques équitables, et qu'il devait être rendu compte au Conseil, par les parties, des dispositions prises par la société NMPP pour se conformer à cette injonction dans un délai de quatre mois. Lors du « *rendez-vous* » ainsi fixé par le Conseil, les parties en présence n'ont pas présenté de position commune. Les NMPP ont adressé au Conseil un compte-rendu de l'exécution de l'injonction, demandant qu'il leur soit donné acte des dispositions prises pour s'y conformer et sollicitent, le cas échéant, des éléments d'interprétation et de clarification de l'injonction, afin de leur permettre d'en respecter les termes, ainsi qu'un délai d'exécution supplémentaire. Les MLP, de leur côté, ont soutenu que les NMPP avaient sciemment formulé des propositions inacceptables, afin que l'injonction du Conseil restât lettre morte, et demandé au Conseil de constater que ces dernières étaient responsables du défaut de mise en œuvre des injonctions et afin de prononcer de nouvelles injonctions à leur encontre. Les NMPP ont expliqué que les propositions qu'elles avait faites, relativement aux conditions financières de l'accès direct au tronc commun du logiciel *Presse 2000* par les MLP, seul point restant litigieux à l'issue de la séance, reposaient sur une évaluation dont les détails relevaient du secret des affaires. La détermination des conditions économiques équitables imposées par le Conseil dans son injonction, ne pouvant se faire sur la base d'éléments auxquels les MLP n'avaient pas accès, le Conseil a considéré que la détermination d'une charge d'accès équitable au système *Presse 2000*, dans le cadre d'une injonction motivée par le refus d'accès et le

caractère probablement essentiel de l'accès direct à ce système informatique pour l'exercice d'une concurrence effective, ne pouvait se faire que sur la base de données précises, soumises au débat contradictoire. Estimant que les mesures prises par les NMPP ne justifiaient pas la levée de l'injonction, le Conseil a décidé qu'il ne pouvait, en l'état, prononcer de nouvelles injonctions et qu'il devait, en conséquence, se saisir d'office de la question du respect de l'injonction prévue dans sa décision 03-MC-04. Il a en outre, donné des lignes directrices aux parties pour la détermination de la charge d'accès au système *Presse 2000*, en indiquant notamment que cette charge d'accès ne devait pas « *être estimée à un niveau tel qu'il réduirait l'incitation des NMPP à investir et à améliorer les performances du système informatique installé chez les dépositaires* » (04-D-34).

Par ailleurs, en 2004, le Conseil de la concurrence a été amené à sanctionner à deux reprises des sociétés n'ayant pas respecté les injonctions prononcées par le Conseil dans des décisions antérieures.

La première décision a été rendue dans le secteur des télécommunications :

Dans sa décision 00-MC-01 du 18 février 2000, le Conseil de la concurrence avait enjoint à la société France Télécom de proposer aux opérateurs tiers, dans un délai maximum de huit semaines à compter de la notification de la décision, une offre technique et commerciale d'accès au circuit virtuel permanent pour la fourniture d'accès à internet à haut débit par la technologie ADSL ou toute autre solution technique et économique équivalente permettant aux opérateurs tiers l'exercice d'une concurrence effective, tant par les prix que par la nature des prestations offertes.

La décision en respect d'injonctions 04-D-18 fait suite à la décision 00-MC-01. En effet, le Conseil de la concurrence, après avoir constaté que la société France Télécom ne s'est pas conformée à l'injonction prononcée dans sa décision de mesures conservatoires 00-MC-01, a infligé à celle-ci une sanction pécuniaire de 20 millions d'euros (04-D-18).

La seconde décision a été rendue dans le secteur le secteur des escaliers préfabriqués en béton :

Saisi en respect d'une injonction de publication ordonnée dans une décision du 3 mars 2003, le Conseil a constaté que les obligations de publication demandées sont intervenues avec un retard de trois mois par rapport à la date fixée par le Conseil pour l'exécution de l'injonction.

Il a donc prononcé des sanctions pécuniaires à l'encontre des sociétés L'industrielle du béton, Le Béton mécanique, Morin système et architectonique (MSA), Normandie Béton, Prefa 26, Prefall, Préfabrication O-P Lafarge (OPL) et Lafarge béton Préfa et la société Socarel (04-D-47).

Procédure de transaction

Le Conseil de la concurrence a, cette année, fait application à quatre reprises de la procédure dite « *de transaction* » (procédure de non-contestation des griefs) introduite par la loi n° 2001-420 du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques qui ajoute, notamment, un II à l'article L. 464-2 du Code de commerce (devenu III suite à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du

4 novembre 2004), 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* ».

La procédure de transaction, qui peut être mise en œuvre pour des pratiques d'ententes et d'abus de position dominante, consiste dans la non-contestation des griefs notifiés ainsi que dans la prise d'engagements de la part de l'entreprise ou l'organisme en cause, qui pourra ensuite prétendre à une réduction de la sanction encourue devant le Conseil.

Les engagements proposés par les entreprises devant le rapporteur général dans le cadre de cette procédure, qui interviennent donc après la notification des griefs ne doivent, en revanche, pas être confondus avec la procédure dite d'engagements de l'article L. 464-2 I, qui clôt la saisine devant le Conseil sans imposition de sanction mais également sans qualification du caractère anticoncurrentiel des pratiques.

Le Conseil a fait application de la procédure de transaction dans deux affaires concernant des ententes à l'occasion d'appels d'offres à des marchés publics.

Dans la première affaire, il était fait grief à cinq entreprises de transport routier d'avoir, préalablement au dépôt de leurs offres pour le marché du transport scolaire en Haute-Corse, échangé des informations relatives à l'intérêt qu'elles portaient à l'attribution de certains lots, d'avoir élaboré leurs offres en concertation et d'avoir déposé des offres présentées comme concurrentes, alors qu'elles étaient en réalité élaborées par la même personne (04-D-30).

Dans la seconde affaire, il était fait grief à plusieurs entreprises d'avoir échangé des informations avant le dépôt des offres, afin de faire attribuer le marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier à la société Armoricaine de restauration et de travaux. Plus précisément, il était reproché à cette société d'avoir communiqué son étude de prix à cinq entreprises, qui l'avaient ensuite utilisée pour établir leurs propres offres de couverture (04-D-42).

Dans ces deux affaires, le Conseil, après avoir établi le caractère anticoncurrentiel des pratiques en cause, a suivi les propositions du rapporteur général en terme de taux de réfaction des sanctions pécuniaires encourues (50 %).

Dans la décision 04-D-42, le Conseil a précisé que « *pour établir qu'une entreprise ne conteste pas la réalité des griefs notifiés, il faut que soit rapportée la preuve qu'elle ne conteste ni la réalité des pratiques notifiées, ni leur qualification au regard des dispositions du Code de commerce, ni l'imputabilité de ces pratiques à la personne morale qui demande le bénéfice des dispositions de l'article L. 464-2-II* ».

Dans la décision 04-D-30, les entreprises en cause ont souscrit de nouveaux engagements devant le Conseil en séance.

L'ensemble de ces engagements consiste notamment « *à ne procéder à aucune concertation anticoncurrentielle dans le cadre d'appels d'offres publics ou privés ; lorsqu'elles répondront à un appel à concurrence, fournir, avec l'offre qu'elles auront faite, systématiquement, la liste des entreprises avec lesquelles elles ont pu être en contact, notamment dans le cadre d'un groupement ou dans le cadre d'un projet de sous-traitance, allant au-delà d'un premier contact sur la possibilité d'un tel projet ; rappeler systématiquement les termes et l'importance de cet engagement à tous ses responsables et à tous ses salariés qui seraient susceptibles de se trouver en contact avec ses concurrents. Cette information pourra être faite, par exemple, par note écrite à l'ensemble du personnel ou par des séances de formation, qui rappelleront que la participation à une pratique anticoncurrentielle constitue une faute grave, susceptible d'entraîner le licenciement de son auteur ; lorsqu'elles répondront à un appel à concurrence, fournir, avec l'offre qu'elles auront faite, systématiquement, la liste des entreprises avec lesquelles elles ont pu être en contact, notamment dans le cadre d'un groupement ou dans le cadre d'un projet de sous-traitance, allant au-delà d'un premier contact sur la possibilité d'un tel projet* ».

Le Conseil a également appliqué la procédure de transaction dans deux autres affaires, mais concernant cette fois-ci des abus de position dominante.

La première concernait les pratiques mises en œuvre par la société OGF dans le secteur des pompes funèbres. En position dominante sur le marché des obsèques des défunts transportés aux funérariums de Villeneuve-Saint-Georges, Bry-sur-Marne et Saint-Maur, il était reproché à cette entreprise de mettre en œuvre, dans la gestion de ses chambres funéraires, des pratiques de nature à créer la confusion dans l'esprit des familles entre l'activité de la chambre funéraire municipale et son activité d'organisateur de funérailles. Il lui était également fait grief de mettre en œuvre dans ses relations avec des établissements de soins et des maisons de retraite situés dans les mêmes secteurs géographiques, des pratiques qui ont incité ces établissements à s'adresser à elle de manière préférentielle pour le transfert des corps en chambre funéraire, influençant ainsi le choix des familles qui, dès lors que ces dernières s'adressaient à un autre prestataire pour l'organisation des obsèques, devaient prendre en charge le coût préalable du transport au funérarium.

Prenant acte de la non-contestation des griefs et au vu des engagements présentés devant lui, le rapporteur général a proposé une réduction de la sanction encourue entre 40 et 50 %.

Le Conseil, rappelant sa jurisprudence traditionnelle dans ce domaine, a considéré que le propriétaire d'une chambre funéraire ne devait pas profiter de sa qualité de gestionnaire pour perturber le jeu de la concurrence sur le marché des prestations commerciales funéraires, en influençant indûment le choix que les familles seraient tentées de faire en faveur d'un autre opérateur pour l'organisation des obsèques.

Ainsi, après avoir établi le caractère anticoncurrentiel de la pratique, il a estimé que les engagements souscrits par la société OGF étaient susceptibles de mettre un terme aux pratiques reprochées et lui a enjoint de les respecter.

Ces engagements consistent notamment à veiller à ce que l'exploitation d'une agence commerciale sur le site de la chambre funéraire le soit dans des locaux distincts de ceux abritant la chambre funéraire, à distinguer dans les annuaires téléphoniques « *pages jaunes* » les adresses respectives de chacune des deux installations, à informer le public de sa liberté de choix de l'opérateur funéraire et à ce qu'aucune documentation commerciale relative à ses activités d'organisation de funérailles ne soit exposée, distribuée ou mise à disposition du public dans les locaux abritant ces chambres funéraires, à l'exception de la liste des opérateurs funéraires habilités de la commune ou du département.

Par ailleurs, elle s'est engagée à ce que l'utilisation de ses signes distinctifs à l'extérieur du site le soit sur des supports distincts de ceux annonçant au public la présence d'une chambre funéraire et à ne pas, lorsque l'enceinte du site comprend une agence commerciale, apposer ou accoler ses signes distinctifs sur les murs du local abritant la chambre funéraire. Ces signes ne doivent être utilisés que sur les locaux abritant l'agence commerciale ou pour les besoins de la signalisation de celle-ci. Enfin, s'agissant des conventions conclues avec des établissements de santé, la société OGF s'est engagée à ne pas remettre en vigueur les conventions de partenariat.

Le Conseil a cependant précisé que les engagements souscrits s'inscrivent dans le contexte des marchés sur lesquels une position dominante a été constatée, ainsi que dans le cadre législatif et réglementaire existant et qu'ils devraient par conséquent être reconsidérés en cas de perte de cette position dominante ou en cas d'évolution du cadre législatif et réglementaire ayant un impact sur les conditions de respect des engagements pris (04-D-37).

La seconde affaire concernait des contrats commerciaux proposés par La Poste au secteur de la VPC et les modalités de calcul de ses remises. Il lui était reproché d'avoir fait un usage abusif de son monopole en accordant des remises commerciales fidélisantes dans le cadre de ses activités en concurrence et d'avoir globalisé les chiffres d'affaires de ses clients servant de base au calcul des remises, sans distinguer selon qu'il s'agissait du secteur en concurrence ou du secteur sous monopole. Ces remises de couplage et de fidélité incitant les clients à concentrer leur demande auprès de La Poste, ont ainsi freiné le processus d'ouverture à la concurrence.

La Poste, qui n'a pas contesté les griefs, a proposé des engagements au vu desquels le rapporteur général a considéré qu'il convenait de proposer une réduction de 40 à 50 % de la sanction encourue.

Les engagements souscrits consistent, pour ce qui concerne les produits sous monopole, à ne pas pratiquer de remises commerciales et de développement qui auraient pour objet ou pour effet de traiter d'une manière discriminatoire des clients exerçant leur activité sur le même marché et pour ce qui concerne les produits ou les services en concurrence et dès lors que La Poste serait en position dominante sur l'un des marchés concernés par les pratiques en cause, à ne pas pratiquer des remises de couplage dont l'assiette serait constituée par le chiffre d'affaires additionné de deux ou plusieurs prestations échangées sur des marchés distincts, ainsi que des remises de fidélité (remises de développement) dont l'assiette serait constituée par la progression du chiffre d'affaires des bénéficiaires. La Poste a également pris l'engagement

d'adapter dans les meilleurs délais et au plus tard dans un délai de douze mois ses dispositifs commerciaux à chaque modification du périmètre de son secteur réservé, notamment pour éliminer tout mécanisme de couplage tarifaire entre les activités en concurrence et celles du secteur réservé et après la décision du Conseil, d'informer l'ensemble des responsables commerciaux et territoriaux des termes et de l'importance de ces engagements et enfin, leur rappeler périodiquement ces dispositions dans le cadre de la formation interne des personnels concernés.

Le Conseil a considéré dans cette affaire que ces engagements pouvaient avoir, pour le respect des règles du jeu concurrentiel, une plus grande efficacité que des sanctions, en particulier parce qu'ils permettent une modification substantielle des pratiques de La Poste et parce que le Conseil est en mesure d'en vérifier l'application effective.

Il a ainsi estimé que ces engagements pris par La Poste sont substantiels et apportent une modification satisfaisante des comportements, revêtent un caractère crédible et vérifiable, et ont, d'ailleurs déjà été mis en œuvre depuis 2003.

Dans cette affaire également, l'entreprise en cause a précisé et enrichi les engagements initialement proposés devant le rapporteur général en séance devant le Conseil. La Poste a ainsi pris l'engagement de réduire sensiblement le délai d'adaptation de ses dispositifs commerciaux pour tenir compte de l'ouverture à la concurrence de nouveaux segments du marché et a précisé que le délai de douze mois mentionné dans ses engagements écrits n'était qu'une limite maximale, prévue à titre de sécurité juridique pour les cas où les modifications de la réglementation seraient plus difficiles à anticiper (04-D-65).

Une fois que le Conseil a accepté les engagements, dont le contenu a pu évoluer entre le moment où l'entreprise les a souscrits auprès du rapporteur général et la séance (04-D-30 ; 04-D-65), il fixe le montant de l'amende qu'il convient d'infliger aux entreprises en cause.

Pour ce faire, le Conseil procède en deux étapes. Il prend d'abord comme base de calcul le montant qui serait pris en compte en l'absence de procédure de transaction et applique à ce montant un taux de réfaction déterminé au regard de la crédibilité des engagements souscrits par l'entreprise. Dans un deuxième temps seulement, il vérifie que le montant de l'amende ainsi obtenu ne dépasse pas le plafond qui a dû, en application de l'article 464-2 II (devenu III suite à l'entrée en vigueur de l'ordonnance du 4 novembre 2004), être réduit de moitié.

Sur la réduction de moitié du plafond de la sanction, le Conseil doit au préalable déterminer quel plafond de sanction doit être choisi, selon que les faits incriminés sont antérieurs ou postérieurs à l'entrée en vigueur de la loi NRE du 15 mai 2001. En effet, le plafond sera de 5 % (qu'il conviendra donc de diviser par deux, soit 2,5 %) pour les pratiques ayant été mises en œuvre avant la loi NRE (04-D-30 ; 04-D-37 ; 04-D-42) et de 10 % (divisé par 2, soit 5 %) pour les pratiques auxquelles sont applicables les nouvelles dispositions de la loi NRE (04-D-65). Cependant, quand le président du Conseil décide qu'une affaire sera traitée en procédure simplifiée conformément à l'article L. 463-3, les sanctions pécuniaires ne peuvent, en tout état de cause, excéder le plafond fixé au titre de la procédure simplifiée (article L. 464-5),

qui est de 76 224 € (500 000 francs) pour les pratiques antérieures à la NRE (04-D-30 ; 04-D-37) et de 750 000 € pour les pratiques postérieures (04-D-65).

Enfin, pour ce qui est de la réfaction proposée par le rapporteur général, le Conseil a rappelé qu'il pouvait la confirmer (04-D-30 ; 04-D-37 ; 04-D-42) mais n'étant pas lié par cette proposition, il peut également la réduire, par exemple de 50 à 20 % (03-D-45), ou encore l'augmenter. Tel a été le cas dans l'affaire de La Poste où le Conseil a appliqué une réfaction de 90 % alors que le rapporteur général avait proposé une fourchette de 40 à 50 %. Le Conseil a en effet considéré que les engagements pris par La Poste étaient substantiels, crédibles et vérifiables, et qu'ils apportaient une modification suffisante des comportements qui avaient été à l'origine de la saisine d'office du Conseil en juillet 2002 et avaient d'ailleurs été mis en œuvre depuis 2003 (04-D-65).

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

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. 464-2 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, à de nombreuses reprises, appliqué au cours de l'année 2004 les anciennes dispositions (04-D-03, 04-D-09, 04-D-12, 04-D-13, 04-D-21, 04-D-25, 04-D-26, 04-D-30, 04-D-32, 04-D-37, 04-D-39, 04-D-42, 04-D-43, 04-D-44, 04-D-48, 04-D-49, 04-D-50, 04-D-56, 04-D-70,04-D-75).

Pour la première fois cependant, le Conseil de la concurrence a appliqué les nouveaux plafonds issus de la loi du 15 mai 2001, à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de cette dernière (04-D-07, 04-D-08, 04-D-47).

Par ailleurs, le nouveau plafond de sanction quand l'affaire fait l'objet d'une procédure simplifiée (qui a également été porté à 750 000 euros) a été appliqué pour la première fois, au cours de l'année 2004 pour des pratiques commises après l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 (04-D-39, 04-D-43, 04-D-78).

Le Conseil a été amené à appliquer dans une affaire relative à l'abattage d'animaux de boucherie les dispositions antérieures et postérieures à la loi NRE, en fonction de la date de commission des pratiques. Pour les pratiques ayant consisté à refuser l'accès à l'abattoir de Laval et à se répartir les capacités de l'abattoir, en cours à la date de l'entrée en vigueur de la loi NRE (18/05/2001), le Conseil a appliqué le nouveau plafond plus sévère prévu par cette loi (750 000 € en cas de procédure simplifiée), dès lors que la saisine était postérieure au 18/05/2001 (art. 94 loi NRE). En revanche, pour la pratique ayant consisté à maintenir des tarifs à un niveau artificiellement bas, qui a duré jusqu'en mars 2001 et qui a donc eu lieu exclusivement avant l'entrée en vigueur de la loi NRE, le Conseil a considéré qu'elle relevait de l'ancien texte ancien prévoyant un plafond de 76 224 €.

Motivations des sanctions pécuniaires

Aux termes de l'article L. 464-2 du Code de commerce, 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* ».

La gravité des faits

- **La nature des pratiques en cause**

Les ententes à l'occasion d'appels d'offres

Le Conseil a encore rappelé cette année le caractère grave, par nature, des ententes mises en œuvre à l'occasion d'appels d'offres (04-D-42) et a repris le principe posé par la Cour de cassation, dans un arrêt en date du 24 mars 1998, société SADE-Compagnie générale de travaux hydrauliques, selon lequel « *la tromperie de l'acheteur public érigée en système perturbe le secteur où elle est pratiquée et porte une atteinte grave à l'ordre public économique* ». Leur gravité résulte encore du fait que par leurs agissements, les sociétés ont trompé le maître de l'ouvrage sur la réalité de la concurrence et ont aussi limité l'intensité de la pression concurrentielle à laquelle auraient été soumises les entreprises si elles s'étaient déterminées de manière indépendante (04-D-50).

La particulière gravité des échanges d'informations préalables au dépôt des offres entre soumissionnaires concurrents à un marché public, ayant eu pour objet et pouvant avoir pour effet d'aboutir à une répartition des marchés, a encore été rappelée par le Conseil dans deux autres décisions (04-D-03 et 04-D-43).

En conséquence, ces pratiques anticoncurrentielles sont répréhensibles du seul fait de leur existence, peu importe que leur auteur ait, ou non, obtenu le marché ou que celui-ci ait été annulé pour d'autres raisons que celles tenant au respect des règles de concurrence, car ces pratiques ont abouti à fausser

le jeu de la concurrence que les règles des marchés publics ont pour objet même d'assurer.

Ainsi, le Conseil tient compte pour apprécier la gravité des faits du fait que les pratiques de concertation qui se sont traduites par des surcoûts pour la collectivité locale, ont eu pour objet ou pu avoir pour effet de faire échec au déroulement normal de la procédure d'appel d'offres organisée pour une mise en concurrence des entreprises (04-D-08 ; 04-D-78).

Les ententes verticales ou horizontales sur les prix et marges

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, sont des pratiques particulièrement graves car préjudiciables au bon fonctionnement du marché et donc aux avantages que peuvent en attendre les consommateurs (04-D-12 ; 04-D-07).

Le Conseil rappelle son rapport d'activité pour l'année 1987, dans lequel il avait expliqué dans un chapitre consacré aux « *ententes sur les prix et les marges* » qu'il est « *très attaché à ce que soit préservée sur les marchés où s'affrontent différents producteurs ou différents distributeurs l'indépendance de chacun des opérateurs dans ses décisions de prix. Cette indépendance dans les décisions est en effet une condition nécessaire à l'émergence d'une compétition sur les prix, qui, pour n'être que l'une des formes par laquelle la concurrence joue, n'en constitue pas moins un des éléments déterminants en ce qu'elle oblige chacun des opérateurs à faire l'utilisation la plus économique possible des ressources qu'il mobilise* ». Le Conseil a repris également une décision de la Commission européenne, concernant les accords tarifaires entre la société Volkswagen et son réseau de concessionnaires, dans laquelle elle a considéré que les pratiques en cause *« visaient à supprimer ou, au moins, à restreindre la concurrence par les prix, qui constitue l'un des facteurs les plus importants du jeu de la concurrence. Les pratiques en cause représentent par conséquent une altération particulièrement profonde de la concurrence, de sorte qu'elles constituent par nature une infraction très grave aux règles de la concurrence »* (décision du 29 juin 2001) (04-D-12).

Le boycott

Dans une décision relative à une entente entre les commissaires-priseurs, lesquels avaient décidé ensemble de suspendre leurs publicités dans La Gazette des Tribunaux du Midi tant que les tarifs n'auraient pas diminué, le Conseil a relevé que les pratiques concertées de boycott visant à faire obstacle à la fixation des prix par le libre jeu de la concurrence revêtaient un caractère grave en soi, même si le marché affecté par la pratique et le dommage à l'économie étaient d'un montant limité (04-D-56).

Les remises liées

Dans une décision relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste, le Conseil a considéré les remises de fidélité et les remises de couplage proposées par La Poste (ayant pour objet d'inciter les clients à concentrer leur demande auprès du fournisseur en position dominante) étaient des pratiques

anticoncurrentielles graves, d'autant plus graves qu'elles émanent d'un opérateur historiquement protégé par un monopole qui doit, dans le processus d'ouverture à la concurrence, faire preuve d'une particulière vigilance au regard des règles de concurrence (04-D-65).

- **Les caractéristiques des pratiques relevées**

Le fait que la société Codes Rousseau, en situation de position dominante, ait capté l'essentiel d'un marché est considéré comme grave d'autant que le marché affecté est de dimension nationale. De plus, en entretenant la confusion dans l'esprit de ses clients entre son produit commercial et un équipement officiel, la société Codes Rousseau a aggravé les effets des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre (04-D-09).

Le refus de vente, utilisé par une entreprise en position dominante comme moyen de faire obstacle à la concurrence par les prix, constitue un abus grave (04-D-12).

Le fait qu'une entreprise, auteur de pratiques anticoncurrentielles, détienne un monopole de droit ou de fait ou bénéficie d'une exclusivité publique ou privée emporte nécessairement des conséquences graves sur le marché. Tel a été le cas dans une affaire concernant une société bénéficiant tout à la fois du monopole de la gestion de trois chambres funéraires et d'une délégation exclusive du service public des pompes funèbres sur trois communes (04-D-30).

Le fait que les pratiques d'un groupe restreint de trois entreprises aient abouti à la confiscation d'un équipement public à leur seul bénéfice, alors qu'à l'origine les services de cet établissement public étaient ouverts à tous usagers potentiels sans discrimination (04-D-39).

Le fait que des pratiques aient été mises en œuvre par une entreprise en situation de quasi-monopole sur le marché amont de la distribution des films et par une entreprise sous-distributrice, à l'encontre des exploitants de cinéma indépendants en concurrence, sur le marché de l'exploitation des salles, avec les propres salles de ces sociétés distributrices, doit être pris en compte pour apprécier leur caractère grave (04-D-44).

Le fait que des pratiques aient été mises en œuvre par une entreprise en situation de quasi-monopole sur le marché amont des produits sanguins à l'encontre de la seule entreprise française présente sur le marché aval des produits sanguins en France (04-D-26).

Le fait, pour des entreprises agréées par les pouvoirs publics et se trouvant en position de quasi-monopole, d'utiliser de façon abusive les pouvoirs qui leur sont conférés dans le cadre de leur agrément pour tenter d'exclure toute possibilité de concurrence, est particulièrement grave, d'autant plus que ces comportements concertés au niveau national ont une influence sur l'ensemble du territoire. Le Conseil a considéré que les clauses de répartition de clientèle et d'interdiction ou de limitation de concurrence prévues dans les contrats entre inséminateurs et vétérinaires, révélaient un caractère gravement anticoncurrentiel (04-D-49).

Le fait que des manœuvres illicites d'obstruction, de retardement et de discrimination aient été développées et aient eu pour effet d'entraver la concurrence sur l'affichage à Rennes sont d'autant plus graves qu'elles

avaient pour objet de menacer la municipalité et les concurrents de l'afficheur (04-D-32).

- **La réitération des pratiques**

Le fait que la société PFG ne pouvait ignorer la portée anticoncurrentielle de ses agissements dès lors que, dans une décision n° 90-D-06 du 16 janvier 1990, le Conseil l'avait déjà condamnée pour des pratiques similaires mises en œuvre au funérarium de Fontainebleau, a été reconnu comme facteur aggravant (04-D-37).

- **L'effet de fermeture du marché**

Ont été considérées comme de nature à fermer le marché :
– la pratique de non-respect d'injonction de France Télécom, qui lui a permis de fermer à ses concurrents le seul canal technique qui leur restait ouvert, et de rester sur le marché en situation proche du monopole (04-D-18) ;
– les pratiques mises en œuvre par un opérateur en position dominante, visant, par le déférencement total ou partiel de plusieurs concurrents, à empêcher ou à restreindre l'accès de ces concurrents à la distribution en grande et moyenne surface, sur un marché dans lequel il existe de fortes barrières à l'entrée, et qui se sont étalées sur plusieurs années (04-D-13).

- **Le pouvoir d'influence des auteurs**

L'importance et l'autorité de l'auteur des pratiques

Dans la décision relative au secteur de la boulangerie, le Conseil a estimé que les faits reprochés à la Fédération de la Marne sont très graves, à cause de son rôle pivot et déterminant dans la préparation et la commission de l'entente anticoncurrentielle (04-D-07).

De façon générale, les pratiques émanant d'ordres professionnels, compte tenu de l'autorité dont ils disposent sur leurs membres, sont sévèrement sanctionnées (04-D-07 ; 04-D-25).

Le fait qu'une pratique ait été mise en œuvre par un opérateur historique qui, compte tenu de la position que lui confère sa position dominante sur les marchés de la téléphonie fixe, dispose de la maîtrise de beaucoup des paramètres dont dépendent les conditions de l'entrée sur le marché de nouveaux concurrents et détient, de plus, des avantages concurrentiels déterminants, notamment en termes d'intégration verticale et de présence sur l'ensemble des marchés, rend d'autant plus grave son recours à des pratiques ne relevant pas d'une concurrence par les mérites (04-D-48).

Le fait que les pratiques émanent d'un opérateur historiquement protégé par un monopole, La Poste, qui doit, dans le processus d'ouverture à la concurrence, faire preuve d'une particulière vigilance au regard des règles de concurrence (04-D-65).

Le fait que les pratiques émanent d'une entreprise appartenant à un groupe important traditionnellement chargé de l'exploitation du service public des pompes funèbres, disposant de ce fait d'une position historique forte (04-D-70).

La vulnérabilité particulière des demandeurs

Les comportements anticoncurrentiels des sociétés de pompes funèbres sont d'autant plus graves que les familles des défunts se trouvent, au moment où elles accordent leur confiance, dans un état de dépendance tenant, d'une part, à la nécessité d'organiser rapidement les funérailles et, d'autre part, au désarroi provoqué par le deuil (04-D-21).

La vulnérabilité particulière d'une société nouvellement créée a été prise en compte dans l'appréciation de la gravité des pratiques qui ont eu, par ailleurs, directement pour effet d'entraîner la cessation de paiement de cette société, puis sa mise en liquidation judiciaire l'année suivante (04-D-26).

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 rappelle que « *le dommage causé à l'économie est indépendant du dommage souffert par le maître d'ouvrage en raison de la collusion entre plusieurs entreprises soumissionnaires et s'apprécie en fonction de l'entrave directe portée au libre jeu de la concurrence* » (13 janvier 1998 ; Fougerolle Ballot), et que « *ces pratiques anticoncurrentielles qui caractérisent un dommage à l'économie sont répréhensibles du seul fait de leur existence, en ce qu'elles constituent une tromperie sur la réalité de la concurrence dont elles faussent le libre jeu, nonobstant la circonstance que l'échange d'informations entre entreprises sur le prix a été suivie d'une adjudication inférieure aux estimations du maître d'œuvre* [...] ». Ainsi il ressort que, pour apprécier le dommage à l'économie, le Conseil tient compte du montant du marché concerné (04-D-03).

Lorsque le dommage à l'économie n'est pas directement mesurable, le Conseil l'apprécie au regard de la dimension des marchés affectés par la pratique et du chiffre d'affaires de l'entreprise en cause. Ainsi, le Conseil a apprécié le dommage au marché au regard du chiffre d'affaires illicite réalisé par un groupe, du fait de la prolongation de ses campagnes d'affichage au-delà de la date de terminaison de son contrat exclusif (04-D-32).

Dans une autre affaire, le Conseil a pris en compte l'augmentation des recettes résultant de la pratique anticoncurrentielle (04-D-56).

- **La durée des pratiques**

Entente des commissaires-priseurs limitée à une durée de six mois (04-D-56).

Entente sur les prix et le réassortiment d'articles de sport ayant un caractère ponctuel et limité dans le temps (04-D-12).

La répétition de pratiques consistant en groupement d'entreprises, concertations et dépôts d'offres de couverture pendant plusieurs années, est un facteur de réduction de la concurrence ayant entraîné une hausse des prix constatés (04-D-50).

- **Les effets conjoncturels**

La captation d'un nouveau marché par un opérateur en position dominante affecte durablement le marché, puisque les ventes du produit en cause lui

ont permis d'augmenter son chiffre d'affaires et de renforcer sa position dominante (04-D-09).

Le maintien de la position quasi monopolistique de l'auteur de la pratique anticoncurrentielle sur le marché national du mobilier urbain publicitaire (04-D-32).

L'affectation des capacités concurrentielles d'autres opérateurs empêchant ainsi l'accès au marché (04-D-39).

Le renchérissement du prix des travaux d'un lot de 13 % par rapport au prix concurrentiel (04-D-42).

La raréfaction des offres par une intégration verticale (04-D-44).

Les surcoûts résultant de l'entente mis à la charge de la préfecture et l'absence de capacité de négocier ou de refuser les prix proposés de celle-ci. Dans ces circonstances particulières de faible sensibilité de la demande au prix, toute action concertée illégale qui vise à augmenter le prix ne peut pas être contre-carrée par le pouvoir de négociation de l'acheteur public (04-D-78).

- **Les effets structurels**

L'exclusion des opérateurs tiers du marché a pour effet le maintien artificiel de l'opérateur France Télécom en situation de quasi-monopole historique (04-D-18).

La déstabilisation de l'ensemble de la filière d'approvisionnement des laboratoires pharmaceutiques en produits sanguins transformés, les obligeant à s'approvisionner par voie d'importations en produits sanguins transformés de moins bonne qualité (04-D-26).

L'insertion de clauses conventionnelles visant à restreindre l'accès des vétérinaires à l'insémination artificielle bovine (04-D-49).

- **Les caractéristiques du marché**

Les caractéristiques du marché ayant amplifié le dommage résultant de la pratique

Le fait que la baguette soit un produit d'alimentation de forte importance pour les ménages (04-D-07).

Le fait qu'il existe déjà de fortes barrières à l'entrée dues à la réglementation liée à l'appellation d'origine (04-D-13).

Le fait qu'il s'agissait d'un marché naissant de la fourniture en gros des accès ADSL (04-D-18).

Le fait que le marché était historiquement réglementé et ouvert depuis peu à la concurrence (04-D-21).

Le fait que les pratiques ont retardé l'entrée de nouveaux opérateurs sur le marché des communications fixes vers mobiles (04-D-48).

La situation individuelle des entreprises

Dans la décision relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne, le Conseil a fixé les sanctions en

considération de la situation de chaque boulangerie, c'est-à-dire en fonction du chiffre d'affaires du dernier exercice clos et du nombre de baguettes annuellement vendues (04-D-07).

Le Conseil tient compte du chiffre d'affaires de chaque entreprise en cause ainsi que de son implication dans la pratique (04-D-08 ; 04-D-39 ; 04-D-49 ; 04-D-75).

- **Les caractéristiques dépourvues d'incidence sur les sanctions à prononcer**

Le fait que la communication du chiffre d'affaires ne soit pas intervenue en même temps que la notification des griefs n'a aucune incidence sur le prononcé des sanctions par le Conseil (04-D-49).

- **Les caractéristiques de nature à aggraver la sanction**

Le fait qu'une organisation professionnelle, à qui la loi confie la mission de défendre les intérêts d'une profession, limite de manière délibérée la concurrence par les prix, surtout sous couvert d'assistance apportée aux entreprises ne s'estimant pas en mesure de calculer leur prix de revient, n'est pas admis par le Conseil.

Le fait qu'une organisation professionnelle et représentative ait pris une part importante dans l'organisation et la mise en œuvre des pratiques sanctionnées alors que sa mission d'assistance et de conseil juridique devait l'inciter à mettre ces adhérents en garde contre le caractère manifestement anticoncurrentiel de leur comportement est de nature à aggraver la sanction (04-D-49).

Le fait qu'une société impose des prix au détail et retarde volontairement la livraison du réassortiment des distributeurs ne respectant pas les prix (04-D-12).

Le fait que deux entreprises se soient entendues pour jeter la suspicion sur la qualité des produits d'une tierce entreprise afin de dégrader la position de cette dernière sur le marché, est grave, même en l'absence d'effet mesurable sur le marché en cause (04-D-75).

L'ampleur de la concertation est considérée comme cause aggravante lorsque sur les huit entreprises ayant répondu à un appel public à la concurrence lancé par la préfecture, cinq d'entre elles se sont concertées pour présenter des offres de prix identiques (04-D-78).

- **Les caractéristiques de nature à justifier une sanction allégée ou nulle**

Le fait que les sociétés sont en liquidation judiciaire rend inopportune une sanction pécuniaire (04-D-15).

Le fait que le chiffre d'affaires de la société en liquidation soit d'un montant faible (04-D-74).

Le fait que les sociétés en cause n'ont jamais été condamnées pour infraction au droit de la concurrence peut alléger la sanction (04-D-30).

Le fait que la pratique en cause ait pris fin (04-D-21 ; 04-D-65).

Le fait que le retard mis dans l'exécution de la publication ordonnée par le Conseil n'ait engendré aucun dommage à l'économie (04-D-47).

- **Prise d'engagement dans le cadre d'une procédure de transaction**

Dans quatre décisions, le Conseil a pris acte d'engagements de la part d'entreprises dans le cadre de procédures de transaction (04-D-30 ; 04-D-37 ; 04-D-42 ; 04-D-65).

Le détail de ces engagements figure au chapitre relatif à la transaction.

Le plafond des sanctions

La détermination du chiffre d'affaires à prendre en compte comme plafond

Au terme de l'article L. 464-2 du Code de commerce, 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 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.

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 (04-D-07, 04-D-25 ; 04-D-49).

La détermination du plafond légal

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* ».

Compte tenu du caractère non rétroactif de la loi du 15 mai 2001, le Conseil de la concurrence a, au cours de l'année 2004, encore appliqué ces anciennes dispositions aux pratiques commises avant l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001 (04-D-03, 04-D-09, 04-D-12, 04-D-13, 04-D-21, 04-D-25, 04-D-26, 04-D-30, 04-D-32, 04-D-37, 04-D-39, 04-D-42, 04-D-43, 04-D-44, 04-D-48, 04-D-49, 04-D-50, 04-D-56, 04-D-70,04-D-75)

Cependant, pour la première fois depuis l'entrée en vigueur de la loi du 15 mai 2001, le Conseil de la concurrence a appliqué les nouveaux plafonds à des pratiques commises après l'entrée en vigueur de cette loi (04-D-07, 04-D-08, 04-D-47).

Le plafond prévu par l'article L. 464-2 du Code de commerce modifié par la loi du 15 mai 2001, est ainsi passé de 5 % à 10 % du chiffre d'affaires mondial hors taxe lorsque le contrevenant est une entreprise.

Si le contrevenant n'est pas une entreprise, le montant maximum de la sanction est désormais fixé à 3 millions d'euros.

Par ailleurs, lorsque 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 750 000 euros pour chacun des auteurs des pratiques prohibées.

Le Conseil de la concurrence a mis en œuvre la procédure simplifiée, dans le cadre de ce nouveau plafond, à de nombreuses reprises au cours de l'année 2004 (04-D-39, 04-D-43, 04-D-78).

Publication des décisions

La publication des décisions du Conseil constitue une sanction à l'égard des entreprises, mais surtout, participe à la mission de prévention attribuée au Conseil, chargé d'assurer la défense d'un ordre public économique. En effet, la publicité donnée à une décision de sanctions permet d'alerter autant les acteurs du marché que les consommateurs sur le caractère anticoncurrentiel de certaines pratiques. C'est la raison pour laquelle le Conseil enjoint que ces publications soient faites dans des organes de presse susceptibles de toucher le maximum de personnes concernées par les pratiques.

Cas de publications

Dans la décision relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne, le Conseil de la concurrence a ordonné la publication du dispositif de la décision dans le journal régional l'Union, aux frais de la Fédération de la boulangerie de la Marne, et ce, dans le délai de 30 jours à compter de la notification de la décision (04-D-07).

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre par la société Codes Rousseau dans le secteur des supports pédagogiques pour auto-écoles, le Conseil a ordonné la publication, dans la revue *La Tribune des auto-écoles*, de la seconde partie de la décision, précédée de son titre, ainsi que du dispositif de la décision (04-D-09).

Dans la décision relative aux pratiques mise en œuvre dans le domaine des honoraires d'architecte dans les marchés de maîtrise d'œuvre en Aquitaine, le Conseil a ordonné la publication d'une partie de la décision par les deux organisations mises en cause, aux seuls frais du Conseil de l'ordre des architectes d'Aquitaine, dans la revue *le Moniteur des travaux publics* (04-D-25).

Dans la décision relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie, le Conseil de la concurrence a ordonné la publication d'une partie de la décision et de son dispositif, dans une édition de *Ouest France* diffusée dans le département de la Mayenne, dans un délai de trois mois à compter de la notification de la décision, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires par les sociétés STAL, Mayenne Viande, les Fermiers de l'Erve et Privileg (04-D-39).

Dans la décision relative à l'attribution de marchés publics organisés par la commune de Grasse dans le secteur des transports scolaires et périscolaires, le Conseil a ordonné la publication dans le quotidien *Nice Matin* des visas et du dispositif de la décision aux frais partagés des quatre sociétés condamnées et au prorata du montant des amendes infligées (04-D-43).

Dans sa décision relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'insémination artificielle bovine, le Conseil de la concurrence a ordonné la publication d'un résumé de la décision et de son dispositif dans les revues *La France Agricole* et *la Semaine vétérinaire* et a précisé que cette publication devait s'effectuer à l'initiative de l'UNCEIA et à ses frais (04-D-49).

La motivation de la publication

- **Informer les professionnels du secteur**

Dans la décision relative aux pratiques mises en œuvre par la société Codes Rousseau dans le secteur des supports pédagogiques pour auto-écoles, le Conseil a estimé qu'il était nécessaire d'informer les auto-écoles des pratiques mises en œuvre par la société Codes Rousseau afin d'en éviter le renouvellement (04-D-09).

Dans la décision relative aux pratiques mise en œuvre dans le domaine des honoraires d'architecte sur les marchés de maîtrise d'œuvre en Aquitaine, le Conseil a estimé que pour renforcer l'efficacité de la concurrence sur les marchés de maîtrise d'œuvre dans cette région, il convenait de porter à la connaissance des architectes de la région Aquitaine le caractère illicite des pratiques tendant à empêcher la libre négociation des prix par les maîtres d'œuvre pour la rémunération des candidats (04-D-25).

Dans la décision relative aux pratiques dans le secteur de l'insémination artificielle bovine, le Conseil a considéré qu'il convenait de porter à la connaissance des vétérinaires et des éleveurs le caractère illicite des pratiques mises en œuvre par les centres d'insémination artificielle (04-D-49).

- **Informer les collectivités locales**

Dans la décision relative aux honoraires d'architecte sur les marchés de maîtrise d'œuvre en Aquitaine, le Conseil a estimé que pour renforcer l'efficacité de la concurrence dans les marchés de maîtrise d'œuvre dans cette région, il convenait de porter à la connaissance des collectivités territoriales le caractère illicite des pratiques tendant à empêcher la libre négociation des prix mises en œuvre par l'ordre des architectes d'Aquitaine et l'association A&CP (04-D-25).

Dans la décision relative à l'attribution de marchés publics organisés par la commune de Grasse dans le secteur des transports scolaires et périscolaires, le Conseil a considéré qu'en raison de la particulière gravité du cartel collusif mis en place sur une longue période, il y avait lieu d'attirer l'attention des autorités locales en ordonnant la publication de la décision (04-D-43).

- **Informer les consommateurs**

Dans la décision relative au secteur de la boulangerie dans le département de la Marne, le Conseil, constatant l'inquiétude publique provoquée par les

hausses du prix de la baguette, majoritairement relayée par la presse locale, a considéré il y avait lieu d'inciter le public à la vigilance et de l'informer de la décision sanctionnant cette entente sur la hausse du prix de la baguette en ordonnant la publication du dispositif de la décision (04-D-47).

Dans la décision relative à l'attribution de marchés publics organisés par la commune de Grasse dans le secteur des transports scolaires et périscolaires, le Conseil a considéré qu'en raison de la particulière gravité des pratiques relevées, ayant conduit à la mise en place d'un cartel collusif sur une longue période, il convenait d'attirer l'attention des consommateurs des pratiques anticoncurrentielles mises en œuvre dans ce secteur et a ordonné la publication de la décision (04-D-43).

Transmission au ministre de l'Économie

Aucune application en 2004.

Transmission du dossier au procureur de la République

Dans la décision relative au secteur de la boulangerie dans le département de la Marne, le Conseil a considéré que, compte tenu de la part personnelle et déterminante de personnes physiques dans la conception, l'organisation et la mise en œuvre d'ententes sur les prix et de la violation délibérée et intentionnelle des règles de concurrence, il y avait lieu de transmettre le dossier au parquet du tribunal de grande instance de Châlons-en-Champagne pour un examen de l'opportunité de poursuites sur le fondement des dispositions de l'article L. 420-6 du Code de commerce (04-D-07).

Dans la décision relative aux secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie, le Conseil a considéré que les pratiques relevées étaient de nature à justifier l'application de l'article L. 420-6 du Code de commerce et qu'il convenait de transmettre le dossier au procureur de la République (04-D-39).

Transmission du dossier à la commission d'examen des pratiques commerciales

Aucune application en 2004.

■ Les avis rendus en matière de concentration

Le Conseil a rendu en 2004 quatre avis relatifs à des opérations de concentration :
– plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Sogebra-Heineken dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR (café, hôtellerie, restauration) (avis nº 04-A-07 du 18 mai 2004) ;

– plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Kronenbourg dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR (café, hôtellerie, restauration) (avis n° 04-A-08 du 18 mai 2004) ;
– l'acquisition par le groupe SEB d'une partie des actifs du groupe Moulinex (avis 04-A-16 du 28 juillet 2004) ;
– l'acquisition par la société Arc international des sociétés Groupe Vachaud Distribution, Financière Saint Laurent, Piffaut et Calfens-Lesage (avis 04-A-20 du 22 octobre 2004).

La contrôlabilité de l'opération

Un cas particulier : les avis rendus en mai 2004 dans le secteur de la distribution de la bière

Le droit applicable

Les opérations visées par les saisines du ministre, réalisées entre 1997 et 2001, n'avaient pas fait l'objet de notifications au titre de l'article 38 de l'ordonnance du 1er décembre 1986 (devenu l'article L. 430-3 après sa codification dans le Code de commerce). Le ministre de l'Économie a en conséquence saisi le Conseil pour avis en application des dispositions de l'article L. 430-1, dans sa rédaction préalable à la loi du 15 mai 2001 relative aux nouvelles régulations économiques (loi NRE), qui donnaient au ministre le pouvoir de contrôler *a posteriori* les opérations non notifiées et définitivement réalisées. C'est la première fois que le ministre faisait usage de ce pouvoir, qui a été remplacé dans le nouveau régime de contrôle des concentrations institué par la loi NRE, par les dispositions prévues à l'article L. 430-8 du Code de commerce. On peut noter que selon les termes de l'article L. 430-1, dans sa rédaction préalable à la loi NRE, la soumission, par le ministre de l'Économie, de l'opération à l'avis du Conseil, comme la remise de cet avis par le Conseil, n'étaient encadrées par aucun délai.

La société Heineken avait fait valoir devant le Conseil de la concurrence et devant le Conseil d'État que les nouvelles dispositions de la loi NRE et l'article 50 du décret du 30 avril 2002 pris pour son application avaient abrogé les anciennes dispositions sur lesquelles étaient fondées ces saisines et qu'en conséquence, elles étaient privées de base légale. Par un arrêt du 9 juillet 2003, le Conseil d'État a rejeté le recours formé par la société Heineken contre le refus du ministre de retirer la saisine le concernant, au motif que la saisine du ministre de l'Économie a le caractère d'un acte préparatoire et ne constitue pas en elle-même une décision susceptible de faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir et qu'il en est de même du refus de retirer cette saisine.

Le Conseil d'État a cependant considéré, au surplus, que les opérations devenues irrévocables antérieurement à l'entrée en vigueur de la loi NRE demeuraient régies par les règles de fond et de procédure fixées par les articles L. 430-1 et L. 430-7 du Code de commerce dans leur rédaction issue de l'ordonnance du 1er décembre 1986, c'est-à-dire préalable à la loi NRE, et des textes pris pour son application.

Les seuils quantitatifs

Le Conseil a donc examiné si les seuils en termes de chiffres d'affaires ou de parts de marchés prévus à l'article L. 430-1, dans sa rédaction antérieure à la NRE, étaient atteints. Il a constaté, dans l'avis 04-A-07, que les seuils en parts de marché étaient dépassés par le groupe Heineken-Sogebra sur le marché de la bière consommée hors domicile et, dans l'avis 04-A-08, que, sur ce même marché, le groupe Kronenbourg réalisait également plus de 25 % des ventes.

Les conditions tenant à la nature de l'opération

Aux termes de l'article L. 430-2 du Code de commerce dans sa rédaction antérieure à la loi NRE du 15 mai 2001, « *la concentration résulte de tout acte, quelle qu'en soit la forme, qui emporte transfert de propriété ou de jouissance sur tout ou partie des biens, droits et obligations d'une entreprise ou qui a pour objet, ou pour effet, de permettre à une entreprise ou à un groupe d'entreprises d'exercer, directement ou indirectement, sur une ou plusieurs autres entreprises une influence déterminante* ».

Dans les deux avis concernés, les opérations avaient prix la forme soit de l'acquisition de la totalité du capital d'une entreprise, soit d'une prise de participation minoritaire, soit du passage d'une participation minoritaire à la détention de la totalité des actions. Sur ces deux derniers cas, le Conseil a, à cette occasion, précisé les critères à examiner, en ligne avec la jurisprudence dégagée par les autorités européennes.

• Les prises de participation minoritaires

S'agissant de la prise de participation minoritaire, le Conseil a noté que l'exercice par l'actionnaire minoritaire et de façon exclusive, d'une influence déterminante sur l'activité de l'entreprise cible, peut découler d'un faisceau de circonstances de droit et de fait. La notion de contrôle de droit s'applique aux situations dans lesquelles l'actionnaire minoritaire détient des droits particuliers qui lui permettent d'exercer une influence déterminante sur les décisions stratégiques et commerciales de la société, comme c'est le cas, par exemple, lorsque l'actionnaire minoritaire détient des actions préférentielles qui lui confèrent une majorité des droits de vote, ou encore des droits de veto sur les décisions stratégiques. En revanche, la détention par l'actionnaire minoritaire, d'un droit de préemption sur d'autres actions ne peut pas, en elle-même, lui donner un pouvoir de contrôle sur l'entreprise, à moins que l'exercice de ce droit de préemption soit certain et prévu à brève échéance, de sorte que les circonstances de droit et de fait en fonction desquelles les autorités de concurrence examinent l'opération, peuvent intégrer cette évolution.

Par ailleurs, lorsque le reste de l'actionnariat est dispersé, un actionnaire minoritaire peut se trouver en situation de contrôler, de fait, les activités de l'entreprise cible. L'exercice d'un contrôle de fait peut aussi trouver son origine dans le caractère inexorablement lié des activités des entreprises et de la reconnaissance par les actionnaires majoritaires du préjudice qu'ils subiraient s'ils venaient à s'opposer aux décisions de l'actionnaire minoritaire.

Le Conseil a ainsi considéré que l'acquisition par le groupe Heineken-Sogebra d'une participation de 49 % du capital de la société Cozigou n'était assortie d'aucune circonstance de nature à donner au brasseur une influence déterminante sur cette société, le droit de veto consenti à l'actionnaire minoritaire et la promesse d'achat qu'il avait signée n'excédant pas ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires pour protéger leurs intérêts financiers.

De même, dans l'avis 04-A-08, le Conseil a estimé que les prises de participation minoritaires réalisées par Kronenbourg dans le capital des sociétés Ferrer, Feuvrier, Murgier et Kihl, n'avaient pas conféré à Kronenbourg une influence déterminante sur ces quatre entreprises et ne constituaient donc pas des concentrations au sens de l'article L. 430-2 du Code de commerce. Le Conseil a examiné, pour aboutir à cette conclusion, plusieurs éléments.

En premier lieu, les opérations concernées avaient donné lieu à une modification des statuts. Les dispositions de ces statuts, relativement similaires d'une opération à l'autre, conféraient à Kronenbourg un droit de veto sur certaines décisions du conseil d'administration, relatives à des engagements financiers importants et un droit de préférence en cas de cession des actions. Kronenbourg avait, en deuxième lieu, conclu avec les groupes familiaux des sociétés Ferrer, Feuvrier et Kihl, des pactes d'actionnaires, comportant notamment une promesse de vente à échéance indéterminée de la totalité du capital en sa faveur. Le Conseil a considéré que, dans leurs modalités, aucune de ces dispositions juridiques n'excédait ce qui est normalement consenti à des actionnaires minoritaires afin de protéger leurs intérêts financiers et ne permettait à Kronenbourg de contrôler la stratégie de l'entreprise.

De plus, l'actionnariat majoritaire des sociétés concernées était constitué d'un groupe familial et était concentré entre les mains de quelques personnes. Enfin, au vu des éléments concernant les relations commerciales entre Kronenbourg et les entrepositaires concernés, il ne pouvait être soutenu que le brasseur exerçait un contrôle de fait sur les activités commerciales du distributeur. Les comités de gestion paritaires, qui devaient veiller au développement de ces relations commerciales et dont la création avait été prévue lors des opérations Ferrer, Feuvrier et Kihl, n'ont jamais vu le jour et l'effet du plan de développement des ventes de Kronenbourg conclu avec Murgier n'a pu être constaté.

- **Le passage d'une participation minoritaire à la détention de la totalité des actions**

Le Conseil s'est appuyé, pour l'analyse de ces cas, sur la communication de la Commission européenne relative au contrôle des concentrations qui précise qu'« *une opération doit également être considérée comme une concentration lorsqu'elle entraîne un changement dans la structure du contrôle, tel le passage d'un contrôle commun à un contrôle exclusif ou une augmentation du nombre d'actionnaires exerçant un contrôle en commun* ». Ainsi, préalablement à l'opération visée dans la saisine du ministre, le groupe Heineken-Sogebra (avis 04-A-07) détenait 37 % du capital de la société Desjonquères et cette participation était assortie de clauses de nature à lui donner, avec le groupe familial détenteur du solde des actions, un contrôle conjoint sur les activités commerciales de cet entrepositaire. À la suite de l'opération

visée dans la saisine, par laquelle le brasseur avait acquis le solde des actions, ce contrôle conjoint devenait exclusif et il a donc été considéré qu'elle constituait une concentration.

S'agissant de l'acquisition de Tafanel (avis 04-A-08), la participation minoritaire de 49,9 % détenue par Kronenbourg dans le capital de cette société, antérieurement à l'opération dont le Conseil est saisi, avait créé une situation dans laquelle le groupe familial Tafanel et le brasseur exerçaient conjointement le contrôle de l'entreprise. Dans ces conditions, l'opération par laquelle Kronenbourg est devenu propriétaire de la totalité du capital a été également analysée comme un changement de nature du contrôle.

En revanche, dans le même avis, pour les opérations Laclotre, Sobodis et Seca, aucun élément ne permettait d'affirmer que les participations minoritaires que Kronenbourg détenait dans le capital de ces sociétés, lui conféraient l'exercice d'une influence déterminante sur les actions de ces dites sociétés. Dès lors, l'acquisition du solde du capital qui lui a conféré la détention de la totalité des actions, a permis au brasseur d'exercer un contrôle exclusif sur ces sociétés et ces opérations ont été considérées comme des concentrations au sens de l'article L. 430-2 avant modification par la loi du 15 mai 2001.

La contrôlabilité du fait du renvoi en application de l'article 9, paragraphe 2, point a), du règlement européen sur les concentrations

Dans l'avis 04-A-16 relatif à l'acquisition par le groupe SEB d'une partie des actifs du groupe Moulinex, les chiffres d'affaires des entreprises concernées dépassaient les seuils prévus par le règlement (CEE) n° 4064/89 du Conseil du 21 décembre 1989 relatif au contrôle des opérations de concentrations et, conformément aux dispositions de l'article L. 430-2 du Code de commerce, l'opération n'était pas soumise aux dispositions du dit Code. Toutefois, le renvoi partiel a été demandé à la Commission par le ministre, en date du 7 décembre 2001 et accepté par décision du 8 janvier 2002.

Les conditions qualitatives et quantitatives posées par les articles L. 430-1 et L. 430-2 dans leur rédaction post NRE

L'acquisition par la société Arc international de la totalité du capital de plusieurs grossistes en arts de la table (les sociétés Vachaud Distribution, Financière Saint Laurent, Piffaut et Callens-Lesage) a été considérée comme une concentration au sens de l'article L. 430-1 du Code de commerce. Par ailleurs, le chiffre d'affaires total mondial hors taxes en 2002 du groupe Arc international et des quatre grossistes dépassait le seuil de 150 millions d'euros fixé à l'article L. 430-2 du Code de commerce. De plus, le chiffre d'affaires total hors taxes réalisé en France par le groupe Arc et par trois des grossistes cibles dépassait le seuil de 50 millions d'euros fixé au même article. Enfin, ces chiffres étaient inférieurs aux seuils communautaires de sorte que les trois conditions de l'article L. 430-2 étaient réunies.

La définition des marchés pertinents

Les marchés locaux de la distribution des bières à destination des établissements de consommation hors domicile (avis 04-A-07 et 04-A-08)

Reprenant une jurisprudence constante, tant des autorités communautaire que nationale (*cf.* notamment l'arrêt Delimitis/Heiniger Braü de la CJCE du 28 février 1991), le Conseil a rappelé que la consommation de bière devait être distinguée de celle d'autres boissons (cidre, mélange de boissons gazeuses et d'alcools, vin) et que le marché de la consommation de bière hors domicile dans les cafés, hôtels, restaurants (CHR) était distinct de celui de la consommation de bière achetée dans la distribution alimentaire.

S'agissant de la distribution de la bière en CHR, le Conseil a estimé qu'elle présentait des spécificités, notamment liées aux contraintes de l'approvisionnement en fûts de bières et aux relations particulières entre les débits de boissons et les brasseurs. Il a considéré qu'elle devait être distinguée de la distribution d'autres boissons, comme les vins et spiritueux, les boissons gazeuses sans alcools, les jus de fruits et les eux minérales, même si la distribution de ces autres boissons peut être assurée par les mêmes entrepositaires. Toutefois, contrairement à la bière en fûts, les CHR peuvent également s'adresser aux *cash and carry* pour ces autres boissons. Enfin, le fait que les entrepositaires cibles aient été acquis par des brasseurs et que les opérations s'analysent comme une intégration verticale entre la fabrication de la bière et sa distribution aux CHR, confortait la spécificité de la distribution de la bière par rapport à celle des autres boissons.

La distribution de la bière étant assurée par les entrepositaires pour les établissements CHR dans un rayon d'une centaine de kilomètres autour de leurs entrepôts, chacune de ces zones géographiques constitue un marché pertinent distinct.

Les marchés du petit électroménager ou PEM (avis 04-A-16)

S'agissant de l'acquisition par le groupe SEB d'une partie des actifs du groupe Moulinex, la Commission avait délimité dans sa décision du 8 janvier 2002, les marchés de produits pertinents concernés par l'opération et considéré qu'ils étaient de dimension nationale. Le Conseil avait déjà, dans un avis du 15 mai 2002, estimé qu'aucune circonstance propre aux marchés nationaux ne justifiait que soit remise en cause cette délimitation. Treize marchés du secteur du petit électroménager ont donc été analysés : friteuses électriques, grille-pains, cafetières électriques, machines expresso, bouilloires, fours posables, barbecues et grils électriques, cuiseurs vapeur, appareils à sandwiches et à gaufres, préparateurs culinaires, appareils pour repas informels (raclette, pierrades, etc.), fers à vapeur et centrales vapeur.

Les marchés des produits des arts de la table (avis 04-A-20)

L'opération examinée dans cet avis était l'acquisition par la société Arc international, fabricant de produits de verrerie et de vaisselle, de grossistes en

arts de la table (les sociétés Vachaud Distribution, Financière Saint Laurent, Piffaut et Callens-Lesage). Deux niveaux de marchés étaient donc concernés par l'opération : en amont, l'approvisionnement par les fabricants ou les importateurs, des divers circuits de distribution ; en aval, les marchés de la distribution.

Constatant que les grandes familles de produits d'arts de la table distribuées par les grossistes concernés (verrerie, vaisselle, couverts, objets de cuisine/cuisson) étaient proposées par des fabricants différents, le Conseil a estimé qu'ils se situaient sur des marchés différents, même si du point de vue des distributeurs, il convenait de pouvoir proposer une gamme complète de produits d'arts de la table. De plus, s'agissant des verres, le Conseil n'a pas exclu qu'il puisse être pertinent de distinguer les verres en cristal fabriqué à la main, objets de luxe. Il a cependant constaté, d'une part, que les données chiffrées disponibles ne permettaient pas d'évaluer les ventes sur un tel marché et d'autre part, qu'une telle distinction ne modifierait pas les conclusions de l'analyse, quant à l'absence de pouvoir de marché de la société Arc international.

Les distinctions effectuées sur ces marchés amont par grandes familles de produits ont été jugées globalement pertinentes pour les marchés avals de la distribution. Le Conseil a cependant estimé que les services rendus par les grossistes présentaient, par rapport à l'offre directe des fabricants et des importateurs, des caractéristiques qui les rendaient non substituables du point de vue des demandeurs. En revanche, il n'a pas considéré que devaient être distingués, au sein des grossistes, ceux livrant les grandes et moyennes surfaces et les autres, tous les grossistes étant en mesure d'assurer les mêmes services.

Les effets des opérations

Une analyse a posteriori des effets constatés d'une concentration (avis 04-A-16)

Contrairement aux cas les plus fréquents dans lesquels les opérations de concentration font l'objet, de la part des autorités de concurrence, d'un examen *a priori,* les effets de l'acquisition par le groupe SEB d'une partie des actifs de Moulinex, réalisée en 2001, ont été analysés dans l'avis 04-A-16 sur la base de constatations objectives et quantifiées faites sur les marchés concernés entre la réalisation de l'opération et les premiers mois de l'année 2004 (évolution des parts de marché, des prix et comportement des concurrents et des distributeurs).

Le Conseil a ainsi constaté que, sur l'ensemble des marchés concernés, les parts du nouveau groupe en 2003 étaient sensiblement inférieures au cumul des parts de marché du groupe SEB et du groupe Moulinex en 2000. Ce recul est essentiellement imputable à la chute des parts de marché des produits Moulinex. Les principaux concurrents du groupe SEB (Philips, De Longhi, Babyliss) soutenaient que les pertes de parts de marché des produits à la marque Moulinex n'étaient que temporaires et seraient rapidement récupérées. Suivant l'analyse faite par la Commission européenne dans sa décision

du 11 novembre 2003, le Conseil a toutefois estimé que les parts de marché perdues au profit d'autres marques notoires ou parce que la fabrication des produits, non rentable, avait été arrêtée, ne pourraient être récupérées qu'au prix d'investissements dans des produits innovants ou des campagnes de publicité. Les gains de parts de marché seraient alors imputables aux mérites propres du groupe et non à l'opération de 2001.

Le Conseil s'est également appuyé sur les évolutions de prix relevées sur les marchés concernés en 2202 et 2003. En dépit des problèmes de lecture de ses observations liés à leur caractère très globalisant et au rythme rapide des lancements de nouveaux produits sur ces marchés, il n'a pas relevé d'évolutions qui auraient indiqué que l'opération aurait eu pour effet de renforcer le pouvoir de marché du nouveau groupe.

Par ailleurs, le Conseil a noté que certaines des évolutions constatées sur ces marchés confirmaient l'analyse qu'il avait faite dans son précédent avis du 15 mai 2002. Ainsi, il avait alors estimé que les concurrents du groupe SEB sur les marchés du petit électroménager (Philips, Gillette-Braun, De Longhi/Kenwood, Bosch/Siemens) étaient de grands groupes d'envergure internationale, de taille et/ou de réputation au moins équivalente à celle du groupe SEB/Moulinex, et étaient en mesure d'exercer une pression concurrentielle effective sur la nouvelle entité. De fait, ces groupes ont également bénéficié de la disparition des rayons de nombreux produits de marque Moulinex. De même, les données analysées par le Conseil confirment la pénétration accrue de ces marchés par des produits d'entrée de gamme, en provenance de pays à moindres coûts de fabrication, qu'il s'agisse des MDD ou de produits « *sans marque* ». Enfin, les éléments recueillis auprès des distributeurs ont confirmé que la détention par le groupe SEB d'un portefeuille de six marques notoires et sa présence sur l'ensemble des gammes du petit électroménager n'avaient pas été de nature à contrebalancer la puissance d'achat de la grande distribution et à contraindre l'accès aux linéaires des concurrents.

Sur la base de ces considérations, le Conseil de la concurrence a été d'avis que la concentration, résultant du plan de reprise partielle d'actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB arrêté par le tribunal de commerce de Nanterre, n'avait pas été et n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence sur les marchés concernés. Le ministre de l'Économie a repris cette analyse dans une lettre du 16 août 2004 autorisant la concentration.

Les effets de l'intégration verticale entre producteurs et distributeurs (avis 04-A-08, 04-A-09 et 04-A-20)

Dans ces trois avis, le Conseil a été amené à se prononcer sur les effets d'opérations n'entraînant pas de cumuls de parts de marché, les acquéreurs et les cibles se situant sur des marchés différents, en amont et aval l'un de l'autre.

Le Conseil a rappelé dans ces avis, que l'analyse économique du comportement des entreprises avait mis en évidence les gains d'efficacité susceptibles de résulter d'une intégration verticale, du fait d'une meilleure articulation des

décisions prises entre fournisseurs et distributeurs. Les fusions verticales permettent également de réduire l'ampleur de la double marginalisation.

Toutefois, le Conseil a souligné aussi que l'un des intérêts d'une entreprise peut également être d'évincer ses concurrents non intégrés ou au moins de les pénaliser en augmentant leurs coûts. Les pratiques de forclusion peuvent consister, pour un fabricant, à refuser de vendre ses produits à d'autres distributeurs, réservant l'exclusivité à sa filiale aval. De même, la filiale de distribution peut refuser d'acheter et de distribuer les produits des fabricants indépendants en amont et tenter ainsi de les exclure du marché.

Par exemple, s'agissant de l'acquisition par la société Arc international de grossistes, l'un des risques dénoncés était que les grossistes concurrents ne soient plus approvisionnés en produits Arc. Il était aussi envisagé que les grossistes cibles ne distribuent plus les produits concurrents des produits Arc, leur fermant ainsi l'accès aux GMS en particulier.

Le Conseil a relevé que l'intégration verticale produit alors les mêmes effets que les clauses restrictives de concurrence passées entre un fournisseur et ses distributeurs. Dans ses lignes directrices sur les restrictions verticales dont les principes sont énoncés dans le règlement CE nº 2790/99 relatif à l'application de l'article 81-3 du traité CE, la Commission européenne mentionne parmi ces pratiques, l'exclusivité d'une marque, qui consiste pour le distributeur à ne s'approvisionner exclusivement ou principalement qu'auprès d'un seul fournisseur, sous l'effet d'une obligation expresse ou d'un mécanisme incitatif. Elle signale que du point de vue de la concurrence, des clauses de ce type risquent de fermer l'accès des fournisseurs concurrents au marché ou de faciliter la collusion entre fournisseurs en cas d'utilisation cumulative. Comme pour les autres types de restrictions verticales, le règlement CE précité écarte ces risques lorsque la part de marché du fournisseur n'excède pas 30 %.

Le Conseil a appliqué cette grille d'analyse aux marchés et aux opérations qui lui étaient soumis. Il a en premier lieu, tenu compte du pouvoir de marché de l'entreprise. En ce qui concerne l'opération mettant en cause la société Arc international, il a noté que les faibles parts de marché détenues par cette société sur le marché pertinent des verres à boire, largement inférieures à 30 %, laissaient aux grossistes concurrents d'autres sources d'approvisionnement, même dans l'hypothèse où les produits *Arc* leur deviendraient inaccessibles, et qu'en tout état de cause, l'opération n'entraînait pas de bouleversements majeurs, dans la mesure où les grossistes cibles assuraient déjà la distribution de l'essentiel des produits *Arc*. Ce cas illustre bien que les effets des restrictions verticales peuvent être les mêmes que ceux de l'intégration verticale. Par ailleurs, les livraisons des grossistes cibles ne représentaient qu'environ un tiers des livraisons de produits de verres à boire, de vaisselle et de produits de cuisine/cuisson : les fabricants disposaient donc d'autres moyens pour faire distribuer leurs produits. Ces parts étaient en revanche plus importantes en ce qui concerne les livraisons aux GMS.

Dans les avis 04-A-07 et 04-A-08, le Conseil a, non seulement, tenu compte du pouvoir de marché du brasseur acquéreur mais également de la présence sur les marchés amont et aval d'autres entreprises verticalement intégrées. Il a ainsi noté que l'offre sur le marché des bières vendues hors domicile était

largement oligopolistique : en 2000, les deux leaders, Heineken et Kronenbourg, desservaient plus de 70 % de ce marché (36,6 % pour Kronenbourg et 34,4 pour Heineken). Sur les marchés de la distribution de la bière, le degré de concentration était également très important, Kronenbourg totalisant 26 % des ventes de bières en fûts en 2000 au niveau national, contre 32 % pour Heineken. Le Conseil a également précisé que le degré de concentration du marché de distribution de la bière et d'intégration verticale était plus élevé pour certains des marchés locaux qui faisaient l'objet de la saisine du ministre. Sur plusieurs de ces marchés, la part de la distribution assurée par les réseaux de distribution intégrée des trois principaux brasseurs (Heineken, Kronenbourg et Interbrew) était supérieure à 90 %. L'analyse concomitante des effets des acquisitions du groupe Heineken-Sogebra, d'une part, et du groupe Kronenbourg, d'autre part, a permis de tenir compte de l'effet cumulatif des mouvements d'intégration verticale sur ces marchés et de la concentration du pouvoir de marché des deux brasseurs, tant sur les marchés aval qu'amont.

Le Conseil, par ailleurs, a évalué les barrières à l'entrée sur les marchés, en notant que, pour que les opérations présentent un risque de fermer l'accès d'un concurrent au marché aval, il fallait que l'entrée sur ce marché soit difficile et qu'il n'existe pas d'alternatives suffisantes à l'entreprise intégrée. Le Conseil a ainsi souligné que les barrières à l'entrée sur les marchés concernés par l'acquisition de grossistes par la société Arc international étaient faibles. En revanche, s'agissant du secteur de la bière, il a rappelé que ces marchés, tant en aval qu'en amont, étaient caractérisés par l'existence de fortes barrières à l'entrée. Il a de plus estimé que les brasseurs non intégrés, concurrents des deux grands brasseurs, ne disposaient pas d'alternatives suffisantes lorsque la part de la distribution indépendante à un grand brasseur était faible.

Enfin, le Conseil a tenu compte de la capacité des acheteurs à faire contrepoids et à résister aux tentatives d'écarter les fournisseurs concurrents. S'agissant des produits d'arts de la table, le Conseil a ainsi noté que la société Arc international pourrait difficilement faire jouer un pouvoir de marché à l'égard des acheteurs de la grande distribution, lesquels disposaient de sources d'approvisionnement alternatives, tant en ce qui concerne les produits que les distributeurs et pouvaient imposer que lui soient livrés des produits concurrents. En revanche, les débits de boissons sont peu à même de résister au pouvoir de marché des brasseurs intégrés.

Au total, le Conseil a considéré que, sur certains marchés locaux, les acquisitions de grossistes entrepositaires par les brasseurs, dont il était saisi, étaient de nature à porter atteinte à la concurrence, en fermant l'accès au marché de la distribution de la bière des brasseurs indépendants et en renforçant les barrières à l'entrée, tant sur les marchés amont qu'aval.

En revanche, sur les marchés des produits d'arts de la table, le Conseil a estimé que l'opération n'était pas de nature à porter atteinte à la concurrence. Le ministre a, par lettre du 24 novembre 2004, autorisé l'opération sous réserve d'engagements.

Jurisprudence de la cour d'appel et de la Cour de cassation

Jurisprudence de la cour d'appel de Paris

Au cours de l'année 2004, la cour d'appel de Paris, statuant sur des recours exercés contre les décisions du Conseil, a rendu 27 arrêts (dans 4 affaires, la cour d'appel était saisie après cassation), dont 23 statuant au fond :
– dans 20 affaires, la cour a confirmé purement et simplement les décisions du Conseil en rejetant les recours ;
– dans une affaire, elle n'a réformé la décision du Conseil qu'en ce qu'elle avait ordonné une mesure de publication, et a confirmé l'analyse au fond ;
– la cour a annulé deux décisions pour des raisons de procédure (les affaires étant renvoyées devant le Conseil) et en a réformé totalement une (en annulant les mesures conservatoires prononcées) ; une décision a fait l'objet d'une réformation partielle touchant au fond de l'affaire (mise hors de cause d'une entreprise) ;
– la cour a en outre, prononcé un arrêt rectificatif et un arrêt constatant son dessaisissement à la suite du désistement du requérant.

Sur la procédure

Sur l'enquête administrative

Sur la mention pré-imprimée de l'objet de l'enquête

La cour d'appel a eu l'occasion de rappeler la valeur probatoire de la mention pré-imprimée de l'objet de l'enquête sur les procès-verbaux (30 mars 2004, Semiacs ; voir aussi *infra* « Sur le déroulement de l'enquête administrative », 26 octobre 2004, « *Boulangers de la Marne* »).

Sur le déroulement de l'enquête administrative

Dans l'arrêt du 26 octobre 2004 « *Boulangers de la Marne* », la cour a énoncé une nouvelle fois que « *l'obligation de loyauté inscrite à l'article 6 de la* [CESDH] *comme à l'article 14 du pacte international relatif aux droits civils et politiques doit présider à la recherche des preuves ;* [...] *le seul fait que l'enquête ne soit pas soumise au principe du contradictoire, qui n'est applicable à la procédure qu'à compter de la notification de griefs* [...], *ne peut conduire à compromettre irrémédiablement les droits de la défense en*

amenant les personnes entendues à faire des déclarations sur la portée desquelles elles pourraient se méprendre ; [...] *il incombe à l'Administration d'établir que l'objet de l'enquête a été porté à la connaissance des personnes entendues, s'agissant à la fois du cadre juridique dans lequel interviennent les enquêteurs et du secteur concerné par l'enquête* ». En l'espèce, la cour a repoussé l'argumentation des requérants, selon laquelle l'enquête administrative s'était déroulée dans des conditions contraires au principe de loyauté. Les requérants faisaient valoir qu'ils n'auraient pas été clairement informés de l'objet de l'enquête – voire induits en erreur par les enquêteurs – et que la venue de ces derniers dans les locaux de la fédération professionnelle mise en cause se serait apparentée à une véritable perquisition, les enquêteurs étant restés près de douze heures dans les lieux (le plus souvent en l'absence des dirigeants), ayant usé de contrainte morale pour obtenir de secrétaires la remise de divers documents, et ayant par conséquent largement outrepassé les pouvoirs qui étaient les leurs dans le cadre d'une enquête simple. La cour a considéré que dès lors que les procès-verbaux d'audition portaient la mention dactylographiée ou pré-imprimée que les enquêteurs avaient indiqué leur qualité, le cadre juridique de leur intervention et le secteur concerné par l'enquête, il était établi que l'objet de l'enquête avait bien été porté à la connaissance des intéressés. Elle a estimé, par ailleurs, que l'enquête dans les locaux de la fédération s'était déroulée régulièrement puisque les enquêteurs avaient été reçus par le directeur, auquel l'objet de l'enquête avait été indiqué, que celui-ci avait désigné une secrétaire pour leur remettre, en son absence, des documents qui lui avaient été demandés, qu'il avait personnellement remis aux enquêteurs les cassettes audio comportant les enregistrements effectués au cours de la réunion et authentifié la voix du président de la fédération, lors de l'audition des cassettes qui avait eu lieu sur place.

Sur la compétence du Conseil

Dans l'arrêt du 24 février 2004, Maître Desœuvre, la Cour a confirmé l'incompétence du Conseil pour examiner la saisine d'un avocat dénonçant les consultations juridiques gratuites dispensées par une maison de la justice et du droit (MJD) située à proximité de son cabinet. Il a été relevé que la décision de mettre en place les consultations gratuites avait été prise par des personnes publiques ou des personnes privées investies d'une mission de service public, aux fins d'assurer, au moyen de prérogatives de puissance publique, la mission de service public de l'accès au droit confiée par la loi aux conseils départementaux et aux MJD. La contestation portant sur l'organisation et le fonctionnement même du service public de consultation juridique et non des activités susceptibles d'en être détachées, le Conseil avait estimé, à juste titre, que la demande ne relevait pas de ses attributions.

La compétence des juridictions de droit commun pour apprécier la validité des actes ou contrats, de droit privé ou administratifs, et éventuellement les annuler et accorder des réparations, était indépendante de la compétence parallèlement reconnue au Conseil pour examiner et sanctionner les pratiques anticoncurrentielles (30 mars 2004, société Semiacs)

Dans l'arrêt SARL Germain Environnement du 27 juillet 2004, la cour a confirmé que le Conseil, compétent pour connaître des pratiques des

établissements publics industriels et commerciaux (comme l'Office national des forêts) au regard des articles L. 420-1 et suivants du Code de commerce, ne pouvait apprécier la légalité des interventions de tels établissements dans le secteur concurrentiel au titre de leurs activités commerciales, qui relevait de la compétence exclusive des juridictions administratives. La cour a également rappelé que le contrôle de la régularité des aides d'État au regard de l'article 87-1 du traité de Rome incombe à la seule Commission européenne.

Sur la procédure suivie devant le Conseil

Sur la disjonction de la saisine

La disjonction de la saisine initiale en plusieurs dossiers distincts, prise en application des dispositions de l'article 31 du décret nº 2002-189 du 30 avril 2002, ne constitue pas une décision susceptible de recours par application des articles L. 464-2 et L. 464-8 du Code de commerce (arrêt du 29 juin 2004, SPEA). Voir aussi arrêt du 21 septembre 2004, SPEA.

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, qui sont des actes d'instruction relevant d'une procédure soumise à des textes spécifiques. Dès lors qu'il n'existe aucune ambiguïté sur l'auteur de ces actes, expressément indiqué sur la page de couverture, et sur leur date, compte tenu des lettres de notification les accompagnant, il n'est démontré aucune atteinte aux garanties imposées par le droit à un procès loyal et équitable (30 mars 2004, société Novartis Pharma) (voir aussi arrêt SNR Roulements du 17 juin 2003)

Voir dans le même sens les arrêts de la Cour de cassation (28 janvier 2003, société Domoservices maintenance et 26 novembre 2003, société TF1).

Sur l'impartialité et l'indépendance du rapporteur

Dans l'arrêt du 6 avril 2004, Scoot France, la cour d'appel a réfuté l'argumentation selon laquelle le rapporteur et le rapporteur général, en s'estimant liés, dans le cadre du complément d'instruction ordonné par le Conseil, par la notion du coût incrémental adoptée par le même Conseil, avaient démontré leur absence d'indépendance : « *la nécessaire séparation des organes de poursuite et de jugement, de même que les pouvoirs propres d'enquête dont disposent les rapporteurs* [...], [n'interdisent] *pas à ceux-ci de se référer à une décision du Conseil fixant les termes du débat de l'enquête complémentaire, leur seule obligation, parfaitement respectée en l'espèce* [...] *étant de permettre à France Télécom de discuter l'ensemble des données du litige* ». La cour a retenu qu'en l'espèce, l'enquête s'était déroulée de manière parfaitement contradictoire.

Sur le respect du principe de la contradiction et des droits de la défense

Dans l'arrêt du 8 janvier 2004 rendu sur le recours formé contre la décision 03-MC-03, la cour a écarté le moyen selon lequel il y avait eu violation du

contradictoire et de l'égalité des armes. Selon les requérants, cette violation aurait résulté de la « *volte face* » du commissaire du Gouvernement qui avait soutenu en séance une position favorable à l'octroi des mesures conservatoires, contraire à celle qu'il avait développée dans ses observations écrites : « *le grief tiré d'un revirement du commissaire du Gouvernement dans l'opinion qu'il a verbalement exprimée lors de la séance est sans portée, dès lors qu'il est loisible au représentant de l'économie investi d'un rôle consultatif dans la procédure suivie devant le Conseil de la concurrence, sans pouvoir émettre de griefs ni assister au délibéré de cette autorité administrative, d'exprimer librement son avis au cours du débat contradictoire tenu devant le Conseil sans être lié par ses précédentes écritures, toutes les parties ayant été en mesure de faire valoir leurs observations orales* ».

La même solution a été adoptée dans l'arrêt SPEA du 29 juin 2004, s'agissant du rapporteur, qui, en séance, avait abandonné les griefs : « *le fait que le rapporteur n'ait pas repris dans son intervention orale devant le Conseil, l'opinion exprimée dans son rapport, ne saurait constituer une atteinte aux droits de la défense, dès lors que les parties ont été en mesure de lui répondre, et qu'il résulte de l'application même du principe du contradictoire que le rapporteur, de même que les parties, peuvent modifier leur appréciation des faits de la cause y compris lors des débats tenus devant le Conseil* ». Voir aussi l'arrêt de la cour d'appel du 21 septembre 2004, SPEA et celui de la Cour de cassation du 26 novembre 2003, société TF1 (« *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* »).

« *Aucune disposition légale n'interdit au Conseil de la concurrence de se déterminer sur les faits qui lui sont soumis en appréciant la valeur probante des pièces du demandeur au regard de sa propre jurisprudence* » (arrêt du 4 mai 2004, CNPA). Aucune violation du contradictoire et des droits de la défense ne saurait par conséquent résulter du fait que le Conseil s'est fondé sur des analyses effectuées dans de précédentes décisions.

La cour a rappelé, dans l'arrêt du 26 octobre 2004 « *Boulangers de la Marne* », que le principe du contradictoire n'était applicable à la procédure qu'à compter de la notification de griefs.

Dans l'arrêt Dexxon Data Media du 21 septembre 2004, la cour a repoussé le moyen tiré de la violation du principe de la contradiction qui aurait résulté de la tardiveté de la notification de griefs : « *ce moyen est inopérant, dès lors que* [l']*entreprise ayant acquis la qualité de partie en cause à compter de la notification des griefs, il lui était loisible de soumettre à l'examen du Conseil de la concurrence les moyens et les pièces qu'elle estimait utiles à la défense de ses intérêts et que cette faculté lui est, à nouveau, ouverte dans le cadre du présent recours* ».

Sur l'application des dispositions de l'article 6 de la Convention européenne des droits de l'homme et des libertés fondamentales

La cour a rappelé, dans l'arrêt du 8 janvier 2004 rendu sur le recours formé contre la décision 03-MC-03, que les principes inscrits à l'article 6 de la CESDH, qui sont applicables à la procédure de mesures conservatoires,

doivent s'apprécier au regard de l'urgence qui caractérise celle-ci. Par conséquent, le dépôt d'écritures et de pièces après l'expiration des délais fixés par le rapporteur général ne saurait justifier, à lui seul, leur rejet dès lors que les parties ont disposé d'un temps suffisant pour y répondre.

La cour a rejeté l'argumentation d'une partie, qui soutenait qu'elle n'avait pu bénéficier d'un procès équitable dans la mesure où son adversaire et la Commission d'accès aux documents administratifs (CADA) lui avaient refusé l'accès à des documents comptables et fiscaux qui, selon elle, lui auraient permis de démontrer la réalité des faits qu'elle avait dénoncés au Conseil. En effet, aucune disposition de la loi du 17 juillet 1978 ne fait obligation à un établissement public industriel et commercial (l'ONF, en l'espèce) de communiquer à une entreprise intervenant sur le même marché, des documents internes relatifs à ses activités de droit privé soumises aux règles de la concurrence et au secret des affaires. Aucune violation des dispositions de l'article 6-1 de la CESDH ne saurait résulter de ce refus de communication, l'entreprise intéressée disposant, avec les règles de droit commun relatives à l'administration de la preuve, des moyens propres à se procurer les éléments d'information nécessaires au succès de ses prétentions (arrêt du 27 juillet 2004, SARL Germain Environnement).

Sur la mise en œuvre de la procédure de transaction

Se prononçant pour la première fois sur la question, dans son arrêt Dexxon Data Media du 21 septembre 2004, la cour a avalisé les conditions dans lesquelles la procédure de transaction avait été mise en œuvre par le Conseil dans l'affaire concernant les calculatrices à usage scolaire (03-D-45). Un procès-verbal de transaction avait été signé entre deux entreprises et le rapporteur général en vertu duquel, en contrepartie de la reconnaissance des faits et de l'acceptation de divers engagements par les fabricants, le rapporteur général s'était engagé à proposer au Conseil de diminuer de moitié la sanction normalement encourue (*i.e.* la sanction qui aurait été prononcée en l'absence de transaction). Cependant, le Conseil, ayant estimé que la gravité des pratiques, leur étendue et leur durée justifiaient qu'un taux de réfaction moindre soit appliqué, avait décidé de réduire la sanction normalement encourue, non pas de 50 % comme proposé par le rapporteur général, mais seulement de 20 %. Il avait indiqué à cet égard que « *l'article L. 464-2 II* [...] *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* ». Devant la cour, l'une des entreprises concernées (Texas Instruments) avait invoqué la violation du principe du contradictoire résultant de la modification du taux de réfaction ainsi opérée par le Conseil, faisant valoir que cette réduction n'avait pas été évoquée au cours de la procédure et qu'elle n'avait donc pu faire valoir ses observations et éventuellement renoncer à la transaction.

Pour repousser cette argumentation, la cour s'en est tenue à une lecture littérale de l'article L. 464-2-II du Code de commerce : « *considérant qu'il ne se*

déduit pas des termes de l'article L. 464-2-II du Code de commerce, que l'engagement pris par procès-verbal par le Rapporteur général du Conseil devait conduire la société Texas Instruments France à tenir pour acquis que la proposition de réduction de la sanction émise par celui-ci serait purement et simplement entérinée par le Conseil ». Elle a ajouté que l'entreprise « *ne pouvait se méprendre sur la portée juridique de* [la transaction] *et ignorer que le Conseil dans son pouvoir d'appréciation de la sanction, n'était en aucune façon lié par les propositions émises par le Rapporteur général »*. La cour a relevé par ailleurs que les conditions du contradictoire avaient bien été respectées puisque l'entreprise avait pu présenter des observations sur les éléments dont il avait été tenu compte dans la détermination de la sanction, ayant déposé des observations écrites à la suite du rapport et produit une analyse économique tendant à contester la gravité des pratiques, le dommage à l'économie et le préjudice subi par le consommateur, tels qu'ils avaient été retenus par le rapporteur. Elle avait été en outre entendue en séance et avait pu de nouveau s'exprimer sur ces points ainsi que sur la proposition de sanction émise par le commissaire du Gouvernement dans ses observations écrites, dont elle avait pu prendre connaissance dans les quinze jours précédant la séance.

Sur la publicité des débats

Dans l'arrêt Novartis Pharma du 30 mars 2004, la cour rappelle que l'absence de publicité des débats devant le Conseil ne saurait faire grief aux parties, dès lors qu'elles ont la possibilité d'assister à la séance et d'y être entendues ou de se faire représenter et qu'au surplus, la décision du Conseil subit le contrôle effectif d'une juridiction offrant toutes les garanties d'un tribunal au sens de l'article 6 de la CESDH.

Sur le délai raisonnable

La sanction de la violation du principe d'un délai raisonnable ne réside pas dans l'annulation de la décision du Conseil, mais dans la réparation du préjudice en résultant (arrêt du 30 mars 2004, société Novartis Pharma).

Voir aussi l'arrêt du 29 juin 2004, SPEA, l'arrêt du 21 septembre 2004, SPEA, et l'arrêt du 21 septembre 2004, Dexxon Data Media.

Voir aussi *supra,* « Respect du principe de la contradiction et les droits de la défense », arrêt du 21 septembre 2004, Dexxon Data Media.

Sur la présence du rapporteur lors du délibéré du Conseil

Dans l'arrêt Semiacs du 30 mars 2004, la cour a de nouveau écarté le moyen selon lequel la formule utilisée dans la décision « *Délibéré, sur le rapport oral* [du rapporteur] » révélerait que le rapporteur avait participé au délibéré : la cour observe que cette formule, qui doit être rapprochée de la formule d'entête « *le rapporteur, le rapporteur général, le commissaire du Gouvernement* [ainsi que les sociétés en cause ont été] *entendus au cours de la séance* [...] », se réfère sans ambiguïté au déroulement de la séance et ne permet pas de supposer que le rapporteur était présent pendant le délibéré (voir aussi arrêt du 4 février 2003, Sogec Gestion).

Dans l'arrêt du 22 juin 2004, RMC France, la cour, sur renvoi après cassation, a annulé la décision du Conseil en raison de la présence du rapporteur et du rapporteur général lors du délibéré du Conseil, au visa du principe d'impartialité, exigence applicable au Conseil de la concurrence et qui « *doit s'apprécier objectivement* » (voir aussi *infra* « Participation des membres du Conseil au délibéré de la décision de mesures conservatoires et de la décision au fond »).

Dans un arrêt du 16 novembre 2004, société des Tuyaux Bonna, la cour d'appel, après avoir révoqué le sursis à statuer qu'elle avait prononcé dans un précédent arrêt du 21 novembre 1997 en raison de l'engagement d'une procédure en annulation des opérations de visite et de saisie, a annulé la décision 96-D-65, à la demande d'une partie, au motif que le rapporteur et le rapporteur général avaient assisté au délibéré. Ce faisant, elle est revenue sur la décision qu'elle avait prise dans la même affaire dans son premier arrêt, décision alors conforme au droit positif en vigueur mais aujourd'hui contredite par une jurisprudence constante, depuis l'arrêt rendu le 5 octobre 1999 par la Cour de cassation.

Sur la participation de mêmes membres du Conseil aux délibérés, dans une même affaire, de la décision de mesures conservatoires et de la décision au fond

Dans l'arrêt du 22 juin 2004, RMC France, la cour, sur renvoi après cassation, a annulé la décision du Conseil, en raison de la double irrégularité résultant de la présence du rapporteur et du rapporteur général au délibéré et de la participation de membres du Conseil à un précédent délibéré, dans la même affaire, sur les mesures conservatoires. Comme la Cour de cassation l'y avait invitée dans son arrêt 9 octobre 2001 (Unibéton), la cour d'appel a estimé que cette dernière circonstance était de nature à entraîner la nullité de la décision dès lors que le Conseil s'était « *prononcé sur la réalité des manquements, sur leur imputabilité et sur les sanctions infligées à leurs auteurs dans une composition comportant des membres ayant statué dans la procédure de mesures conservatoires, de sorte qu'ils avaient alors porté une appréciation sur le caractère prohibé des faits dénoncés, objets de la saisine, dont ils avaient eu à apprécier s'ils étaient suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée* ».

La cour d'appel s'est ainsi finalement ralliée à la position énoncée par la Cour de cassation dans la même affaire (arrêt Unibéton du 9 octobre 2001). La Haute juridiction avait adopté une analyse très exigeante de la notion d'impartialité objective en considérant qu'« *il devait être déduit* » du fait que « *le Conseil s'était prononcé sur le caractère prohibé d'une partie des faits qui lui étaient dénoncés dans la procédure de mesures conservatoires* [...] *qu'il ne pouvait, dans une formation comportant des membres ayant statué dans cette procédure, statuer à nouveau au fond, sans manquer objectivement au principe d'impartialité...* ». La cour d'appel s'était par la suite démarquée de cette analyse : dans un arrêt Sogec Gestion du 4 février 2003 (affaire des coupons de réduction), elle avait jugé que la participation des mêmes membres du Conseil à l'examen des mesures conservatoires puis à l'examen du fond n'entraînait pas « *en soi* » une atteinte au principe d'impartialité. La cour avait considéré qu'en l'espèce, aucun des termes de la décision sur les mesures

conservatoires ne s'apparentait à un préjugement puisque, à aucun moment, le Conseil ne se prononçait au fond. Elle en avait conclu que le contenu de la décision de mesures conservatoires ne permettait pas de mettre en doute l'impartialité des membres du Conseil qui avaient également délibéré sur le fond.

Sur la règle "non bis in idem"

Dans un arrêt du 6 avril 2004 (Scoot France), la cour d'appel a rejeté le recours formé par France Télécom contre la décision 03-D-43 par laquelle le Conseil l'avait sanctionné pour non-respect d'injonctions concernant les conditions de commercialisation de ses fichiers annuaire. Dans une première décision (02-D-41), le Conseil avait retenu que France Télécom n'avait pas respecté les injonctions sur deux points mais avait sursis à statuer et renvoyé l'affaire à l'instruction en ce qui concernait le troisième point, concernant l'orientation vers les coûts des tarifs de l'activité de gestionnaire de fichier de l'opérateur. Dans sa décision du 03-D-43, le Conseil avait estimé, au vu des conclusions d'un rapport d'expertise, que France Télécom n'avait pas respecté les injonctions prononcées par la cour sur ce dernier point et prononcé, au titre des trois griefs retenus, une sanction de 40 millions d'euros.

La cour a écarté l'argumentation de France Télécom selon laquelle le Conseil, n'ayant pas prononcé de sanction dans sa décision de 2002 au titre du non-respect des deux premières injonctions, ne pouvait le faire, dans une décision ultérieure, sans méconnaître à la fois l'autorité de la chose jugée et la règle *non bis in idem*. Elle a en effet constaté qu'il ressortait clairement de la décision de 2002 que le Conseil n'avait jamais entendu dispenser France Télécom de sanction au titre des deux griefs retenus à ce moment de la procédure, mais qu'il avait subordonné l'appréciation de la sanction à intervenir, au résultat d'un complément d'enquête destiné à permettre de vérifier si le troisième grief était caractérisé. En effet, seule une analyse de l'ensemble des manquements pouvait permettre d'apprécier la gravité des faits et le dommage causé à l'économie.

Sur la prescription

Dans un arrêt du 22 juin 2004, M. Velpry, la cour a confirmé l'analyse du Conseil qui avait considéré que la lettre-circulaire adressée à des dentistes par des organismes professionnels, pour appeler leur attention sur le fait qu'un prothésiste dentaire exerçait de manière illégale la pratique de l'art dentaire et leur recommander de s'abstenir de toute relation avec lui, ne pouvait être qualifiée de pratique continue et constaté que plus de trois ans s'étaient écoulés depuis son envoi sans qu'intervienne aucun acte interruptif de prescription. Le Conseil avait estimé par ailleurs que les courriers envoyés ultérieurement par les organismes professionnels à des journaux, pour qu'ils cessent de publier des annonces publicitaires passées par le prothésiste à l'attention des particuliers, ne pouvaient être considérés comme une prolongation de l'action initiale, puisqu'ils visaient un marché distinct.

Dans l'arrêt confirmatif CNPA du 29 juin 2004, la cour a rejeté le moyen selon lequel une notification de griefs adressée à deux entreprises visées dans la

saisine n'aurait pu interrompre la prescription à l'égard d'une troisième partie, à laquelle des griefs avaient été ultérieurement notifiés, au motif que les griefs initialement notifiés concernaient des pratiques distinctes de celles visées dans la seconde notification. La cour a rappelé que le Conseil étant saisi *in rem*, l'interruption de prescription à l'égard d'une des entreprises incriminées ou d'une partie seulement des faits, produisait effet à l'égard de toutes les parties impliquées et pour l'ensemble des faits dénoncés dès lors que ces derniers présentaient entre eux un lien de connexité. En l'espèce, ce lien de connexité existait, nonobstant une décision de disjonction, puisque l'unique saisine avait donné lieu à une demande d'enquête portant notamment sur le comportement de la requérante, que sur la base du rapport d'enquête, une première notification avait été adressée aux autres mis en cause, que l'échange contradictoire qui avait suivi cette première notification avait amené le rapporteur à notifier des griefs à la requérante, et que les pratiques visées dans les deux notifications avaient toutes le même objet anticoncurrentiel.

Dans l'arrêt du 21 septembre 2004, Dexxon Data Media, la cour a rejeté le moyen tiré de la prescription des faits, en jugeant que les demandes de renseignements adressées par le rapporteur aux entreprises mises en cause, même si elles visaient des pratiques postérieures à celles dénoncées dans la saisine, avaient valablement interrompu la prescription dès lors qu'elles portaient sur des pratiques antérieures à l'acte de saisine et se rattachaient aux comportements visés dans la saisine. Pour autant, la cour n'a pas avalisé la position du Conseil qui avait estimé que la saisine *in rem* du rapporteur autorisait ce dernier à rechercher, non seulement si les pratiques dénoncées dans la saisine s'étaient poursuivies au-delà de la période visée dans la saisine, mais également si elles constituaient des pratiques continues qui s'étaient prolongées au-delà de la saisine elle-même.

Sur la procédure suivie devant la cour d'appel

Sur la recevabilité de la demande de sursis à l'exécution (articles L. 464-7 et L. 464-8)

Dans deux ordonnances en date des 22 septembre et 5 octobre 2004, le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Paris pour exercer les attributions résultant de l'article 8 du décret du 19 octobre 1987, statuant sur des demandes de sursis à exécution de la décision 04-D-39, a déclaré recevables, au visa des articles 328 à 330 du nouveau Code de procédure civile – dont elle a relevé qu'il n'y était pas dérogé dans le décret du 19 octobre 1987 et qu'elles n'étaient pas incompatibles avec la nature propre du contentieux de la concurrence – les interventions volontaires d'une organisation syndicale et de personnes physiques qui, bien que non-parties à la procédure suivie devant le Conseil, demandaient le sursis à l'exécution de la mesure de publication. La cour a retenu que le syndicat avait la capacité d'ester en justice et agissait pour la défense des intérêts professionnels attachés à l'activité concernée par l'affaire dont le Conseil avait été saisi. Quant aux personnes physiques, représentantes d'une collectivité publique mise hors de cause par le Conseil, elles se prétendaient directement lésées par la mesure de publication, le passage à publier faisant état de leur participation

personnelle et déterminante aux pratiques qui avait paru justifier la transmission du dossier au parquet.

Sur le pouvoir d'évocation de la cour d'appel

Dans l'arrêt du 22 juin 2004, RMC France, la cour, sur renvoi après cassation, après avoir annulé la décision du Conseil pour des raisons de procédure (présence du rapporteur au délibéré et participation de membres du Conseil à un précédent délibéré sur les mesures conservatoires), a décidé de ne pas user de la faculté qu'elle tient de la combinaison des articles L. 464-8 du Code de commerce et 561 du nouveau Code de procédure civile, de statuer en fait et en droit sur les griefs notifiés : « *il est d'une bonne administration de renvoyer l'affaire à la connaissance du Conseil de la concurrence, dès lors que le ministre, autorité de poursuite en l'espèce, se bornant à se fonder sur les dispositions de la décision annulée pour demander la "réformation" de celle-ci, aucune qualification des faits n'est proposée à la cour et qu'il est opportun de permettre au Conseil d'examiner le mérite des critiques formées par les sociétés requérantes contre la procédure suivie, de sorte qu'il puisse y apporter la solution qu'il estimera convenable* ».

Sur les observations écrites du Conseil devant la cour

Dans l'arrêt société Novartis Pharma du 30 mars 2004, 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, rappelant que ces observations, prévues par le décret du 19 décembre 1987, ne sont pas « *en elles-mêmes de nature à fausser le débat dans la mesure où les parties ont la faculté d'y répliquer* ». En l'espèce, la cour reconnaît au Conseil la faculté de faire état d'éléments qui ne figuraient pas dans sa décision, dès lors qu'il le fait pour répondre, à l'aide d'éléments de fait contenus dans le rapport, à une argumentation nouvelle développée par la requérante pour la première fois devant la cour.

Voir aussi l'arrêt du 9 novembre 2004, SEE Camille Bayol.

Sur l'application de l'article 16-2° du règlement 1/2003 (faculté pour les juridictions nationales de suspendre leur procédure en cas de procédure intentée parallèlement par la Commission)

Dans l'arrêt SPEA du 21 septembre 2004, la cour a rejeté la demande de sursis à statuer présentée à l'audience par le requérant, sur le fondement de l'article 16 du règlement 1/2003, motivée par une communication de griefs notifiée par la Commission à l'entreprise intimée (société Peugeot) et concernant, pour partie, des pratiques en cause dans la procédure suivie devant le Conseil dont elle se trouvait saisie. Les pratiques examinées par la Commission étant, pour l'essentiel, postérieures aux pratiques visées dans la procédure française et les éléments communs aux deux procédures étant qualifiés seulement d'indices par la Commission, la cour a estimé que son arrêt n'apparaissait pas susceptible d'aller à l'encontre de la décision communautaire à intervenir. La cour a précisé qu'il pouvait être fait état à tout moment d'une procédure suivie devant une juridiction nationale, de l'engagement d'une procédure parallèle par la Commission, l'objectif étant d'éviter – par la

suspension de la procédure nationale – que la juridiction ne rende une décision qui irait à l'encontre de la décision envisagée par la Commission.

Sur l'étendue des pouvoirs de la cour d'appel

Dans l'arrêt du 9 novembre 2004, Société des caves et producteurs réunis de Roquefort, la cour, pour rejeter le recours incident du ministre, a jugé qu'il n'était pas dans son pouvoir de qualifier elle-même une pratique qui n'avait pas fait l'objet de la notification d'un grief.

Sur le fond

Sur la définition du marché pertinent

Dans l'arrêt du 8 janvier 2004 rendu sur le recours formé contre la décision 03-MC-03 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Towercast à l'encontre de pratiques mises en œuvre par TDF, la cour a approuvé le Conseil d'avoir retenu l'existence, sous réserve d'une instruction au fond, l'existence, au sein du marché de la diffusion technique hertzienne des services de radio, d'un marché pertinent de la diffusion des services de radio en FM sur lequel TDF est en position dominante, distinct du marché de la diffusion des services de radio en AM.

Dans l'arrêt du 4 mai 2004, CNPA, la cour a avalisé la limitation du marché aux seules motocyclettes à deux roues immatriculées, en tenant compte notamment, indépendamment des segmentations dont ce marché pouvait faire l'objet, de la nature et des caractéristiques propres des motocyclettes immatriculées et des différences constatées quant aux constructeurs et distributeurs concernés. Elle a énoncé en outre que le principe de la saisine *in rem* du Conseil ne dispensait pas le saisissant de spécifier les faits qu'il soumettait à son appréciation et observé que dans la plainte, si des constructeurs de motos non immatriculées étaient cités, des griefs n'avaient été articulés qu'à l'encontre d'entreprises intervenant sur le marché des deux-roues immatriculées. Dès lors qu'aucun fait précis de la saisine ne justifiait la poursuite de l'enquête pour les contrats concernant le marché des véhicules deux-roues non immatriculés, le Conseil avait pu estimer, sans méconnaître l'étendue de la saisine ou de ses prérogatives, qu'il était saisi des seules pratiques affectant le marché des motocyclettes immatriculées.

Dans l'arrêt société Neuf Télécom du 29 juin 2004, la cour a précisé dans quelle mesure devait être défini le marché pertinent lors de l'examen d'une demande de mesures conservatoires. Si, au stade des mesures conservatoires, l'analyse de la substituabilité des produits ou services en cause « *ne peut être menée de manière exhaustive, la définition du marché ne peut résulter de la seule référence à des décisions n'ayant aucun caractère préparatoire à la décision déférée, sans qu'au moins soient rappelées – fût-ce succinctement – les éléments du raisonnement conduisant à la délimitation du marché à partir de l'analyse de l'interchangeabilité des produits et services concernés* ».

Dans l'arrêt SA des caves et producteurs réunis de Roquefort du 9 novembre 2004, la cour a confirmé l'existence d'un marché du roquefort, nonobstant

une analyse différente adoptée par le Conseil dans un avis antérieur dont se prévalait la requérante. Elle s'est fondée sur des critères qui avaient été relevés par le Conseil, à savoir, la composition du roquefort, son goût très typé, l'existence d'une AOC, les contraintes temporelles et géographiques liées à sa fabrication, son prix, autant d'éléments qui en faisaient un produit non substituable pour une proportion économiquement significative des consommateurs.

Sur les pratiques d'entente

Sur les échanges d'informations ou concertations à l'occasion d'appels d'offre

• Sur la soumission par des entreprises appartenant à un même groupe

Dans l'arrêt SEE Camille Bayol du 9 novembre 2004, la cour a réformé partiellement la décision du Conseil qui avait sanctionné quatre entreprises pour s'être concertées et avoir présenté des offres faussement concurrentes, à l'occasion d'un marché public organisé par la ville de Pontacq pour l'extension de son réseau d'assainissement. Les entreprises sanctionnées appartenaient, pour trois d'entre elles, au même groupe de travaux publics et, pour répondre à l'appel d'offres, s'étaient constituées en deux groupements, l'un des groupements ayant présenté une offre de couverture pour que le marché soit attribué à l'autre, en l'occurrence constitué d'une entreprise membre du groupe et d'une entreprise tierce.

La cour a confirmé la décision de sanction à l'égard des trois entreprises appartenant au même groupe. Elle a rappelé à cette occasion « *qu'il est loisible à des entreprises, ayant entre elles des liens juridiques et 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 des offres et, en cas de concertation* [...] *de n'en déposer qu'une seule* ». En l'espèce, elle a estimé que les indices relevés par le Conseil démontraient l'implication des trois sociétés. D'une part, il apparaissait plusieurs similitudes de prix entre les offres présentées, similitudes qui résultaient de choix techniques identiques effectués par les soumissionnaires sur la base d'une étude réalisée à l'initiative de l'une des sociétés et qui étaient sans rapport avec les préconisations contenues dans le dossier d'appel d'offres. D'autre part, les déclarations de responsables de deux des entreprises montraient sans ambiguïté que la décision avait été prise au sein du groupe de faire en sorte que le marché soit attribué à l'un de ses membres.

• Sur la soumission en groupement d'entreprises

Dans l'arrêt Semiacs du 30 mars 2004, après avoir énoncé que « *si la formulation d'une offre groupée ne constitue pas en elle-même une offre illicite, cette offre doit être justifiée par des nécessités techniques ou des économies d'échelle et ne doit pas avoir pour effet ou pour objet d'éliminer la concurrence sur le marché considéré* », la cour, confirmant l'analyse du Conseil, a estimé qu'en l'espèce, la soumission en un groupement unique n'était pas une obligation résultant des caractéristiques du marché. Elle a considéré que

les entreprises en cause avaient entendu préserver les positions antérieurement acquises, dès lors d'une part, que les entreprises membres du groupement avaient convenu de ne pas soumissionner en dehors du groupement (alors même que certaines auraient pu le faire individuellement) et d'autre part, que l'admission au groupement dépendait de l'appartenance à une organisation professionnelle (également mise en cause) et non de considérations techniques.

Dans l'arrêt SEE Camille Bayol du 9 novembre 2004, la cour a mis hors de cause l'une des quatre entreprises sanctionnées par le Conseil, qui avait présenté une offre en groupement avec une autre entreprise dont la condamnation a été confirmée. La cour a censuré l'analyse du Conseil, qui avait considéré qu'en tant que mandataire du groupement et signataire de l'étude de prix transmise au maître d'œuvre, cette société « *ne pouvait ignorer* » que ces estimations avaient été utilisées par l'autre groupement pour établir une offre de couverture. La cour, après avoir rappelé d'une part, que la constitution d'un groupement par des entreprises indépendantes, en vue de présenter une réponse commune à un appel d'offres, n'est pas illicite en soi, et d'autre part, que l'entente anticoncurrentielle suppose une participation libre, volontaire et consciente à l'action concertée, a estimé qu'en l'espèce, la participation de la société Bayol n'était pas établie. Elle a relevé, que l'offre présentée par le groupement dont elle était membre, avait été établie à partir d'une étude commandée par l'autre entreprise, seule à avoir eu un rôle actif dans son élaboration, et que le seul fait qu'elle-même ait signé l'estimation adressée au maître d'œuvre, ne suffisait pas à caractériser sa volonté de participer à la collusion.

- **Sur les échanges intervenant lors de la révision des bordereaux de prix unitaires**

Dans un arrêt du 21 septembre 2004, la cour a rejeté le recours formé par le ministre contre une décision de non-lieu, rendue dans un dossier concernant des marchés publics d'électrification rurale dans le département de la Charente-Maritime. Le Conseil avait écarté le grief d'entente notifié aux entreprises qui, avant de répondre à l'appel d'offres, s'étaient réunies en présence du maître de l'ouvrage pour réviser le bordereau de prix unitaire (BPU).

La cour a relevé que le maître d'œuvre, s'il n'avait pas pris l'initiative de la révision du BPU, en avait néanmoins été l'artisan puisqu'il y avait eu dialogue entre lui et les entreprises, qu'il avait été informé des travaux de révision engagés par ces dernières et qu'il avait élaboré son propre BPU qui avait été versé au dossier de l'appel d'offres. Elle a estimé ensuite, qu'il n'était pas démontré que les entreprises avaient procédé à des échanges sur leurs propres coûts ainsi que sur les rabais ou majorations qu'elles envisageaient de proposer par rapport au BPU dont elles ignoraient le contenu au moment où elles s'étaient rencontrées. Il n'était par conséquent pas établi qu'elles s'étaient mutuellement communiqué des informations propres à chacune d'elles et susceptibles d'être utilisées à l'occasion du futur marché.

Cet arrêt vient confirmer la jurisprudence dégagée dans les arrêts du 9 janvier 2001 (SEEE), et du 12 février 2002 (société Entreprise industrielle) dans lesquels la cour avait réformé les décisions du Conseil en jugeant que, pour que des échanges entre entreprises intervenus dans le cadre de la révision

de BPU puissent être qualifiés d'entente, il ne suffisait pas que les entreprises aient échangé des informations sur leurs prix, mais qu'il fallait encore établir que ces échanges avaient influencé les entreprises dans la détermination de leurs offres.

Sur l'effet cumulatif restrictif de concurrence

Dans l'arrêt du 4 mai 2004, CNPA, la cour a approuvé le Conseil d'avoir écarté le grief soutenu par le syndicat professionnel, selon lequel l'organisation des réseaux de distribution des principaux constructeurs de motocyclettes suivant des modalités juridiques et économiques similaires, avait entraîné un effet cumulatif de nature à limiter la concurrence entre les marques et à interdire l'accès au marché aux marques concurrentes. La cour a souligné l'absence d'éléments (notamment de prix) établissant une action concertée des quatre principales marques visant à limiter la concurrence entre elles ou à entraver l'accès au marché. En effet, des éléments mentionnés par le Conseil révélaient, au contraire, un fonctionnement normal du marché : absence de dépendance des distributeurs, niveaux et évolutions de prix substantiellement différents entre les quatre grandes marques, parts de marché excluant que ces quatre marques puissent s'abstraire de la concurrence des autres fournisseurs, maintien d'un multimarquisme significatif sur le marché, faculté pour les distributeurs de changer de réseau au profit de fournisseurs offrant des solutions alternatives comparables.

Sur les contrats de distribution (restrictions verticales)

Pour écarter l'illicéité prétendue des clauses du contrat type de distribution de la société Cartier, la cour, dans l'arrêt SARL Marcout Soulhol du 29 juin 2004, a jugé que le critère du « *potentiel de vente* » inséré au contrat, dès lors qu'il se rapportait à une aire géographique commerçante, était un critère qualitatif donnant lieu à une évaluation objective du point de vente en fonction de sa zone d'implantation, de sorte qu'il ne pouvait être fait grief au fournisseur de l'avoir imposé à ses distributeurs. Elle a par ailleurs validé la clause de « *stock représentatif de la gamme* » faisant obligation au distributeur de disposer dans son point de vente d'une gamme représentative de produits, qui visait à éviter la pratique des prix d'appel et l'existence de stocks dépareillés qui détériorent l'image d'une marque.

Dans l'arrêt du 29 juin 2004, SPEA, la cour a rejeté le recours formé par le Syndicat des professionnels européens de l'automobile (SPEA) contre la décision par laquelle le Conseil avait estimé que les pratiques attribuées à la société Renault et au groupement de ces concessionnaires (GCR) dans le secteur de la distribution automobile, n'étaient pas établies au regard des dispositions des articles L. 420-1 du Code de commerce et 81-1 du traité de Rome (03-D-66). Le SPEA avait dénoncé le comportement de Renault qui aurait cherché à restreindre les importations parallèles de véhicules, en octroyant de manière spécifique et discriminatoire aux concessionnaires subissant la concurrence de revendeurs indépendants situés à l'étranger et celle des mandataires, des aides commerciales (« *budgets frontière* ») et en interdisant à son réseau de consentir des rabais sur certains modèles.

La cour a estimé que si le groupement des concessionnaires Renault avait bien consenti à l'octroi des « *budgets frontière* », l'appelant même de ses vœux, l'accord ne revêtait pas pour autant un caractère anticoncurrentiel. Après avoir rappelé que « *le versement par un constructeur d'aides commerciales spécifiques à ses concessionnaires afin de soutenir ses réseaux, de développer ses ventes ou d'éviter leur chute ne constitue pas, en soi, une pratique illicite, dès lors que leur condition d'octroi ne sont pas en elles-mêmes critiquables* », elle a constaté que les difficultés rencontrées par les concessionnaires frontaliers du fait de la concurrence des revendeurs indépendants étaient avérées.

Les pratiques étant susceptibles d'affecter le marché intracommunautaire de la distribution de véhicules automobiles auprès de particuliers, la Cour les a également examinées au regard des articles 3 et 29 alinéa 2 du règlement 1/2003 du 16 décembre 2002 entré en application le 1er mai 2004. Elle a estimé que les « *budgets frontières* » pouvaient bénéficier de l'exemption par catégorie des règlements applicables (spécialement le REC nº 1475/95) dès lors que ces aides n'avaient entraîné aucune restriction de la liberté des utilisateurs finaux, des intermédiaires ou des distributeurs de s'approvisionner auprès de l'entreprise de leur choix à l'intérieur du marché commun (les distributeurs, notamment étrangers, étant restés libres d'approvisionner la clientèle nationale), que leur montant était loin de compenser les écarts de prix proposés par les mandataires et qu'il n'était pas démontré qu'elles avaient été octroyées de manière spécifique et discriminatoire. La cour a encore jugé que les pratiques n'avaient pas produit des effets incompatibles avec l'article 81 § 3 sur le territoire d'un État membre puisqu'elles avaient au contraire stimulé la concurrence entre les distributeurs du réseau et les distributeurs hors réseaux, maintenu la densité du réseau et la qualité des services et conduit à une baisse significative des prix.

De même, la cour a estimé que les plans anti-rabais définis par le constructeur n'étaient pas illicites, l'adhésion des concessionnaires n'étant pas établie. La cour a indiqué à cet égard que « *la preuve de l'élément subjectif qui caractérise la notion* [...] *d'accord au sens de l'article 81 § 1* [...], *c'est-à-dire la concordance de volontés entre opérateurs économiques sur la mise en œuvre d'une politique, doit reposer sur la constatation directe ou indirecte de la manière dont s'est manifestée la volonté des parties de se comporter sur le marché conformément aux termes dudit accord* ».

Les mêmes solutions ont été reprises dans l'arrêt SPEA du 21 septembre 2004, concernant des pratiques similaires imputées au constructeur Peugeot par le Syndicat des professionnels européens de l'automobile. Pour rejeter le recours formé par SPEA contre la décision de non-lieu rendue par le Conseil (03-D-67), la cour a estimé que le caractère anticoncurrentiel des « *aides pressions imports* » consenties par le constructeur à ses concessionnaires n'était pas établi. Rappelant que le versement d'aides commerciales spécifiques à des concessionnaires ne constitue pas, en soi, une pratique illicite, elle a relevé que les aides étaient venues soutenir les efforts des concessionnaires dont l'activité était affectée par le développement d'importations parallèles, sans affecter le tarif des véhicules. Elle a jugé que ces aides n'entraient pas dans les cas d'exclusion mentionnés dans les règlements d'exemption applicables (spécialement le REC nº 1475/95) dès lors qu'il

n'était pas démontré qu'elles avaient entraîné une restriction de la liberté des utilisateurs finaux, des intermédiaires ou des distributeurs de s'approvisionner auprès de l'entreprise de leur choix à l'intérieur du marché commun et qu'il n'était pas établi qu'elles avaient été octroyées de manière discriminatoire. La cour a encore relevé que les pratiques avaient produit des effets pro-concurrentiels. Enfin, elle a confirmé que la réalité des autres pratiques dénoncées (pressions et sanctions visant les concessionnaires étrangers, contrôle des bons de commande) n'était pas démontrée.

Dans son arrêt Dexxon Data Media du 21 septembre 2004, la cour a confirmé la décision 03-D-45 relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire, par laquelle le Conseil avait sanctionné les deux principaux fabricants de calculatrices, les sociétés Noblet et Texas Instruments, en situation de quasi-duopole, et trois de leurs distributeurs sur le fondement des dispositions de l'article L. 420-1 du Code de commerce. Les pratiques en cause visaient à uniformiser les prix publics de vente des calculatrices par un jeu d'ententes à la fois verticales et horizontales (voir *infra*). En octroyant à leurs distributeurs des ristournes faussement présentées comme conditionnelles, lesquelles n'étaient pas répercutées sur les prix de revente, les fabricants avaient mis en place un dispositif leur permettant de fixer artificiellement un seuil élevé de revente à perte et d'obtenir de leurs distributeurs qu'ils pratiquent des prix de vente identiques préalablement déterminés par eux. Les distributeurs avaient participé activement à la pratique de prix de revente minimaux imposés par les fabricants.

La cour a confirmé qu'il existait au dossier des éléments montrant que les ristournes, présentées comme conditionnelles, étaient en réalité inconditionnelles (caractère fréquent et général des dérogations accordées par les fabricants aux distributeurs, documents promettant en cours d'année l'octroi de la ristourne maximale à l'ensemble des distributeurs, déclarations de responsables de magasins...). La cour a par ailleurs estimé que l'accord de volontés entre les fabricants et leurs distributeurs était démontré. À cet égard, elle a approuvé le Conseil d'avoir déduit de la teneur d'un document adressé par un groupement d'achats à ses adhérents et indiquant « *Ce bon reprend les machines à calculer* [...] *appuyé des prix de vente TTC conseillés* [...] *Sur ces prix de vente conseillés, il vous sera reversé par la centrale 12 % sous forme d'avoir courant décembre* », que l'engagement pris par la centrale d'achats à l'égard de ses membres de leur reverser une remise aussi importante impliquait qu'elle-même avait reçu du fabricant, l'assurance de bénéficier de la ristourne à son taux maximum. L'accord de volontés était en outre corroboré par l'intervention ultérieure du fabricant auprès d'un autre distributeur (à la demande du groupement d'achats), pour lui demander de cesser de proposer à ses détaillants une remise permettant à ces derniers de vendre les calculatrices en dessous des prix établis.

Statuant sur renvoi de la Cour de cassation, la cour d'appel, dans un arrêt du 5 octobre 2004 (SA Concurrence) a rejeté le recours formé par la société Concurrence contre la décision 01-D-49. Le Conseil avait rejeté sa demande de mesures conservatoires et sa saisine au fond dirigées contre la société Sony, relatives à des faits d'abus de dépendance économique et d'entente sur les marchés de produits informatiques et audiovisuels. La société Concurrence avait dénoncé la modification des conditions de vente de Sony, son principal

fournisseur, qui avait entraîné la suppression de différents avantages antérieurement consentis et l'avait empêchée de pratiquer sa traditionnelle politique de prix bas. L'arrêt confirmatif de la cour d'appel avait été partiellement censuré par un arrêt de la Cour de cassation du 3 mars 2004. Par suite, le contrôle de la cour d'appel se limitait d'une part, à l'examen d'une clause « *d'enseigne commune* » qui aurait réservé, dans des conditions discriminatoires injustifiées, une remise quantitative aux revendeurs placés sous l'enseigne Sony et d'autre part, à l'appréciation de la rémunération par Sony, sur facturation des revendeurs, de services spécifiques, qui aurait permis de rehausser artificiellement le seuil de revente à perte et d'imposer une marge minimale aux revendeurs.

Sur le premier point, la cour a déclaré licite la clause d'enseigne commune, en retenant que l'agrégation qu'elle prévoyait pour la détermination du chiffre d'affaires à prendre en compte pour calculer la remise quantitative accordée aux revendeurs placés sous l'enseigne Sony, était la contrepartie objective et vérifiable de l'adoption par ces revendeurs d'un signe distinctif commun, correspondant à la mise en œuvre d'une politique commerciale commune, propre à valoriser le réseau de distribution et l'image de marque des produits. En outre, la clause n'avait pas eu pour objet ou effet de restreindre la concurrence sur le marché des revendeurs, le chiffre d'affaires de la société Concurrence, réalisé pour l'essentiel avec Sony, attestant de l'absence d'impact négatif sur l'activité de la plaignante.

Sur le second point, la cour a estimé que la rémunération versée par Sony à ses distributeurs, dans le cadre d'accords de coopération commerciale, correspondait bien à de véritables services détachables des opérations de vente, spécifiques dès lors que les prestations concernées étaient clairement identifiées. La cour a jugé que cette rémunération n'avait pas été appliquée de façon discriminatoire, qu'elle n'avait pas présenté de disproportion manifeste par rapport à la valeur des services rendus et qu'elle n'avait pas contribué à interdire ou limiter l'accès au marché des revendeurs qui ne fournissaient pas les prestations en cause. La pratique ne pouvait donc être qualifiée d'imposition prohibée de marges.

Sur l'application du règlement CE nº 2790-1999 du 22 décembre 1999 concernant l'application de l'article 81§ 3 du traité à des catégories d'accords verticaux et de pratiques concertées

Dans l'arrêt du 4 mai 2004, CNPA, la cour a rejeté le recours formé contre la décision 03-D-42 par laquelle le Conseil avait rejeté la demande de mesures conservatoires présentée par le syndicat professionnel Conseil national des professionnels de l'automobile (CNPA) et, pour partie, la saisine au fond qui l'accompagnait. Le CNPA avait dénoncé des pratiques qui auraient été mises en œuvre par plusieurs constructeurs ou importateurs de motos, parmi lesquels les sociétés japonaises Suzuki, Yamaha, Honda et Kawasaki. Selon le CNPA, ces fournisseurs avaient imposé à leurs réseaux, des contrats de distribution qui, combinant l'exclusivité de territoire avec la sélection des distributeurs, et imposant également le plus souvent une exclusivité de marque, auraient visé, dans des conditions contraires au règlement du 22 décembre 1999 sur les restrictions verticales, à exclure toute concurrence intermarque et à fermer le marché.

La cour a confirmé la mise hors de cause de certains constructeurs au regard de ce règlement : comme le Conseil, la cour a estimé que les contrats de Peugeot et Yamaha – détenteurs de parts de marché inférieures à 30 % – ne contenaient pas de restrictions susceptibles d'entraîner la perte du bénéfice de l'exemption prévue par le règlement. Elle a ainsi relevé que les concessionnaires pouvaient librement commercialiser les produits des fournisseurs auprès des consommateurs finals ou d'autres membres du réseau. Elle a rappelé en outre qu'il était loisible à un constructeur d'imposer à ses distributeurs, dans ses contrats de distribution sélective-exclusive, qui ne sont pas *a priori* interdits par le règlement, une obligation de non-concurrence n'excédant pas cinq ans (article 5-A du règlement) ou d'interdire à un membre du réseau d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé (article 4-C du règlement), ou encore de fixer des critères objectifs à remplir par les distributeurs non agréés demandant à être approvisionnés par les concessionnaires.

Dans l'arrêt du 29 juin 2004, SARL Marcout Soulhol, la cour d'appel a confirmé la décision par laquelle le Conseil avait rejeté la saisine au fond d'une bijouterie qui dénonçait les pratiques de la société Cartier dans le secteur de l'horlogerie de luxe, relatives aux critères de sélection des distributeurs agréés du réseau Cartier et à leur mise en œuvre (03-D-60). La cour a expressément reconnu la possibilité pour le Conseil de se référer au règlement CE 2790/99 du 22 décembre 1999, pris *« comme un guide d'analyse utile »*, pour apprécier des pratiques auxquelles ce règlement n'était pas applicable, le droit communautaire n'étant pas en cause en l'espèce. La cour a admis qu'en toute hypothèse, le caractère illicite de la clause de distribution sélective de Cartier n'était pas établi, faisant sienne la motivation du Conseil qui avait retenu que la clause pouvait bénéficier de l'exemption prévue au règlement en l'absence de part de marché de Cartier supérieure à 30 % et en l'absence de restriction caractérisée empêchant les distributeurs de vendre d'autres marques de montres.

Sur les ententes horizontales

Dans son arrêt Dexxon Data Media du 21 septembre 2004, la cour a confirmé l'existence d'un échange d'informations entre les fabricants Noblet et Texas Instruments, qui avait porté notamment (voir rapport annuel 2003, page 248) sur le prix de plusieurs produits et sur la date de commercialisation par Texas Instruments d'une nouvelle version de son modèle de base et qui devait permettre à Noblet d'adapter sa politique de prix sur son propre modèle de base. La cour a avalisé la démonstration du Conseil, qui avait déduit de la teneur d'une note échangée entre les deux concurrents, que les échanges n'étaient pas restés isolés mais qu'ils s'inscrivaient dans le cadre d'un accord.

Dans l'arrêt du 26 octobre 2004 rendu sur le recours formé contre la décision 04-D-07 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne, la cour a validé la décision du Conseil, quant à l'analyse des pratiques d'entente sur le prix du pain et au montant des sanctions pécuniaires prononcées à l'encontre de la Fédération départementale de la boulangerie pâtisserie de la Marne et de vingt-six boulangers.

Pour confirmer le caractère anticoncurrentiel des pratiques, la cour a relevé les indices mis en évidence par le Conseil (notamment les propos sans

équivoque tenus par le président de la fédération qui avaient été enregistrés), qui établissaient, avec le caractère simultané des hausses de prix constatées dans le département sur une même période, l'entente anticoncurrentielle et la participation consciente et volontaire des boulangers. Ceux-ci n'avaient pas tous assisté à la réunion pendant laquelle la hausse avait été décidée, mais ils avaient néanmoins appliqué la consigne [21], quand ils n'avaient pas, en qualité de délégués syndicaux de secteur, activement contribué à sa mise en œuvre en la diffusant auprès des autres boulangers du département. La cour a rejeté par ailleurs l'argumentation de la fédération qui tentait de s'exonérer en expliquant qu'elle s'était strictement tenue à son rôle d'information et d'assistance de ses membres : « *... en donnant à ses membres et en faisant diffuser par ses délégués de secteur la consigne de pratiquer un même prix de vente pour la baguette de pain, alors que la fixation de ce prix doit résulter de critères objectifs parmi lesquels, notamment, les coûts de revient des prestations fournies, cet organisme professionnel est sorti de sa mission de défense des intérêts de la profession qu'il représente en faisant obstacle à la fixation du prix d'une denrée de base par le jeu du marché* ». De même, la cour d'appel a repoussé l'argument selon lequel l'entente n'avait pas eu d'effet sensible, compte tenu notamment de sa dimension locale et du fait qu'elle n'avait concerné qu'un faible pourcentage des boulangers du département et un segment réduit du marché (la baguette de 250 gr) : elle a retenu que le critère du seuil de sensibilité ne pouvait être utilisé pour exempter une pratique qui constituait une restriction caractérisée à la concurrence et que la règle *de minimis* instituée par l'article 24 de l'ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 (portant simplification du droit et des formalités pour les entreprises) ne pouvait donc, en l'espèce, recevoir application.

Sur le boycott

Dans un arrêt de rejet du 22 juin 2004 (M. Velpry), la cour a estimé que la lettre-circulaire adressée à des chirurgiens-dentistes par le Conseil départemental de l'ordre des chirurgiens-dentistes et la Confédération nationale des syndicats dentaires (CNSD), pour appeler leur attention sur le fait qu'un prothésiste dentaire exerçait illégalement la pratique de l'art dentaire et leur recommander de s'abstenir de toute relation avec lui nonobstant l'absence de décision de justice définitive rendue à l'encontre de celui-ci, pourrait être qualifiée de boycott. La cour a toutefois relevé qu'en l'espèce, il ne s'agissait que d'une information et d'une recommandation ponctuelles, dépourvues de toute force contraignante immédiate et de portée dans le temps. La cour a par ailleurs constaté la prescription des faits (voir *supra*).

Dans l'arrêt CNPA du 29 juin 2004, la cour a approuvé le Conseil (03-D-68) d'avoir sanctionné le Conseil national des professionnels de l'automobile (CNPA) pour des pratiques d'incitation au *boycott* et de menace de *boycott* dirigées contre une banque et un quotidien régional. Le CNPA avait, d'une part, invité ses adhérents à boycotter l'établissement de crédit car celui-ci avait noué des relations commerciales avec des distributeurs automobiles

21. Voir dans le même sens arrêt du 18 mars 2003, L'Amy (affaire des « opticiens de Lyon »).

indépendants et, d'autre part, averti le quotidien de la possibilité de voir ses adhérents ne plus recourir à ses services publicitaires au motif que des annonces, présentées comme illégales, y étaient insérées par les mandataires. La cour a estimé que le caractère anticoncurrentiel des faits reprochés au CNPA était caractérisé, nonobstant le faible impact des pratiques sur le marché, et que la sanction prononcée était justifiée, le Conseil ayant fait une exacte appréciation de la gravité des faits, eu égard notamment à une précédente condamnation de l'organisme pour des pratiques similaires.

Sur les pratiques d'abus de position dominante

Sur la position de domination

Dans l'arrêt de rejet du 9 novembre 2004 (Société des caves et producteurs réunis de Roquefort), la cour a constaté la position dominante détenue par le groupe Société sur le marché du roquefort, et plus encore sur le segment du roquefort vendu en libre-service, qui au moment des faits, connaissait un développement très significatif. Elle a relevé en outre l'existence d'une barrière à l'entrée venant renforcer cette domination, liée à une réglementation très contraignante, obligeant notamment les producteurs à affiner les fromages dans des caves du village de Roquefort, propriété du groupe.

Sur les abus

Dans un arrêt du 30 mars 2004, la cour a confirmé la décision 03-D-35 par laquelle le Conseil avait sanctionné les laboratoires Sandoz, devenus Novartis Pharma, pour avoir abusé de leur position dominante sur le marché de la ciclosporine. Les laboratoires avaient accordé aux hôpitaux des remises de prix, calculées sur le chiffre d'affaires global réalisé sur chaque commande. Ces remises liaient l'achat de la ciclosporine, produit à la fois incontournable et très onéreux pour les hôpitaux, à celui de plusieurs autres spécialités se trouvant en concurrence avec d'autres médicaments, proposés parfois à moindre prix, notamment sous forme de génériques. Le Conseil avait estimé que ces pratiques avaient eu pour objet de dissuader les hôpitaux de s'adresser aux laboratoires concurrents pour acquérir ces spécialités et pour effet d'évincer des concurrents, à l'occasion d'une vingtaine d'appels d'offres passés par huit hôpitaux.

La cour a réfuté la justification avancée par les laboratoires de « *remises sur ventes par assortiment* » qui auraient été économiquement justifiées par la rétrocession aux hôpitaux d'économies de gamme. En effet, cette thèse, qui n'avait pas été invoquée devant le Conseil, était contredite à la fois par les déclarations de responsables de la société et par le fait que les remises n'étaient proposées qu'aux hôpitaux acheteurs du produit en monopole, leur taux n'étant pas lié à l'importance de l'assortiment commandé. La cour a estimé qu'il s'agissait donc bien de « *remises sur ventes liées* », illicites en l'espèce, dès lors que, mises en œuvre par une entreprise en position dominante, elles tendaient à empêcher l'approvisionnement des acheteurs auprès d'entreprises concurrentes sur des marchés connexes au marché sur lequel s'exerçait sa domination. Elle a considéré comme indifférente la circonstance que les hôpitaux aient pu se procurer les spécialités en

concurrence indépendamment de la ciclosporine, ou que ceux qui refusaient les offres groupées – et donc les remises liées – aient pu néanmoins obtenir des remises. En effet, dans le premier cas, c'était à un prix différent (plus élevé), et dans le second cas, les remises obtenues étaient d'une autre nature, s'agissant alors de remises de quantité obtenues dans le cadre de marchés négociés.

La cour a jugé que, sur six marchés de produits identifiés par le Conseil, les remises pratiquées par Sandoz avaient été de nature à modifier le comportement des acheteurs, même en l'absence d'effet fidélisant des remises sur le long terme, dès lors qu'elles leur permettaient de réaliser des économies importantes sur le produit en monopole. Elle a constaté que sur cinq de ces marchés, les pratiques avaient eu un effet réel, résultant de l'élimination de concurrents qui avaient déposé des offres inférieures à celles de Sandoz.

Dans l'arrêt rendu le 22 juin 2004 (Institut national de la consommation), la cour a confirmé la décision 00-D-54 par laquelle le Conseil avait sanctionné l'INC pour avoir abusé de sa position dominante sur le marché de la presse consumériste, en faisant de la publicité illicite pour ses publications dans des émissions télévisées diffusées par les chaînes publiques et dédiées à l'information des consommateurs. Cette décision avait été infirmée par la cour d'appel (arrêt du 15 mai 2001) qui avait considéré que la pratique ne pouvait être caractérisée faute d'effet anticoncurrentiel. La cour avait jugé décisive la circonstance que les parts de marché d'opérateurs concurrents avaient augmenté au cours de la période de référence. Dans le même temps, elle avait toutefois 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. Cette contradiction avait été censurée par la Cour de cassation (arrêt du 23 avril 2003) qui avait en conséquence cassé l'arrêt mais seulement en ce qu'il avait réformé la décision du Conseil.

Statuant sur renvoi, la cour d'appel a constaté que les pratiques avaient entraîné un développement très important des ventes en kiosque des publications de l'INC, ventes très sensibles à la publicité qui pouvait en être faite, et que leur arrêt avait été suivi, à l'inverse, d'une forte baisse de ces mêmes ventes. La cour a confirmé la sanction d'un million de francs qui avait été prononcée par le Conseil.

Dans l'arrêt de rejet du 27 juillet 2004, SARL Germain Environnement, la cour a confirmé que la gestion par l'ONF de plus de 85 % des forêts françaises ne suffisait pas à établir la position dominante de l'Office sur le marché de l'équipement en mobilier des forêts françaises (04-D-02). Elle a estimé qu'aucun abus ne pouvait résulter de l'obtention par l'établissement de subventions publiques. Elle a rappelé à cet égard que la Commission européenne s'était prononcée sur les subventions octroyées à l'ONF (avis du 12 mai 2000) et avait estimé qu'aucune aide n'avait bénéficié à l'activité commerciale de l'ONF, ayant au contraire constaté que les bénéfices dégagés par l'activité commerciale avaient permis de financer les activités relevant du secteur public. Par ailleurs, le seul fait de disposer de personnels relevant du statut de la fonction publique, ne suffit pas à constituer un avantage concurrentiel.

Dans l'arrêt du 9 novembre 2004 (Société des caves et producteurs réunis de Roquefort), la cour a confirmé la qualification de contrats d'exclusivité qui avait été donnée par le Conseil aux accords conclus par la Société des caves

avec plusieurs enseignes de la grande distribution. Ces accords, renouvelés d'année en année, assuraient au groupe Société, contre versement d'une rémunération, l'exclusivité pour une part considérable de l'approvisionnement en roquefort des magasins des distributeurs concernés. Pour qualifier ces pratiques, la cour s'est expressément fondée sur la jurisprudence Hoffman-La Roche de la CJCE (13 février 1979) relative aux rabais de fidélité : « *pour une entreprise se trouvant en position dominante sur un marché, le fait de lier* [...] *des acheteurs par une obligation ou une promesse de s'approvisionner pour la totalité ou pour une part considérable de leurs besoins exclusivement auprès de ladite entreprise constitue* [...] *une exploitation abusive d'une position dominante* [...] *; qu'il en est de même lorsque ladite entreprise, sans lier les acheteurs par une obligation formelle, applique soit en vertu d'accords passés avec ces acheteurs, soit unilatéralement, un système de rabais de fidélité, c'est-à-dire de remises liées à la condition que le client – quel que soit le montant de ses achats – s'approvisionne exclusivement pour la totalité ou pour une partie importante de ses besoins auprès de l'entreprise en position dominante ; qu'en effet de tels rabais, à la différence des remises liées exclusivement au volume des ventes, tendent à empêcher ou à restreindre, par la voie de l'octroi d'un avantage financier qui ne repose sur aucune prestation économique qui le justifie, l'approvisionnement des clients auprès de producteurs concurrents, partant à empêcher ou limiter l'accès de ces derniers au marché* ». La cour a relevé que la Société des caves n'apportait pas de justification économique au choix des taux de remises accordés, ni à leur lien avec le nombre et la nature des référencements visés par les accords. Par ailleurs, elle a fait valoir que les remises étaient calculées sur la base du chiffre d'affaires réalisé sur la vente d'un grand nombre de références, dont certaines ne pouvaient être fournies par ses concurrents, qui ne pouvant proposer une gamme et des quantités aussi importantes que celles proposées par la requérante, n'étaient pas en mesure d'offrir des rabais comparables. Enfin, elle a considéré que la volonté d'éviction de la Société des caves était particulièrement avérée puisque celle-ci avait en outre proposé une remise de couplage, visant spécifiquement à écarter un concurrent qui fabriquait un roquefort « *haut de gamme* » et qui venait concurrencer directement un produit qu'elle lançait alors sur le marché.

Sur le contrôle du respect d'injonctions

Dans l'arrêt du 6 avril 2004 (Scoot France), la cour a rejeté le recours formé par France Télécom contre la décision 03-D-43 par laquelle le Conseil l'avait sanctionné pour non-respect d'injonction. Ces injonctions, relatives aux conditions de commercialisation des fichiers annuaire de France Télécom, avaient été prononcées par la cour d'appel à l'occasion d'un recours contre une décision de sanction et d'injonction du Conseil. La cour, après avoir annulé la décision du Conseil pour un motif de procédure et évoqué l'affaire, avait confirmé au fond l'analyse du Conseil, et reprenant les injonctions précédemment prononcées, enjoint à l'opérateur, notamment « *de fournir* [...] *à toute personne qui lui en* [ferait] *la demande* [...] *les informations contenues dans l'annuaire universel* [...] », ces prestations devant 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 [...] ». Dans une première décision 02-D-41 du 26 juin 2002, non frappée de recours, le Conseil avait constaté le non-respect des injonctions relatives à la non-discrimination dans les prix de cession des données annuaire et à l'orientation vers les coûts les prix de consultation de la base annuaire. Après un complément d'instruction, il avait estimé, 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, et prononcé, au titre de l'ensemble des griefs retenus, une sanction de 40 millions d'euros.

Devant la cour d'appel, France Télécom soutenait qu'en retenant, pour son analyse, la notion de coût incrémental, c'est-à-dire le coût strictement lié à la constitution et à la fourniture du fichier annuaire, à l'exclusion de celui des opérations nécessaires à l'établissement de ce fichier dès lors qu'elles étaient communes à d'autres activités de France Télécom (par exemple les opérations liées à la constitution du fichier commercial), le Conseil était allé au-delà des termes de l'injonction et s'était fondé sur une interprétation qui ne résultait d'aucune jurisprudence et d'aucune pratique existant au moment de son prononcé. La cour a toutefois estimé que le Conseil avait fait une juste lecture de l'injonction qu'elle avait prononcée qui visait « *sans équivoque à empêcher France Télécom d'intégrer à son tarif des coûts autres que les coûts particuliers se rapportant à la fourniture des listes d'abonnés* ».

La cour a par ailleurs confirmé l'analyse technique et chiffrée du Conseil qui excluait totalement ou partiellement selon les hypothèses envisagées du coût incrémental, le coût des opérations de collecte, de saisie et les coûts de gestion qui n'étaient pas propres à la production et à l'exploitation de la base annuaire et qui devaient être nécessairement supportés par France Télécom pour les besoins de sa seule activité de service téléphonique. La cour a estimé en outre que la demande de l'opérateur tendant à la prise en compte, dans le coût pertinent, de la rémunération des capitaux engagés ne pouvait être accueillie faute d'éléments objectifs, détaillés et vérifiables. De même, sa demande relative à la prise en compte de ses droits de propriété intellectuelle sur l'annuaire a été écartée, la cour retenant que « *ces droits ne* [ressortaient] *d'aucun document particulier ou décision de justice définitive, que leur évaluation* [apparaissait] *purement hypothétique et qu'à la supposer acquise* [...], la *protection de ses données par le Code de la propriété intellectuelle ne saurait faire obstacle à l'application d'une mesure d'orientation vers les coûts prononcée par une autorité de concurrence pour la protection des entreprises contre des pratiques d'abus de position dominante* ».

Sur les pratiques d'abus de dépendance économique

Dans l'arrêt CNPA du 4 mai 2004, la cour a approuvé le Conseil de n'avoir pas retenu l'abus, par les fournisseurs de motocycles, d'un état de dépendance économique des concessionnaires, qui était allégué par le Conseil national des professionnels de l'automobile (CNPA). La cour a estimé que n'étaient démontrées ni la situation de dépendance des concessionnaires, ni l'exploitation abusive de cette dépendance par les fournisseurs.

La cour a jugé que l'état de dépendance économique s'apprécie, même dans la rédaction de l'article L. 420-2 issue de la loi NRE (qui a supprimé toute

référence à la notion de « *solution équivalente* »), « *en tenant compte à la fois de l'importance de la part du fournisseur dans le chiffre d'affaires du revendeur, de la notoriété de la marque du fournisseur, de l'importance de la part de marché du fournisseur et de l'impossibilité pour le distributeur d'obtenir d'autres fournisseurs des produits équivalents* » [22].

Au regard de ces critères, la cour a estimé que même si la distribution des motocycles repose largement sur le monomarquisme, il n'y a pas pour autant de dépendance économique des revendeurs, dès lors qu'ils conservent la possibilité de passer d'un réseau à un autre et disposent de solutions alternatives, techniquement et économiquement comparables, pour commercialiser les produits d'une autre marque. Elle a observé à cet égard que *« le marché se caractérise par l'éclatement de l'offre* [...] *entre plusieurs marques de notoriété équivalente et substituables dont aucune n'exerce de véritable prééminence* » et que les concessionnaires des grandes marques japonaises qui ont quitté leur réseau, ont pu intégrer le réseau concurrent d'une autre grande marque japonaise et distribuer des produits équivalents. La cour a estimé par ailleurs, que n'étaient pas établies les pratiques abusives dénoncées, relevant en particulier l'absence de preuve d'un comportement discriminatoire des fournisseurs lors de la sélection des distributeurs ou dans l'exécution des contrats.

Sur les mesures conservatoires

Dans un arrêt du 8 janvier 2004, la cour a confirmé les mesures conservatoires prononcées à l'encontre de TDF, à la demande de la société Towercast (03-MC-03). Le Conseil avait estimé qu'il n'était pas exclu que TDF ait abusé de sa position dominante sur le marché de la diffusion technique hertzienne terrestre des services de radio en modulation de fréquence (FM), 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 2002/77/CE du 16 septembre 2002, entrée en vigueur le 25 juillet 2003, mais non encore transposée en droit interne, prévoyait l'ouverture du secteur à la concurrence. Faisant application d'une 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, le Conseil avait considéré que le monopole légal dont bénéficiait TDF pour la diffusion des programmes de Radio France était devenu caduc à compter du 25 juillet 2003. En conséquence, il avait été enjoint à TDF de ne plus se prévaloir de ce monopole jusqu'à la décision au fond à intervenir 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 législation communautaire.

22. Le maintien du critère de l'absence de solution équivalente, malgré la modification apportée par la loi NRE, avait été, au demeurant, déjà affirmé par la Cour de Cassation dans un arrêt 3 mars 2004 (société Concurrence) (voir *infra*).

Pour avaliser l'analyse du Conseil, la cour a relevé que, compte tenu de sa durée, l'exclusivité prévue au contrat était susceptible d'empêcher les opérateurs concurrents de diffuser les programmes Radio France en FM et donc de restreindre le jeu de la concurrence sur une partie substantielle du marché, les fréquences utilisées par Radio France représentant 34 % de l'ensemble des fréquences FM. Elle a estimé par ailleurs, qu'il n'était pas exclu qu'au jour de la signature du contrat litigieux, TDF ait eu connaissance de l'objet de la réglementation communautaire à intervenir.

La cour a estimé que les mesures prononcées étaient proportionnées à l'atteinte portée à la concurrence. La condition d'urgence était remplie dès lors que l'ouverture du marché à la concurrence intervenue le 25 juillet 2003 conférait un caractère grave et immédiat à cette atteinte. Dès lors, le Conseil était tenu de laisser inappliquée une législation nationale contraire au droit communautaire.

Dans un arrêt du 12 février 2004, la cour a rejeté le recours formé contre la décision 03-MC-04, par laquelle le Conseil, à la demande des Messageries Lyonnaises de Presse (MLP), avait prononcé des mesures conservatoires à l'encontre de deux autres messageries de presse, propriété du groupe Hachette, les Nouvelles Messageries de la presse parisienne (NMPP) et la Société auxiliaire pour l'exploitation des marchandises transports presse (SAEM-TP). Les MLP avaient dénoncé un abus de la position dominante détenue conjointement par les deux sociétés du groupe Hachette sur le marché de la distribution de la presse au numéro. Elles reprochaient aux NMPP un refus d'accès direct à un logiciel informatique que celles-ci avaient créé, permettant aux dépositaires de presse (intermédiaires entre les éditeurs de presse et les diffuseurs, auxquels les messageries peuvent recourir) d'opérer en temps réel un suivi de la distribution des journaux, ce refus entraînant pour les dépositaires liés aux MLP un surcroît de travail susceptible de les amener à mettre fin à leur collaboration avec les MLP. Était encore dénoncée, l'offre faite aux éditeurs de conditions tarifaires fidélisantes, au moyen de diverses primes et bonifications. Le Conseil estimant que les pratiques des NMPP – lesquelles représentaient 85 % de parts du marché de la distribution de la presse au numéro – pouvaient être constitutives d'abus et qu'une atteinte grave et immédiate était portée aux MLP et au secteur, avait enjoint aux sociétés mises en cause, d'une part, d'accorder aux MLP un accès direct au tronc commun de leur logiciel, dans des conditions économiques équitables, en mettant en place un transfert automatique de fichiers entre le système informatique des MLP et ce logiciel, et d'autre part, de ne pas reconduire, ou de suspendre, les systèmes de bonification exceptionnelle et remises de fidélité figurant dans leurs barèmes.

La cour, allant au-delà de l'analyse du Conseil, a estimé que le tronc commun du logiciel des NMPP constituait une infrastructure essentielle, dès lors qu'il contenait des fonctionnalités essentielles aux activités de distribution de la presse au numéro (comme le référencement des diffuseurs, des titres et des parutions, la gestion des invendus et des réassortiments...) et que sa reproduction à des conditions économiques raisonnables n'était pas envisageable. La cour a écarté la revendication par les NMPP d'un droit de propriété intellectuel sur le logiciel, jugeant que « *le détenteur d'une facilité essentielle est précisément tenu d'offrir à ses concurrents un accès à l'infrastructure*

qu'il détient ou qu'il contrôle à des conditions équitables et non discriminatoires ». Elle a confirmé par ailleurs que les pratiques de fidélisation mises en œuvre par les deux sociétés, ensemble ou séparément, pouvaient constituer un abus de position dominante, en retenant que leurs liens financiers et juridiques et le parallélisme de leur politique commerciale, étaient de nature à exclure l'autonomie alléguée par les intéressées et qu'il convenait de prendre en compte leur position conjointe sur le marché pour évaluer l'effet des pratiques sur la concurrence. De même, les clauses proposées par les NMPP aux éditeurs sur le marché de l'exportation de la presse nationale, conditionnant des tarifs préférentiels à l'export à un engagement d'exclusivité de trois ans, lui sont apparues susceptibles de constituer un abus de position dominante.

Dans l'arrêt SA Neuf Télécom du 29 juin 2004, la cour a censuré la décision 04-MC-01 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Free, Illiad, LDCom (devenue Neuf Télécom) et 9 Télécom, dirigées contre TF1, M6 et France Télécom et concernant le secteur de la télévision par ADSL.

Free, offreur d'un service de « *multiple play* » par ADSL (accès à internet, téléphonie, accès télévisuel), avait dénoncé le refus de TPS, TF1 et M6 de lui permettre la diffusion de leurs chaînes, présenté à la fois comme un abus de position dominante et comme une entente visant pour TF1 et M6 à accorder une exclusivité de diffusion à TPS. Par ailleurs, Neuf Télécom, offreur d'un service de télévision par ADSL à Marseille avec Canal Plus, reprochait à TPS et France Télécom de s'être entendus à l'occasion de la commercialisation de l'offre « *MaLigne TV* » pour développer un partenariat destiné à renforcer la position dominante de l'opérateur historique sur les marchés du haut débit. Il soutenait en outre que France Télécom abusait de sa domination sur la boucle locale de téléphonie mobile, en entravant l'installation des équipements nécessaires au développement d'un service de vidéo par ADSL par les opérateurs alternatifs.

Le Conseil, n'excluant pas que les pratiques dénoncées puissent revêtir un caractère anticoncurrentiel, avait enjoint :
– à TPS et à France Télécom d'informer les consommateurs, sur leurs supports publicitaires, de l'incompatibilité de l'offre « *MaLigne TV* » avec le dégroupage par un opérateur alternatif de la ligne de l'abonné pour l'accès à internet haut débit ;
– à France Télécom d'autoriser Neuf Télécom à installer les matériels de vidéo ADSL nécessaires au déploiement de son offre de TV par ADSL et à procéder à la migration des lignes dégroupées sur ces nouveaux matériels ;
– à France Télécom de facturer séparément le transport des flux vidéo et la desserte locale de services ADSL-vidéo, de telle sorte que ces deux prestations, ouvertes à la concurrence, soient commercialement indépendantes.

À titre liminaire, la Cour a énoncé que « *si l'autorité compétente n'est pas tenue de constater* prima facie *une infraction aux règles de concurrence avec le même degré de certitude que celui requis pour la décision sanctionnant un tel manquement, elle doit être, pour prononcer de telles mesures, convaincue de l'existence d'une présomption d'infraction raisonnablement forte* [...] *; qu'à tout le moins, les faits dénoncés et dont le Conseil s'estime*

valablement saisi au fond doivent être suffisamment caractérisés pour être tenus comme la cause directe et certaine de l'atteinte relevée ». Ce faisant, la Cour a rappelé une jurisprudence empruntée au droit communautaire relative aux mesures provisoires et précédemment utilisée par elle dans les arrêts Pharmalab du 26 juin 2002 et Pharmajet du 16 juillet 2002 [23].

À partir des principes ainsi énoncés, la Cour a rejeté le recours de Neuf Télécom qui souhaitait voir enjoindre à France Télécom de suspendre la commercialisation de l'offre « *MaLigne TV* ». Elle a estimé qu'« *en l'absence de présomption d'infraction suffisamment forte* », le Conseil avait, à juste raison, refusé la mesure sollicitée, précisant que la présomption nécessaire ne saurait être tirée de la seule incidence des pratiques sur le marché (en l'espèce, il était soutenu que l'offre « *MaLigne TV* » pourrait freiner le développement de la concurrence sur le marché de l'ADSL) mais devait résulter de la volonté, qui devait être mise en évidence, de la société mise en cause d'adopter un comportement anticoncurrentiel. La Cour a estimé, au surplus, qu'il n'était pas établi que la mesure de suspension sollicitée serait strictement nécessaire pour faire face à l'urgence puisque, après Marseille, Neuf Télécom était sur le point de développer son service d'accès à la TV par ADSL à Paris. La Cour a encore relevé que la suspension de l'offre de France Télécom pourrait conduire à l'éviction de l'opérateur.

En revanche, la Cour a accueilli les recours de France Télécom et de TPS et a annulé les mesures conservatoires prononcées par le Conseil.

Ainsi, la Cour a estimé que l'injonction relative à l'information des consommateurs sur l'incompatibilité de l'offre *« MaLigne TV »* avec le dégroupage de la ligne téléphonique fixe de l'abonné n'était pas justifiée par l'existence d'une atteinte grave et immédiate à la concurrence ou par l'urgence dès lors que l'avertissement envisagé par la mesure figurait déjà sur les supports promotionnels de l'offre. En outre, répondant aux moyens soulevés par TPS, la Cour a considéré que le Conseil n'avait pas caractérisé une présomption suffisamment forte d'abus de position dominante de TPS, faute d'avoir suffisamment explicité les motifs justifiant son analyse des marchés concernés (voir *supra*, « Définition du marché pertinent ») et suffisamment vérifié la position dominante du groupe TF1. Elle a encore estimé que le Conseil, en se bornant à retenir que l'offre était proposée à un prix maximal et que sa commercialisation bénéficiait du maillage territorial assuré par les agences France Télécom et des services Wanadoo proposés par l'opérateur, n'avait pas suffisamment caractérisé le caractère anticoncurrentiel de l'accord tarifaire existant entre France Télécom et TPS relatif à l'offre *« MaLigne TV »*. La Cour a jugé qu'en toute hypothèse, l'injonction prononcée ne répondait pas à la condition de proportionnalité, dès lors que le lien entre la mesure ordonnée et les pratiques alléguées n'était pas caractérisé. Quant à la mesure devant permettre à Neuf Télécom d'installer les matériels de vidéo ADSL nécessaires au déploiement de son offre de TV par ADSL, la Cour a jugé qu'à supposer caractérisée la présomption d'abus de position dominante raisonnablement forte, les conditions d'atteinte grave à la concurrence

23. Seul le droit communautaire était invoqué dans ces deux affaires.

et d'urgence n'étaient pas remplies dès lors qu'une offre visant aux mêmes fins que la mesure prononcée avait déjà été faite par France Télécom à Neuf Télécom, rendant la mesure sans objet.

La Cour a estimé enfin que la mesure relative à la facturation des prestations de desserte locale et de transport national des flux vidéo, n'était justifiée ni en ce qui concernait la présomption raisonnablement forte de pratiques anticoncurrentielles, ni en ce qui concernait l'atteinte à la concurrence dès lors que Neuf Télécom, malgré le couplage tarifaire mis en place par France Télécom, avait été sollicité par un fournisseur de programmes de TV par ADSL pour passer un accord de diffusion.

Dans l'arrêt société 20 Minutes France du 21 septembre 2004, la Cour a confirmé la décision 04-D-40 par laquelle le Conseil avait rejeté la demande de mesures conservatoires présentée par la société 20 Minutes France. Celle-ci, éditrice d'un quotidien diffusé gratuitement, financé exclusivement par la publicité, avait dénoncé le refus de l'association EUROPQN d'intégrer sa publication dans une étude mesurant l'audience de la presse quotidienne nationale et constituant un outil de référence pour les professionnels de l'achat d'espaces publicitaires. Elle avait demandé, à titre conservatoire, qu'il soit enjoint à l'association d'inclure son journal dans cette étude.

La Cour a confirmé l'analyse du Conseil qui avait estimé qu'aucune atteinte grave et immédiate à l'entreprise n'était démontrée. Si les constatations du Conseil rendaient probables des incidences concurrentielles et financières, les éléments comptables produits par la requérante, purement hypothétiques et prospectifs, ne permettaient pas d'en établir le montant. Par ailleurs, la pérennité de l'entreprise n'était pas menacée, eu égard à la très forte progression du chiffre d'affaires constatée au cours des dernières années et aux prévisions optimistes émanant de la société elle-même. Il apparaissait que les pertes enregistrées par la société étaient essentiellement les conséquences de sa stratégie commerciale. À l'occasion de cette affaire, la Cour a précisé que la gravité des pratiques dénoncées et un simple manque à gagner ne suffisaient pas à caractériser les conditions exigées pour l'octroi des mesures conservatoires.

Sur les sanctions

Sur la gravité des pratiques

Dans l'arrêt du 16 mars 2004 société Interflora, rendu après cassation, la cour a confirmé les sanctions prononcées par le Conseil dans sa décision 00-D-75 du 6 février 2001, en relevant la forte part de marché de la société Interflora, créateur historique des réseaux de transmission florale à distance, ainsi que la réitération des pratiques d'exclusivité mises en œuvre malgré les précédents avertissements qui avaient été délivrés à la société, sous la forme de décisions de justice et injonctions prononcées par le ministre chargé de l'Économie ou le Conseil.

Dans l'arrêt Novartis Pharma du 30 mars 2004, la cour, pour confirmer la sanction prononcée par le Conseil, tout en relevant qu'il avait été mis fin spontanément aux pratiques, a approuvé l'analyse ayant pris en compte la

durée des faits, l'importance du marché sur lequel s'exerçait le monopole du laboratoire, la notoriété de ce dernier, ainsi que la connaissance qu'il avait nécessairement de la condamnation des pratiques en cause par les autorités européennes de concurrence.

Dans l'arrêt Semiacs du 30 mars 2004, la cour a retenu que les pratiques de répartition de marché et de prix concernaient l'exploitation d'un service public à caractère social dont la société d'économie mixte était auparavant titulaire et que celle-ci avait usé du pouvoir d'influence qu'elle détenait du fait de ses liens avec la ville et de sa position revendiquée d'*« autorité de régulation en matière de transport de la collectivité locale »*.

Dans l'arrêt de rejet du 6 avril 2004, Scoot France, pour confirmer la sanction de 40 millions d'euros prononcée à l'encontre de France Télécom, la cour a notamment retenu que la gravité du comportement de l'opérateur historique était « *d'autant plus évidente qu'il est le fait d'une entreprise dominante, investie à ce titre d'une responsabilité particulière sur le marché où elle intervient dans des conditions qui peuvent affecter substantiellement sa structure* ».

Pour confirmer les sanctions prononcées par le Conseil dans l'affaire des « *boulangers de la Marne* », la cour a retenu notamment l'augmentation très importante du prix d'une denrée de base dans l'alimentation des ménages et la diffusion très efficace de la consigne de prix qui avait été assurée par la fédération professionnelle départementale et ses délégués (arrêt du 26 octobre 2004, M. Penart et autres).

« Le Conseil retient pertinemment qu'émanant d'une entreprise en position dominante sur le marché de référence, bénéficiant de surcroît de fortes barrières à l'entrée du fait de la réglementation liée à l'appellation d'origine contrôlée applicable au fromage de roquefort, les pratiques de la Société des caves, qui se sont étalées sur plusieurs années et qui visaient [...] *à restreindre l'accès de concurrents en grande et moyenne surface doivent être regardées comme graves ; qu'il en est d'autant plus ainsi que ces pratiques* [...] *ont été mises en œuvre dans un contexte de forte compétition en raison de la volonté des concurrents de la Société des caves de tirer les conséquences de la baisse sensible des ventes à la coupe observée à cette époque sur un marché qui n'était pas en expansion et d'obtenir une place significative sur le segment de la distribution en libre service dans les grandes et moyennes surfaces* » (arrêt du 9 novembre 2004, Société des caves et producteurs réunis de Roquefort).

Sur le dommage à l'économie

Dans l'arrêt Interflora du 16 mars 2004, la cour a retenu que les pratiques d'exclusivité mises en œuvre par la société avaient eu pour effet de freiner le développement des entreprises concurrentes et partant, la diversification du marché de la transmission florale à distance. Le dommage causé par les pratiques de prix *minima* imposés a été évalué en tenant compte du maillage territorial important détenu par le réseau Interflora au moment des faits, assuré par environ 5 000 adhérents sur 13 000 fleuristes en boutiques.

Dans l'arrêt confirmatif Novartis Pharma du 30 mars 2004, la cour a désapprouvé le Conseil d'avoir pris en considération l'importance des ventes du

produit en monopole, soulignant que les marchés affectés par les pratiques de fidélisation étaient ceux des spécialités en concurrence et qu'il n'était pas démontré que les pratiques avaient produit un effet sur le marché de la Ciclosporine. Elle s'est attachée à examiner l'étendue du marché affecté, la durée ainsi que les effets conjoncturels et structurels des pratiques. Elle a retenu que les remises avaient été proposées, sur trois années, à huit CHU, à l'occasion de vingt-trois appels d'offres. Même s'il n'avait pas été démontré que les remises avaient modifié la décision des acheteurs dans un nombre substantiel d'appels d'offres, ce type de pratiques avait pu empêcher les concurrents de se développer dans des conditions normales sur les marchés concernés et dissuader de nouveaux entrants. En outre, sur cinq marchés, des spécialités concurrentes moins chères avaient été évincées. Soulignant la part insignifiante représentée en France par les génériques dans le volume total des prescriptions de médicaments, la cour a relevé que les pratiques du laboratoire avaient conduit les hôpitaux à se détourner de ce type de produits, ce qui n'avait pu que dissuader leurs fabricants de se développer et de pénétrer de nouveaux marchés. Enfin, rejetant l'argument du laboratoire relatif à l'incidence minime de la perte d'appels d'offres pour ses concurrents, la cour a considéré que *« le dommage à l'économie ne peut se réduire à une "perte" objectivement mesurable* » et qu'il fallait tenir compte « *au-delà de la perte de marge subie par les entreprises concurrentes évincées* », du fait que la menace et la réalité de cette éviction avaient incontestablement affaibli la capacité concurrentielle des autres laboratoires.

Dans l'arrêt SEE Camille Bayol du 9 novembre 2004, la cour a maintenu les sanctions à l'égard des trois entreprises dont la participation à l'entente anticoncurrentielle a été confirmée. Alors même que les estimations initiales du maître d'œuvre avaient été sous-évaluées et qu'après l'annulation de la procédure d'appel d'offres, l'organisation d'un second appel d'offres avait permis au groupement initialement attributaire (grâce à la mise en œuvre de l'entente) de remporter le marché sur la base d'une proposition de prix à peine inférieure, la cour a estimé que les pratiques avaient entraîné un dommage à l'économie et eu une incidence réelle sur le fonctionnement du marché en générant des surcoûts pour la collectivité du fait de la non-optimisation du prix et de la qualité des prestations et en empêchant le maître d'ouvrage d'effectuer des choix techniques en toute connaissance de cause.

Pour confirmer la sanction prononcée dans la décision 04-D-13, la cour d'appel, dans son arrêt du 9 novembre 2004, a souligné que les pratiques d'approvisionnement exclusif mises en œuvre par la Société des caves, avaient nécessairement restreint l'accès de la concurrence aux linéaires des grandes surfaces, lesquels constituent une ressource rare pour les producteurs proposant leurs produits sous leur propre marque. Elle a tenu également compte des déréférencements opérés par les distributeurs, au préjudice des concurrents de la Société des caves, à la suite des accords signés avec cette dernière.

Sur le chiffre d'affaires à prendre en considération

Dans l'arrêt Interflora du 16 mars 2004, la cour, confirmant ce qu'elle avait déjà jugé dans la même affaire, dans un arrêt du 18 septembre 2001, a estimé

que devait être pris en compte pour la détermination du *quantum* de la sanction applicable à la société de transmission florale à distance, non pas le seul chiffre d'affaires réalisé, reflet de l'activité réelle de la société, mais le chiffre d'affaires comptabilisé, alors même que depuis une réforme fiscale de 1992, celui-ci comprenait les rémunérations perçues par l'entreprise pour le compte des fleuristes exécutants et qui étaient ensuite rétrocédées à ces derniers. La cour d'appel qui a confirmé la sanction infligée par le Conseil, a considéré que cette circonstance fiscale « *commune à toutes les entreprises du secteur et à tous les intermédiaires opaques en général* » n'était pas de nature à remettre en cause l'appréciation qui avait été faite de la situation de la société Interflora.

Cette solution a été reprise dans l'arrêt Semiacs du 30 mars 2004. « *L'assiette de* [la] *sanction pécuniaire est assise, en application des dispositions de l'article L. 464-2 du Code de commerce* [...] *sur le chiffre d'affaires global hors taxes réalisé en France lors du dernier exercice clos et mentionné sur le compte de résultat de l'entreprise* ». La requérante ne peut, dès lors, tirer argument du fait que ce chiffre d'affaires correspond pour l'essentiel à la rémunération de ses sous-traitants.

Sur le mécanisme applicable en cas de mise en œuvre de la procédure de transaction

Dans l'arrêt Dexxon Data Media du 21 septembre 2004, la cour a précisé que le dispositif prévu par l'article L. 464-2 du Code de commerce devait conduire le Conseil, dans un premier temps, à réduire de moitié « *le montant maximum de la sanction encourue* », c'est-à-dire le plafond légal défini par rapport au chiffre d'affaires de l'entreprise en cause, puis, dans un second temps, dans la limite ainsi définie, sans être tenu par la proposition de réfaction faite par le rapporteur général, à fixer la sanction en tenant compte de la gravité des faits, de l'importance du dommage causé à l'économie et de la situation de l'entreprise.

Sur la mesure de publication

Dans deux ordonnances en date des 22 septembre et 5 octobre 2004, le magistrat délégué par le premier président de la cour d'appel de Paris pour exercer les attributions résultant de l'article 8 du décret du 19 octobre 1987, a fait droit partiellement à des demandes de sursis à l'exécution de la décision 04-D-39 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie. La cour a rejeté les demandes de sursis portant sur la mesure de publication ordonnée par le Conseil émanant des sociétés sanctionnées et d'une organisation syndicale, non-partie à la procédure suivie devant le Conseil mais qui agissait dans le cadre de ses statuts, pour la défense d'intérêts professionnels collectifs. La cour a estimé que la publication, « *qui procède du principe fondamental de la publicité des décisions à forme et à contenu juridictionnel* » n'était pas de nature à porter atteinte au crédit et à la considération des intéressés, dès lors notamment qu'il pouvait être fait mention de l'existence d'un recours dans le texte publié. Elle a en revanche accueilli la même demande présentée par des personnes physiques, représentantes d'une collectivité publique mise

hors de cause par le Conseil, qui faisaient valoir que le passage à publier les désignait nommément, le Conseil ayant relevé leur participation personnelle et déterminante aux pratiques pour justifier la transmission du dossier au parquet. La cour a constaté que la partie de la décision dont le Conseil avait ordonné la publication contenait des énonciations détaillées des charges retenues contre ces personnes et estimé que la mesure serait « *de nature à porter atteinte, de façon irréparable, à la présomption d'innocence* » dont elles bénéficiaient. Elle a ordonné, en conséquence, que les paragraphes en cause soient exclus de la publication.

Dans l'arrêt du 26 octobre 2004, la même préoccupation a conduit la cour à réformer la décision 04-D-07 concernant les boulangers de la Marne en ce qu'elle ordonnait la publication de son dispositif. La cour a estimé que la mention de la décision de transmission au parquet qui y figurait, compte tenu des incidences pénales d'une telle transmission et du caractère nominatif du dispositif, était susceptible de porter atteinte à la présomption d'innocence des personnes concernées. La cour a encore observé que le coût de la mesure de publication n'avait pas été précisé par le Conseil.

Sur la transmission du dossier au procureur de la République

Dans le même arrêt, la cour a rappelé que la décision de transmission du dossier au parquet n'était pas susceptible de recours : « *il n'appartient pas à la cour de se prononcer sur la décision du Conseil de transmettre le dossier au parquet* ». Au demeurant, la demande de la fédération départementale de la boulangerie tendant à ce que la décision soit réformée sur ce point était également irrecevable en ce que, la décision de transmission ne concernant que les personnes physiques et étant exclusive d'une sanction, ne pouvait lui faire grief.

■ Jurisprudence de la Cour de cassation

En 2004, la Cour de cassation a rendu 11 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 opérations de visite et de saisie

Arrêt de cassation partielle du 13 juillet 2004 (société DTP terrassement – affaire du « Pont de Normandie »)

La Cour de cassation a écarté l'ensemble des moyens concernant la validité des opérations de visite et de saisie. Elle a approuvé la cour d'appel d'avoir rejeté la demande tendant à la communication des pièces produites par l'administration au soutien de ses requêtes présentées au juge. En effet, la cour d'appel était saisie seulement de la régularité des opérations effectuées

par l'administration au regard de l'étendue de l'autorisation judiciaire. Les pièces demandées étaient donc étrangères aux débats et n'avaient pas à être produites dans le cadre du recours dès lors que leur absence n'était pas de nature à affecter la régularité de la procédure ou à préjudicier aux droits des parties.

La Cour a par ailleurs confirmé la validité de la saisie de pièces dont il était prétendu qu'elles n'entraient pas dans le champ de l'autorisation judiciaire, en retenant qu'elles concernaient des marchés publics se rattachant à celui qui était visé dans l'ordonnance judiciaire : le juge ayant autorisé la recherche de preuves relatives au Pont de Normandie ainsi que *« toute manifestation de cette concertation prohibée »*, la Cour de cassation décide qu'ont été valablement saisies des pièces couvrant un champ plus vaste que celui du marché du Pont de Normandie, « *susceptibles de caractériser une entente de répartition entre entreprises de génie civil "pour la réalisation de grands chantiers de travaux publics"* » ou « *pouvant matérialiser cette concertation portant sur d'autres ponts ou des infrastructures de TGV* ». La cour d'appel avait justement retenu à cet égard qu'elles étaient « *pour partie utiles à la preuve des agissements retenus dès lors qu'elles concernaient des pratiques concertées susceptibles de limiter la concurrence par un jeu de compensations réciproques entre les mêmes sociétés et à la même époque sur différents marchés individualisés »* et avait fait « *ainsi ressortir le lien entre le marché public visé par l'ordonnance et les autres marchés publics en cause* ». De même, la Cour de cassation décide, pour les mêmes raisons, que sont valables des saisies opérées sur la base d'une autre autorisation mentionnant la recherche de preuves relatives au TGV Nord et de son interconnexion avec les réseaux Sud-Est et Atlantique, ainsi que de « *toute manifestation de cette concertation prohibée* », et qui ont aussi porté sur des pièces « *de nature à caractériser une entente entre entreprises de génie civil "dans le domaine des terrassements, du génie civil et des travaux souterrains"* » ou susceptibles de matérialiser cette concertation portant notamment sur des sections du TGV Rhône-Alpes.

La jonction des saisines

Arrêt de cassation partielle du 13 juillet 2004 (société DTP terrassement – affaire du « Pont de Normandie »)

La Cour a validé la décision de jonction des saisines ministérielles, dont se plaignaient certaines des sociétés mises en cause, sans démontrer en quoi que cette mesure avait pu porter atteinte à leurs droits et alors même qu'elles avaient pu s'expliquer tout au long de la procédure sur les faits qui leur étaient reprochés.

La saisine d'office du Conseil de la concurrence et l'intervention du rapporteur dans le cadre de cette saisine d'office

Arrêt de rejet du 23 juin 2004 (BNP Paribas)

La Cour de cassation a repoussé les moyens selon lesquels il était soutenu que l'intervention du rapporteur lors du rassemblement des éléments ayant

permis au Conseil de prendre sa décision de saisine d'office, puis sa participation au délibéré de la décision de saisine d'office et de la décision de demande d'enquête, et enfin son intervention lors de l'instruction de la saisine ayant abouti à la décision au fond, contrevenaient aux principes du secret du délibéré, de séparation des fonctions de poursuite et d'instruction et d'impartialité. Ont été également écartés les moyens par lesquels était critiquée l'immixtion du Conseil dans la définition des orientations de l'enquête par le biais de sa décision de demande d'enquête.

Après avoir précisé que « *la décision par laquelle le Conseil* [...] *décide de se saisir d'office n'est pas un acte de poursuite* », la Cour a rappelé qu'aucun texte ne faisait obstacle à ce que le Conseil demande à un rapporteur de rassembler les éléments lui permettant d'apprécier l'opportunité de se saisir d'office et à ce que ce même rapporteur présente des observations orales devant la Commission permanente appelée à se prononcer sur ce point. La présence du rapporteur à la séance de la formation appelée à décider de cette mesure, puis la désignation de ce rapporteur aux fins d'instruire cette saisine, ne méconnaissent par conséquent aucun des principes invoqués. De même, la Cour a estimé que le Conseil n'avait fait qu'user des pouvoirs qu'il détenait (avant la loi NRE) de prendre une décision de demande d'enquête et que le principe de séparation des fonctions d'instruction et de jugement était sauf, dès lors que les attributions du rapporteur avaient été respectées, ce dernier ayant lui-même déterminé les orientations de l'enquête et défini les diligences demandées aux enquêteurs. La Haute juridiction a encore rappelé qu'aucune disposition n'imposait au Conseil de motiver ses décisions de saisine d'office, celles-ci, dès lors qu'elles ne comportaient la qualification d'aucun fait ni l'imputation d'aucune pratique, ne constituant pas des décisions administratives individuelles soumises à l'obligation de motivation prévue par la loi du 11 juillet 1979.

La notion de « *ministre intéressé* » au sens de l'article L. 463-2 du Code de commerce

Arrêt de rejet du 18 février 2004 (société OCP Répartition)

Confirmant l'analyse faite par le Conseil et la cour d'appel [24], ainsi que sa propre jurisprudence [25], la Cour de cassation a jugé que le ministre intéressé, au sens de l'article L. 463-2 du Code de commerce (qui prévoit la notification du rapport aux « *ministres intéressés* »), est le ministre qui est intervenu à un moment quelconque de la procédure pour « *apprécier, favoriser ou condamner* » les pratiques examinées par le Conseil. En l'espèce, le ministre du travail et des affaires sociales qui avait été interrogé par la Chambre syndicale de la répartition pharmaceutique sur une question étrangère aux pratiques en cause, n'aurait fait, dans sa réponse, que rappeler à son correspondant certaines dispositions législatives et fait part de son intention de rappeler cette législation aux professionnels concernés. Il ne s'était donc pas

24. Notamment, arrêt du 29 juin 2000, Ligue nationale de football ; arrêt du 22 janvier 2002, « répartition pharmaceutique ».

25. Arrêt du 5 novembre 1991, SDRM.

prononcé sur les pratiques examinées par le Conseil et n'avait pas acquis la qualité de « *ministre intéressé* ».

Arrêt de rejet du 23 juin 2004 (BNP Paribas)

Les pratiques d'entente imputées aux banques, personnes morales de droit privé, n'ayant pas à être examinées au regard de textes dont la mise en œuvre relèverait de la mission propre des ministres chargés de l'Économie ou de la Consommation, mais seulement au regard des articles L. 420-1 ou L. 420-2 du Code de commerce, le rapport n'avait pas à être notifié à ces derniers.

La communication par le Conseil à des autorités administratives tierces, des saisines entrant dans le champ de leur compétence (ancien article 16 du décret du 29 décembre 1986 devenu article 35 du décret du 30 avril 2002)

Arrêt de rejet du 23 juin 2004 (BNP Paribas)

La Cour a estimé, en l'absence de précision du texte, que cette transmission n'avait pas à intervenir au moment de la saisine et qu'il suffisait qu'elle ait lieu *« dans des conditions compatibles avec le respect du caractère contradictoire de la procédure devant le Conseil* ». En l'espèce, la transmission de la saisine à la commission bancaire, bien qu'intervenue plusieurs années après la décision de saisine d'office, n'avait pas porté atteinte aux droits de la défense, dès lors qu'elle était intervenue avant la notification du rapport et qu'au demeurant la notification de griefs avait été jointe à l'envoi.

La compétence d'attribution du Conseil

Arrêt de rejet du 7 janvier 2004 (Aéroports de Paris)

La mise à disposition, contre rémunération, par l'établissement Aéroports de Paris, de moyens de signalisation à des opérateurs privés afin de leur permettre d'exercer leur activité économique en dehors du domaine aéroportuaire, ne relève pas de l'exercice d'une mission de service public concernant l'occupation du domaine public et mettant en jeu des prérogatives de puissance publique, mais d'une activité de prestation de service.

Arrêt de rejet du 23 juin 2004 (BNP Paribas)

La Caisse nationale des caisses d'épargne et de prévoyance, en adressant, d'une part, aux établissements de crédit qui lui étaient affiliés, des recommandations allant dans le sens d'un pacte de non-agression visant à restreindre les possibilités de renégociation des prêts immobiliers et partant, à limiter le jeu de la concurrence, et en avalisant, d'autre part, les pratiques locales du même type, est intervenue sur le marché de la distribution des crédits immobiliers aux particuliers dans des conditions excédant les limites de sa mission de service public et ne manifestant pas l'exercice de prérogatives de puissance publique. La pratique en cause entrait donc dans le champ de compétence du Conseil.

La prescription

Arrêt de cassation partielle du 13 juillet 2004 (société DTP terrassement – affaire du « Pont de Normandie »)

La Cour de cassation a rappelé le caractère interruptif de prescription des procès-verbaux d'audition établis par le rapporteur, de la notification des griefs et du rapport, précisant que *« l'interruption de la prescription pour les faits dont le Conseil est saisi vaut à l'égard de toutes les entreprises mises en cause, peu important qu'elles n'aient pas toutes été entendues au cours de l'instruction »*. La Haute juridiction a encore précisé que l'annulation de la décision du Conseil par la cour d'appel (pour une raison de procédure) ne faisait pas disparaître le caractère interruptif de ces actes puisque *« l'acquisition de la prescription doit être vérifiée à la date où le Conseil se prononce sur les faits dont il a été saisi, l'art. L. 462-7* [...] *ne s'appliquant qu'à la procédure suivie devant lui »*.

Les règles de procédure applicables en cas de mise en œuvre du droit communautaire

Arrêt de cassation du 14 décembre 2004 (Pharma Lab)

Dans cet arrêt de principe, la Haute juridiction est venue préciser les conditions d'application par les autorités nationales de concurrence des articles 81 et 82 du traité CE, s'agissant en l'espèce d'une demande de mesures conservatoires.

Par un arrêt du 26 juin 2002, la cour d'appel avait rejeté le recours formé par la société Pharma Lab contre la décision 02-MC-07 au terme de laquelle le Conseil avait rejeté la demande de mesures conservatoires de ce grossiste-exportateur en produits pharmaceutiques. L'affaire concernait des exportations parallèles de médicaments et n'avait été examinée par le Conseil que sur le seul fondement du droit communautaire, en l'absence d'affectation du marché français, expressément relevée par le Conseil dans sa décision. Le Conseil avait estimé que les conditions lui permettant d'octroyer des mesures provisoires n'étaient pas remplies, faute d'atteinte au secteur, à l'économie et à l'entreprise plaignante. Constatant à son tour que les pratiques devaient être examinées au regard du seul droit communautaire, la cour d'appel avait d'abord rappelé qu'en vertu de l'article L. 470-6 du Code de commerce, les autorités nationales de concurrence étaient compétentes pour appliquer directement les articles 81 à 83 du traité CE, les règles de procédure prévues par les textes du Livre IV du Code de commerce leur étant alors applicables. Elle avait ensuite jugé, au nom de l'exigence d'efficacité et d'uniformité d'application du droit communautaire sur l'ensemble du territoire de l'Union et au nom de la sécurité juridique des entreprises, que les critères d'appréciation du bien-fondé des mesures conservatoires devaient être ceux définis par le droit communautaire, les dispositions de l'article L. 464-1 du Code de commerce devant dès lors, en tant que de besoin, être interprétées à la lumière du droit communautaire. C'est ainsi que, pour la première fois, la cour d'appel avait décidé, en se fondant sur plusieurs décisions de la CJCE et du TPI, que les conditions de fond d'octroi des mesures devaient être celles du droit communautaire et qu'en conséquence, les

mesures conservatoires ne pouvaient intervenir que s'il existait notamment « *une présomption d'infraction raisonnablement forte* » [26]. Ce raisonnement l'avait amenée à confirmer la décision de rejet prise par le Conseil mais en substituant au motif retenu par le Conseil (l'absence d'atteinte grave et immédiate), le motif tiré de l'absence de présomption d'infraction raisonnablement forte [27].

La Cour de cassation a censuré cet arrêt, au visa de l'article 10 du traité CE [28] et de l'article L. 70-6 du Code de commerce, en invoquant le principe de l'autonomie des procédures nationale et communautaire et en jugeant que les autorités nationales de concurrence qui appliquent les articles 81 et 82 sont tenues de mettre en œuvre les règles de procédure nationales et non les règles de procédure communautaires : « [...] *le principe de l'autonomie procédurale commande à l'autorité nationale de concurrence, qui applique les articles 81 et 82 du traité CE de mettre en œuvre les règles de procédure interne, sauf si ce principe conduit à rendre impossible ou excessivement difficile l'application du droit communautaire de la concurrence* ».

Le respect du principe du contradictoire

Arrêt de cassation partielle du 3 mars 2004 (société Concurrence)

La Cour a repoussé le moyen de la société Concurrence qui soutenait que le contradictoire n'avait pas été respecté dans la mesure où, ayant été convoquée à « *une simple audience de recevabilité* » (dans le cadre d'une pratique anciennement en cours devant le Conseil lors de l'examen des demandes de mesures conservatoires), elle n'avait pas été informée de ce que ses demandes seraient examinées au fond et n'avait donc pu préparer utilement la séance, ayant, de surcroît, été privée d'un délai suffisant pour répliquer aux observations présentées en défense. La Cour de cassation relève que la société Concurrence, qui était demanderesse lors de la procédure suivie devant le Conseil et, par conséquent, tenue de faire la preuve des faits propres à justifier ses prétentions et à rendre vraisemblables les atteintes à la concurrence dénoncées, avait pu débattre contradictoirement de l'ensemble des éléments qui avaient été soumis au Conseil et disposer d'un délai raisonnable pour organiser la défense de ses intérêts.

---

26. « *Les dispositions conservatoires, qui doivent rester* [...] *strictement limitées à ce qui est nécessaire pour faire face à l'urgence, ne peuvent intervenir que s'il existe, à première vue, une violation des règles communautaires de concurrence et afin de parer à une situation de nature à causer un préjudice grave et irréparable à la partie qui les sollicite ou intolérable pour l'intérêt général et que, si l'autorité compétente n'est pas tenue de constater une infraction prima facie avec le même degré de certitude que celui requis pour la décision finale, elle doit être convaincue de l'existence d'une présomption d'infraction raisonnablement forte* ».

27. Ce critère de « *présomption d'infraction raisonnablement forte* » a été repris par la Cour d'appel dans l'arrêt du 29 juin 2004 (SA Neuf Telecom) dans une affaire où le droit national était en cause et où la Cour n'a fait aucunement référence à l'application du droit communautaire (voir *supra*).

28. « *Les États membres prennent toutes mesures générales ou particulières propres à assurer l'exécution des obligations découlant du présent traité ou résultant des actes des institutions de la Communauté. Ils facilitent à celle-ci l'accomplissement de sa mission.*
Ils s'abstiennent de toutes mesures susceptibles de mettre en péril la réalisation des buts du présent traité. »

L'égalité des armes du point de vue des délais laissés respectivement au rapporteur et aux entreprises

Arrêt de cassation partielle du 13 juillet 2004 (société DTP terrassement – affaire du « Pont de Normandie »)

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 (voir aussi l'arrêt de la cour d'appel du 14 janvier 2003, dans la même affaire).

L'impartialité du Conseil

Arrêt de rejet du 9 juin 2004 (Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts)

La Cour de cassation s'est prononcée sur les incidences, quant à l'impartialité du Conseil, de la participation des membres de la formation de jugement à une procédure antérieure d'avis concernant le même secteur d'activité.

La cour d'appel avait jugé que le fait que le Conseil ait antérieurement rendu un avis sur l'étendue du monopole des géomètres-experts n'avait pas affecté son impartialité lors de la phase de jugement, dès lors que dans son avis, le Conseil n'avait porté aucune appréciation sur les pratiques dont il avait ensuite été saisi au contentieux et qu'en toute hypothèse, il avait statué dans les deux affaires dans des compositions différentes. La cour d'appel avait préalablement énoncé à cet égard 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 »*.

Devant la Cour de cassation, il était soutenu que le principe d'impartialité et les droits de la défense s'opposaient à ce que le Conseil, même dans des compositions différentes, puisse rendre un avis et statuer ultérieurement au contentieux. La Cour a estimé cependant que le Conseil n'avait manqué à aucun de ces principes dès lors que dans son avis, il n'avait *« nullement* [...] *examiné et apprécié les pratiques ultérieurement soumises à sa décision »*. Sans se placer sur le terrain de la composition du Conseil comme l'avait fait la cour d'appel, la Haute juridiction a donc jugé que le Conseil – dès lors qu'il respectait strictement la spécificité de la procédure consultative, c'est-à-dire qu'il se gardait dans ses avis de toute appréciation susceptible de constituer un préjugement – pouvait, même dans une composition identique, connaître à la fois d'une procédure d'avis et d'une procédure contentieuse.

L'impartialité du rapporteur

Arrêt de rejet du 9 juin 2004 (Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts)

La Cour a estimé que « *le principe d'impartialité ne fait pas obstacle à ce qu'un même agent procède à l'instruction des faits dont le Conseil est saisi et présente un rapport oral devant la formation [de jugement] dès lors qu'il n'assiste ni ne participe au délibéré* [...] ».

L'incidence de la participation du rapporteur au délibéré sur la validité de l'instruction

Arrêt de cassation partielle du 13 juillet 2004 (société DTP terrassement – affaire du « Pont de Normandie »)

La régularité de l'instruction ne saurait être affectée du seul fait de la présence irrégulière du rapporteur au délibéré, présence qui ne vicie que la décision rendue par le Conseil.

La durée de la procédure

Arrêt de cassation partielle du 13 juillet 2004 (société DTP terrassement – affaire du « Pont de Normandie »)

La Cour a rappelé que la méconnaissance par le Conseil du délai raisonnable ne peut entraîner l'annulation ou la réformation de la décision, mais seulement la réparation du préjudice résultant éventuellement du retard subi (voir dans le même sens l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 2003, société Domoservices maintenance).

Les observations écrites du Conseil de la concurrence

Arrêt de cassation partielle du 13 juillet 2004 (société DTP terrassement – « Pont de Normandie »)

La Cour a confirmé la possibilité pour le Conseil de présenter des observations écrites devant la cour d'appel, possibilité prévue par les textes et qui ne saurait entraîner d'atteinte au droit des entreprises à un procès équitable dès lors qu'elles ont la faculté de répliquer par écrit et oralement à ces observations.

Le pouvoir d'évocation de la cour d'appel

Arrêt de rejet du 7 janvier 2004 (Aéroports de Paris)

La Cour de cassation a rappelé que, par application des articles L. 464-8 du Code de commerce et 561 du nouveau Code de procédure civile, la cour d'appel avait la faculté, après annulation de la décision du Conseil, de se prononcer sur les pratiques dont le Conseil était saisi, dès lors que la procédure antérieure à la décision n'était pas affectée par l'annulation (dans le même

sens, Cour de cassation du 30 mai 2000 Canal Plus ; 26 février 2002, Compagnie nationale des experts et autres ; et 13 juillet 2004, société DTP terrassement).

L'application des règles du Nouveau Code de procédure civile à l'examen par la cour d'appel de Paris des recours formés contre les décisions du Conseil

Arrêt de rejet du 9 juin 2004 (Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts)

Le décret nº 87-849 du 19 octobre 1987 ne comportant aucune disposition relative à la tenue de l'audience devant la cour d'appel de Paris et dès lors que les dispositions du NCPC ne cèdent que devant les dispositions expressément contraires de ce décret ou aménageant des modalités propres à l'exercice des recours contre les décisions du Conseil, la cour d'appel a pu statuer dans les conditions prévues à l'article 786 du NCPC (relatives à la tenue de l'audience).

L'incompétence de la cour d'appel de Paris pour connaître des recours formés contre les décisions du Conseil prises sur le fondement des dispositions de l'article L. 430-9 du Code de commerce

Arrêt de cassation du 12 juillet 2004 (CGE)

Statuant sur un pourvoi formé par la Compagnie générale des eaux, la Cour de cassation a cassé, sans renvoi, l'arrêt de la cour d'appel du 18 février 2003 qui avait confirmé la décision rendue en juillet 2002 par le Conseil, relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement. Le Conseil, qui s'était saisi d'office, avait estimé que sur les marchés nationaux de la gestion déléguée de la distribution d'eau et de la gestion déléguée de l'assainissement, la CGE et la Lyonnaise des Eaux détenaient une position dominante collective, dont elles avaient abusé en renonçant à répondre à un certain nombre d'appels d'offres, lorsqu'elles se trouvaient en concurrence avec les entreprises communes qu'elles avaient créées. Sans sanctionner les entreprises en cause, le Conseil, faisant application pour la première fois des dispositions de l'article L. 430-9, avait demandé au ministre de l'Économie d'enjoindre aux deux sociétés de modifier, compléter ou résilier les accords et actes qui avaient conduit à la constitution de leurs filiales communes. Cette décision avait été entièrement confirmée par la cour d'appel. La Cour avait avalisé la définition du marché pertinent retenue par le Conseil ainsi que l'existence d'abus par les entreprises de leur domination commune. Elle avait aussi écarté les critiques de la CGE, relatives à l'application par le Conseil de l'article L. 430-9, estimant notamment que ces dispositions trouvaient à s'appliquer en l'espèce dès lors que le Conseil avait constaté un abus de position dominante. Elle avait toutefois jugé que la suite qui serait donnée à la demande d'injonction adressée au ministre relevant de l'appréciation exclusive de ce dernier, la décision du Conseil, sur ce point, ne faisait pas grief à la requérante et qu'en conséquence, le recours en

annulation, en ce qu'il était dirigé contre cette partie de la décision du Conseil, était irrecevable.

La Cour de cassation, d'office, estimant que le *« seul objet »* de la décision du Conseil était la mise en œuvre de l'article L. 430-9, a relevé l'incompétence de la cour d'appel de Paris, jugeant que *« les décisions prises sur le fondement de l'article L. 430-9 du Code de commerce ne sont susceptibles que d'un recours devant le juge administratif »*.

Jurisprudence relative au fond

Le marché pertinent

Arrêt de rejet du 7 janvier 2004 (Aéroports de Paris)

La Cour de cassation a confirmé l'existence d'un marché de l'accès aux installations aéroportuaires destinées à l'information des passagers sur lequel l'établissement Aéroports de Paris était le seul offreur dans l'aéroport de Roissy-Charles-de-Gaulle, eu égard à sa qualité de gestionnaire unique des infrastructures aéroportuaires.

Arrêt de rejet du 7 janvier 2004 (société 4D)

La Cour de cassation a confirmé la position qu'elle avait adoptée dans l'arrêt Société routière de l'Est parisien du 22 mai 2001, suivant laquelle l'analyse de la demande des utilisateurs des produits ou services en cause est déterminante lors de la définition du marché pertinent.

Arrêt de rejet du 23 juin 2004 (BNP Paribas)

La Cour a avalisé la définition d'un marché pertinent du crédit immobilier aux particuliers – alors que les banques invoquaient le marché plus étroit des « *prêts destinés au remboursement anticipé des emprunts immobiliers précédemment contractés* ». Il avait été relevé notamment que la conclusion d'un contrat de prêt destiné au remboursement anticipé du prêt immobilier était substituable au réaménagement du prêt d'origine par la banque initialement prêteuse et que « *le prêt destiné au remboursement anticipé d'un emprunt immobilier précédemment contracté* » n'était pas un produit habituellement proposé par les banques à leurs clients.

Arrêt de cassation partielle du 13 juillet 2004 (société DTP terrassement – « Pont de Normandie »)

La Cour de cassation a rappelé qu'en matière de marché public, chaque marché constitue un marché de référence, résultant de la confrontation, 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 cet appel. Elle a précisé que peuvent être sanctionnées, non seulement les pratiques affectant chacun des marchés publics concernés, mais aussi l'entente organisée à un échelon plus vaste et produisant des effets sur ces marchés, en ce qu'elle conduit les entreprises qui y ont participé à s'en répartir illicitement les parts.

L'entente anticoncurrentielle

Arrêt de rejet du 18 février 2004 (société OCP Répartition)

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par des répartiteurs pharmaceutiques contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait confirmé pour l'essentiel la décision par laquelle le Conseil avait sanctionné ces sociétés pour diverses pratiques concertées de répartition de parts de marché et d'éviction. Avaient été notamment sanctionnés, d'une part, des accords entre les grossistes-répartiteurs prévoyant, dans la région Nord/Seine-Maritime mais aussi au plan national, une répartition du marché, avec une certaine tolérance de glissement de parts de marché, et en cas de dépassement de cette limite, un mécanisme compensatoire de restitution de chiffre d'affaires, d'autre part, le refus discriminatoire des grossistes-répartiteurs de livrer, dans les conditions habituelles, les pharmacies qui avaient fait le choix d'un répartiteur concurrent, et enfin, un accord prévoyant une limitation des remises sur la parapharmacie. La Cour qui a jugé inopérantes les circonstances invoquées par les sociétés pour justifier ces pratiques, a estimé que la stabilité des parts de marché observée dans le secteur résultait bien de « *la restriction artificielle au fonctionnement de la concurrence* » découlant des accords de répartition et non, comme il était prétendu, de la structure du marché, caractérisée notamment par le faible nomadisme des pharmacies dans le choix de leur grossiste-répartiteur. Par ailleurs, la Cour a approuvé le Conseil et la cour d'appel d'avoir estimé, s'agissant de l'accord national de gel des parts de marché, que même si l'on n'avait pu déterminer de façon précise son effet anticoncurrentiel, un tel accord avait « *en lui-même* » pour objet ou pour effet au moins potentiel d'empêcher, de restreindre ou de fausser le jeu de la concurrence sur le marché. Enfin, la Cour a dénié aux pratiques le bénéfice de l'exemption de l'article L. 420-4 du Code de commerce, estimant qu'elles n'avaient pas pour objet d'imposer le respect de prescriptions du Code de la sécurité sociale et que n'était pas justifiée l'existence d'un progrès économique.

Arrêt de cassation partielle du 3 mars 2004 (société Concurrence)

La Cour de cassation a partiellement accueilli le pourvoi formé par la société Concurrence contre l'arrêt de la cour d'appel du 9 avril 2002 qui avait confirmé la décision (01-D-49) par laquelle le Conseil avait rejeté sa saisine au fond et sa demande de mesures conservatoires dirigées contre la société Sony, portant sur des pratiques commises sur les marchés de produits informatiques et audiovisuels. La société Concurrence avait dénoncé la modification des conditions de vente de Sony, son principal fournisseur, qui aurait entraîné la suppression de différents avantages antérieurement consentis et l'aurait empêchée de pratiquer sa traditionnelle politique de prix bas. Selon la société Concurrence, ces pratiques constituaient, non seulement une exploitation abusive de sa dépendance économique, mais encore une entente résultant, d'une part, de l'institution d'une clause « *d'enseigne commune* » réservant, dans des conditions discriminatoires, une remise aux revendeurs placés sous l'enseigne Sony, et d'autre part, de la mise en place, dans le cadre d'accords de coopération commerciale, de barèmes prévoyant la rémunération sur factures par Sony de services spécifiques rendus par les

distributeurs et permettant au fabricant d'imposer une marge minimale aux revendeurs bénéficiaires.

La Cour de cassation a approuvé la cour d'appel d'avoir déclaré licite la clause « *d'enseigne commune* » prévue dans les nouvelles conditions de vente, dès lors que l'existence d'une enseigne commune n'était pas une condition nécessaire à l'obtention de la remise et que la société Concurrence n'était pas *a priori* exclue de son bénéfice. En revanche, la Cour a considéré que la juridiction d'appel n'avait pas répondu au moyen en ce qu'il visait également la clause figurant dans les anciennes conditions de vente. Elle a estimé par ailleurs que la cour d'appel ne pouvait écarter le moyen relatif à la rémunération des services spécifiques, aux seuls motifs que la remise ne présentait pas de caractère discriminatoire et qu'elle n'avait pas pour but ou pour effet de limiter la politique de prix des distributeurs : la cour d'appel aurait dû, en effet, également rechercher si la rémunération prévue par le fournisseur correspondait bien à des services effectivement rendus, détachables des opérations de vente, de façon à vérifier si la facturation de ces services n'était pas constitutive d'une pratique prohibée d'imposition de marges.

Voir *supra* arrêt de rejet rendu par la cour d'appel sur renvoi de la Cour de cassation (5 octobre 2004, SA Concurrence).

Arrêt de rejet du 9 juin 2004 (Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts)

La Cour a rejeté le pourvoi formé par le Conseil supérieur de l'ordre des géomètres-experts et trois conseils régionaux de cet ordre contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait, pour l'essentiel, confirmé la décision de sanction prise par le Conseil à l'encontre de ces instances. Celles-ci avaient notamment organisé une entente visant, par la diffusion d'une note proposant une interprétation fallacieuse d'un texte de loi, à inciter des élus et des maîtres d'ouvrages à confier aux seuls géomètres-experts tous les travaux de topographie, y compris ceux dépourvus d'incidence foncière, pour lesquels ils ne bénéficiaient pas d'un monopole légal et se trouvaient en concurrence avec les géomètres-topographes. La cour d'appel avait réformé partiellement la décision du Conseil en mettant hors de cause l'un des conseils régionaux sanctionnés. La Cour de cassation a approuvé l'analyse précédemment adoptée, selon laquelle la note litigieuse ne se limitait pas à un simple rappel de la législation en vigueur mais constituait un argumentaire visant à limiter l'accès de la profession de géomètres-topographes à un marché.

Arrêt de rejet du 23 juin 2004 (BNP Paribas)

La Cour de cassation a rappelé la jurisprudence constante selon laquelle « *l'existence d'une entente peut être établie dès lors que des éléments autres que la constatation du seul parallélisme de comportements s'ajoutent à celui-ci pour constituer avec lui un faisceau d'indices graves, précis et concordants* ». Elle a estimé, s'agissant des réseaux décentralisés d'établissements bancaires (comme le Crédit Agricole ou la Caisse d'Épargne), que le consentement des organismes centraux (contre lesquels il n'existait pas de preuve directe de réunions ou d'engagements écrits) était caractérisé dès

lors notamment que, en plus de la similitude des politiques commerciales des réseaux en cause, l'échelon national définissait la politique à suivre en matière de renégociation des prêts immobiliers, que des instructions lui étaient demandées sur ce point par les échelons régionaux ou encore que des recommandations allant implicitement dans le sens du pacte de non-agression avaient été diffusées au niveau national.

Arrêt de cassation partielle du 13 juillet 2004 (société DTP terrassement – « Pont de Normandie »)

La Cour de cassation a confirmé pour l'essentiel l'arrêt rendu le 14 janvier 2003 par la cour d'appel de Paris dans l'affaire « *Pont de Normandie* » (voir Jurisprudence de la cour d'appel de Paris, Rapport annuel 2003). La Cour de cassation, rappelant que les éléments de preuve peuvent émaner de tiers, a estimé que la juridiction de recours avait suffisamment caractérisé l'implication des sociétés sanctionnées. L'arrêt de la cour d'appel a toutefois été cassé en ce qu'il avait sanctionné une entreprise pour avoir présenté des offres après s'être concertée avec d'autres sociétés, alors que par ailleurs, il était relevé que l'entreprise en cause n'avait pas soumissionné pour les marchés concernés.

L'abus de position dominante

Arrêt de rejet du 7 janvier 2004 (société 4D)

La Cour de cassation a rappelé que les effets de l'abus prévu par l'article L. 420-2 du Code de commerce peuvent être produits sur le marché dominé ou sur un autre marché.

Arrêt de rejet du 7 janvier 2004 (Aéroports de Paris)

Constitue un abus le refus de l'établissement Aéroports de Paris de permettre aux hôteliers situés à la périphérie de l'aéroport Roissy-Charles-de-Gaulle d'accéder aux installations aéroportuaires destinées à l'information des passagers, étant relevé que ce refus s'expliquait par la volonté d'ADP de réserver l'accès à cette signalisation aux seuls hôteliers situés sur l'aéroport afin de ne pas voir diminuer le niveau des redevances perçues auprès de ces hôteliers et dépendant de leur chiffre d'affaires. La pratique a eu pour effet de fausser le jeu de la concurrence sur le marché de l'hôtellerie.

L'abus de dépendance économique

Arrêt de cassation partielle du 3 mars 2004 (société Concurrence)

Statuant sur le pourvoi formé par la société Concurrence contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait confirmé la décision (01-D-49) par laquelle le Conseil avait rejeté sa saisine au fond et sa demande de mesures conservatoires dirigées contre la société Sony, la Cour de cassation a confirmé l'absence de situation de dépendance économique de la société Concurrence par rapport au fabricant. Ce faisant, elle s'est prononcée pour la première fois depuis la modification apportée par la loi NRE à l'article L. 420-2, alinéa 2 du Code de

commerce, sur les conditions de l'état de dépendance économique. La société Concurrence soutenait que la loi NRE avait supprimé la condition d'absence de solution équivalente pour l'entreprise victime de l'abus. La Haute juridiction décide que « [...] *l'état de dépendance économique, pour un distributeur, se définit comme la situation d'une entreprise qui ne dispose pas de la possibilité de substituer à son ou ses fournisseurs un ou plusieurs autres fournisseurs répondant à sa demande d'approvisionnement dans des conditions techniques et économiques comparables ; qu'il s'en déduit que la seule circonstance qu'un distributeur réalise une part très importante voire exclusive de son approvisionnement auprès d'un seul fournisseur ne suffit pas à caractériser son état de dépendance économique* ». En l'espèce, l'état de dépendance économique n'était pas caractérisé dès lors que la part prépondérante des produits Sony dans les achats de la société Concurrence résultait, non de l'inexistence de produits substituables aux produits Sony, mais d'une politique délibérée du distributeur qui avait choisi de privilégier ce fournisseur.

Voir aussi *supra* « Jurisprudence de la cour d'appel de Paris », arrêt du 4 mai 2004, CNPA.

L'imputabilité des pratiques

Arrêt de rejet du 23 juin 2004 (BNP Paribas)

La Cour a rappelé la jurisprudence constante selon laquelle lorsque la personne morale responsable de l'exploitation à l'origine des pratiques a cessé d'exister juridiquement, « *les pratiques sont imputées à la personne morale à laquelle l'entreprise a été juridiquement transmise, et, à défaut d'une telle transmission, à celle qui assure en fait sa continuité économique et fonctionnelle* », précisant qu'« *il est sans conséquence que cette transmission ait été le fait de la loi* », comme c'était le cas, en l'espèce, s'agissant de la Caisse nationale des Caisses d'épargne et de prévoyance, créée après la dissolution du Centre national des caisses d'épargne et de prévoyance.

Voir aussi l'arrêt de la Cour de cassation du 28 janvier 2003, société Domoservices maintenance.

La détermination des sanctions

Arrêt de rejet du 3 mars 2004 (société Farel)

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé par la société Farel contre l'arrêt de la cour d'appel qui avait confirmé pour l'essentiel la décision du Conseil (en ne la réformant que sur certaines sanctions, en raison de la durée de la procédure dont la Cour avait estimé qu'elle ne devait pas préjudicier aux entreprises dont le chiffre d'affaires avait augmenté de manière significative depuis le début de la procédure). La Haute juridiction a avalisé l'appréciation faite par la cour d'appel de l'amende infligée à la société Farel en jugeant que l'évolution du chiffre d'affaires de cette dernière, postérieure aux pratiques incriminées et résultant de la prise d'une location-gérance, était indépendante de la durée de la procédure et n'avait donc pas à être prise en

considération dans la détermination du montant de la sanction. La Cour a estimé par ailleurs que le dommage à l'économie avait été concrètement apprécié, la juridiction d'appel ayant relevé la mise en œuvre effective des pratiques d'entente par des entreprises fabriquant ou distribuant des produits préfabriqués en béton, la faible élasticité de la demande, l'absence de produit de substitution, la hausse importante des prix provoquée par les pratiques ainsi que la part représentée par le produit dans le coût de la construction des logements. Enfin, elle a considéré que la sanction était proportionnée à la situation financière de la société qui était fortement endettée, mais qui avait réalisé un chiffre d'affaires et un bénéfice importants.

Arrêt de rejet du 28 avril 2004 (société Colas Midi-Méditerranée)

La Cour de cassation a rejeté le pourvoi formé contre l'arrêt qui avait confirmé la décision par laquelle le Conseil avait sanctionné, en 2001, les sociétés Colas et Jean-François pour des pratiques d'entente mises en œuvre lors de la passation de marchés publics de travaux routiers dans les Bouches-du-Rhône. La Cour a jugé que la juridiction d'appel s'était justement déterminée « *en relevant que la gravité des faits résultait de la tromperie commise au détriment des collectivités publiques quant à l'existence ou à l'intensité de la concurrence sur le marché et au nombre d'offres réellement concurrentes soumises à l'appréciation de ces collectivités* ». En outre, la cour d'appel avait estimé à juste titre que la gravité des pratiques était renforcée « *par l'appartenance des deux sociétés à un groupe d'envergure nationale et de grande notoriété* [...] *connaissant parfaitement les règles applicables aux marchés publics, cette appartenance étant en elle-même de nature à convaincre les entreprises de moindre envergure de la banalité et de la généralité d'un tel comportement et à les inviter ainsi soit à adopter des comportements similaires, soit à renoncer à présenter des offres sur des marchés qu'elles seraient pourtant aptes à réaliser* ».

La Cour de cassation a encore estimé que la juridiction d'appel avait légalement justifié sa décision en retenant, au titre du dommage causé à l'économie, en particulier, le financement public des marchés affectés et la perturbation de la procédure d'appel d'offres induite par les pratiques d'entente.

Arrêt de rejet du 23 juin 2004 (BNP Paribas)

Dans cet arrêt, la Cour de cassation a rejeté les nombreux moyens soulevés, relatifs à la détermination du montant des sanctions. Elle a notamment estimé que le dommage à l'économie avait été justement évalué à partir des éléments retenus par le Conseil (volume des renégociations, contexte juridique et médiatique favorable aux consommateurs pour la renégociation des prêts immobiliers, part consacrée par les ménages au logement...), tout autant que la situation individuelle des entreprises en cause au regard de leur position sur le marché et de la part prise par chacune dans l'entente. Elle a en outre jugé qu'à défaut de chiffre d'affaires, non communiqué par certaines banques, le « *produit bancaire brut* » transmis par les intéressées (c'est-à-dire la somme des postes de produits d'exploitation bancaire représentant l'activité économique des établissements de crédit) avait pu valablement

être pris en compte pour l'évaluation du montant maximal de la sanction encourue dès lors que les sanctions prononcées n'excédaient pas la limite légalement prévue.

Arrêt de cassation partielle du 13 juillet 2004 (société DTP terrassement – « Pont de Normandie »)

Aucune disposition légale n'autorise la déduction de l'assiette de la sanction, du chiffre d'affaires réalisé par une entreprise au titre de diverses sociétés en participation dont elle est la gérante.

Rapport du ministre de l'Économie

Rapport du ministre de l'Économie

Les décisions comportant des injonctions de publication . 328

Les décisions comportant des injonctions de faire et/ou de ne pas faire 334

Le contrôle de l'exécution des sanctions pécuniaires 342

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.

En 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 délégué par lui, en matière de sursis à exécution d'une décision prononçant des sanctions, imposant 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 III 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, trois 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.

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.

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 de 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.

L'enquête, conduite pour vérifier le respect de l'injonction, a conclu le 22 juin 2004 au non-respect de celle-ci par les entreprises condamnées. Le Conseil de la concurrence a donc été saisi pour ce motif. Durant l'instruction de cette saisine par le Conseil, en octobre 2004, les entreprises ont accompli les premières démarches en direction des revues pour organiser la publication. Il est apparu qu'en ce qui concerne la revue professionnelle *Inform'optique,* un obstacle indépendant de la volonté des sociétés rendait impossible une exécution complète de l'injonction. En revanche, celle-ci a été publiée dans l'édition du quotidien *Le Progrès* en date du 29 décembre 2004.

Le Conseil a néanmoins estimé, par décision n° 05-D-08 du 9 mars 2005, qu'en ne tenant pas compte du délai imposé dans la décision du 14 juin 2002 et en exécutant l'injonction avec un retard qui leur est en majeure partie imputable, les quatre sociétés n'ont pas respecté l'injonction. Il les a donc condamnées à des sanctions pécuniaires de 1500 € pour Nagabbo, 600 € pour Guigues Optique, 600 € pour Europtic et 2000 € pour Bourdeau.

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.

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.

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. La DGCCRF a écrit le 9 juin 2004 à la revue *Armées d'aujourd'hui* afin de connaître les raisons pour lesquelles cette publication n'a pu intervenir. *Armées d'aujoud'hui* n'a pas répondu à ce jour.

Les investigations sont en cours quant à une éventuelle impossibilité d'exécuter l'injonction, du fait de la politique de publication de la revue concernée.

Au titre de l'année 2003, cinq décisions du Conseil de la concurrence comportaient une ou plusieurs injonctions de publication dont la vérification du respect n'avait pas été garantie lors de la présentation du précédent rapport.

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 nº 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 nº 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. Lors de l'instruction de cette saisine par le Conseil, il est apparu que la décision a été publiée dans la *Gazette des Communes* datée du 4 octobre 2004, soit plus d'une année et cinq mois après le délai fixé.

Par décision nº 05-D-09 du 14 mars 2005, le Conseil a estimé qu'aucune des sociétés concernées par l'injonction n'a fait en sorte qu'elle soit publiée dans le délai imparti et qu'elles étaient donc conjointement responsables du non-respect de l'injonction du 4 février 2003. Il a donc prononcé les sanctions pécuniaires suivantes : 9000 € à Girod, 2500 € à AlpSignalisation, 2000 € à La Signalisation Centrale, 2000 € à Picardie Signalisation, 2700 € à Lacroix Signalisation, 2000 € à Desmoules Pose, 3000 € à Signaux Laporte et 2500 € à Crapie.

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 nº 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 le 5 mars 2003, 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 O-P Lafarge (OPL) et Lafarge béton préfa, à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires infligées contre elles.

Sur recours de certaines entreprises sanctionnées, la cour d'appel de Paris a partiellement réformé cette décision par un arrêt du 25 novembre 2003, sans cependant modifier ni la substance ni les modalités de l'injonction de publication. La publication est intervenue dans la revue L*e Moniteur des Travaux Publics et du Bâtiment* le 19 septembre 2003 et dans L*a Revue Technique du Bâtiment* fin septembre 2003.

Le Conseil de la concurrence a été saisi le 29 décembre 2003 pour non-respect de cette injonction, dans la mesure où les modalités de l'exécution de l'injonction, et donc son délai, en font partie intégrante. Par décision nº 04-D-47 du 12 octobre 2004, le Conseil a estimé que les entreprises n'avaient pas respecté l'injonction du fait de ce retard mais que celui-ci était suffisamment réduit pour

qu'il n'en soit résulté aucun dommage à l'économie. Dès lors, il a condamné les entreprises concernées à une sanction pécuniaire de 300 € chacune.

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 pécuniaire 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 n° 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. La cour d'appel de Paris a rejeté le recours par un arrêt en date du 6 avril 2004.

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.*

Les investigations ont permis d'établir que cette injonction a été exécutée.

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* ».

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. La cour d'appel de Paris a rejeté le recours par un arrêt du 29 juin 2004.

Au titre de l'année 2004, six décisions comportaient une ou plusieurs injonctions de publication.

04-D-07 du 11 mars 2004 *relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne*

Le Conseil de la concurrence a ordonné la publication du dispositif de cette décision dans le journal *L'Union,* aux frais de la fédération départementale de la boulangerie et de la boulangerie-pâtisserie de la Marne dans un délai de 30 jours à compter de la notification de la décision.

L'injonction de publication a été levée par un arrêt de la cour d'appel de Paris en date du 26 octobre 2004, qui a réformé la décision 04-D-07 sur ce seul point.

04-D-09 du 31 mars 2004 *relative à des pratiques mises en œuvre par la société Codes Rousseau dans le secteur des supports pédagogiques pour auto-écoles*

Le Conseil de la concurrence a ordonné la publication du titre de la décision, de sa deuxième partie (paragraphes 35 à 69 et non 63 comme il est indiqué par erreur dans la décision) et des trois articles du dispositif décisionnel, en caractères lisibles par un lecteur ordinaire, à l'initiative de la société Codes Rousseau et à ses frais, dans la revue *La Tribune des auto-écoles,* dans un délai de deux mois à compter de la décision.

Cette publication est intervenue dans le numéro de juin-juillet 2004 de *La Tribune des auto-écoles*.

04-D-25 du 23 juin 2004 *relative aux pratiques mises en œuvre dans le domaine des honoraires d'architecte dans les marchés de maîtrise d'œuvre en Aquitaine*

Le Conseil de la concurrence a ordonné, dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la décision, de publier la partie II de la décision, à partir du paragraphe « *B. Sur les pratiques* » dans une édition de la revue *Le Moniteur des Travaux publics,* aux frais du Conseil de l'ordre des architectes d'Aquitaine. Cette publication devait être précédée de la mention « *Décision du Conseil de la concurrence rendue le 23 juin 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans les marchés de maîtrise d'œuvre en Aquitaine* ».

Le dispositif de la décision, et donc l'injonction de publication, a été confirmé par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 11 janvier 2005. La publication est intervenue en octobre 2004.

04-D-39 du 3 août 2004 *relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie*

Le Conseil de la concurrence a ordonné la publication, dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la décision, des paragraphes 144 à 171 de celle-ci et du dispositif décisionnel (articles 1, 2 et 3), dans une édition du quotidien *Ouest-France* diffusée dans le département de la Mayenne. Cette publication doit intervenir à frais communs et à proportion des sanctions pécuniaires infligées aux sociétés STAL, Mayenne Viande, les fermiers de l'Erve et Privileg. Elle doit être précédée de la mention *« Décision n° 04-D-39 du 3 août 2004 du Conseil de la concurrence relative à des*

pratiques mises en œuvre par les sociétés STAL, Mayenne Viande, les Fermiers de l'Erve et Privileg ».

Dans un arrêt du 22 février 2005, la cour d'appel de Paris a maintenu l'injonction de publication, dans le même quotidien et selon les mêmes modalités, tout en la limitant aux paragraphes 144 à 169, et à l'exception du paragraphe 153, et au dispositif décisionnel. Cette restriction est motivée par le respect de la présomption d'innocence et des droits de la défense des personnes nommément désignées pour « *avoir pris une part personnelle et déterminante dans la mise en œuvre des pratiques* ».

04-D-43 du 8 septembre 2004 *relative à l'attribution de marchés publics organisés par la commune de Grasse dans le secteur des transports scolaires et périscolaires*

Le Conseil de la concurrence a ordonné la publication des visas et du dispositif de la décision dans le quotidien *Nice-Matin,* aux frais partagés des quatre sociétés condamnées (Les Cars Bridet, Transports Automobiles de la Côte d'Azur et de la Vallée du Loup, les Autocars Musso et la Société des Transports Grassois et Méditerranéens) et au prorata du montant des amendes infligées. Cette publication doit être précédée de la mention « *Décision du Conseil de la concurrence du 8 septembre 2004 relative à des pratiques d'entente mises en œuvre par les sociétés les Cars Bridet, Transports Automobiles de la Côte d'Azur et de la Vallée du Loup, les Autocars Musso et Société des Transports Grassois et Méditerranéens* ». Aucun délai n'est prévu pour cette publication. Les vérifications quant au respect de cette injonction sont en cours.

04-D-49 du 28 octobre 2004 *relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'insémination artificielle bovine*

Le Conseil de la concurrence a ordonné que l'UNCEIA (Union des Coopératives Agricoles d'Elevage et d'Insémination Artificielle) fasse publier le paragraphe 269 et le dispositif décisionnel (articles 1 à 4), à ses frais, dans une édition des revues *La France Agricole* et L*a Semaine Vétérinaire*, dans un délai de trois mois à compter de la date de notification de la décision. Cette publication doit être précédée de la mention « *Décision du Conseil de la concurrence rendue le 28 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de l'insémination artificielle bovine* ».

Les vérifications quant au respect de cette injonction sont en cours.

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.

02-MC-04 du 11 avril 2002 *relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires de la société Antalis*

Le 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 à 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 de l'injonction, par lettre datée du 26 janvier 2004. L'instruction de ce dossier est en cours au Conseil.

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 semblaient indiquer 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.

Par une décision nº 04-D-62 en date du 30 novembre 2004, le Conseil a constaté que la décision du 10 juin 2002 avait été publiée dans le magazine *LSA.* Il a relevé également que la clause d'exclusivité avait été supprimée des contrats conclus postérieurement à la décision, la mention « *Sogec Gestion se voit confier la gestion de l'ensemble des coupons émis* » signifiant que le client était censé confier à Sogec les bons émis pour une campagne ou une opération déterminée et non tous ses bons de réduction. Il a également noté que Sogec Gestion ne refusait plus de communiquer les codes d'identification des coupons en cas de traitement par une autre banque de coupons et que Sogec ne persistait plus dans son refus du double codage.

Le Conseil a donc jugé que l'injonction prononcée le 10 juin 2002 avait bien été respectée.

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 nº 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.

Compte tenu de l'arrêt de la cour d'appel et du lien étroit existant entre la CSD et l'AFDI, il a été décidé de ne pas poursuivre l'enquête sur l'exécution des injonctions tant pour la CSD que pour l'AFDI.

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'assurance*

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, la prestation en cause étant désormais effectuée à titre gratuit.

Dans la mesure où l'augmentation de la prime d'assurance des exercices 2003 et 2004 est significative, la réalité de cette gratuité est difficile à établir. Par ailleurs, il est apparu au cours des investigations que la pratique consistant à imposer aux avocats du barreau de Marseille une assurance collective sans leur laisser le choix ni de l'assureur ni des conditions de cette assurance perdurait.

Le Conseil de la concurrence a donc été saisi pour non-respect de l'injonction le 26 novembre 2004.

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 menées pour vérifier le respect de l'injonction ont permis d'établir que les avocats du barreau d'Albertville, s'ils étaient toujours soumis à l'obligation d'adhérer au contrat collectif, pouvaient également souscrire une assurance individuelle pour ces risques et se faire rembourser le montant de l'assurance du contrat collectif souscrit par l'ordre. Il a donc été

considéré que les injonctions prévues par la décision du 16 janvier 2003 avaient bien été respectées.

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 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.

A la suite d'échanges de courrier entre le Ministre et les NMPP, il est apparu que le barème incriminé a été retiré. L'injonction du Conseil de la concurrence a donc été respectée.

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 de 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 devrait 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 des injonctions prononcées par le Conseil de la concurrence a été demandée initialement, puis réorientée sur le fondement des injonctions prononcées par la cour d'appel de Paris. Les investigations ont permis d'établir que les injonctions ont été respectées par la société France Télécom.

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 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 III 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.

Par un arrêt en date du 21 septembre 2004, la cour d'appel de Paris a par ailleurs validé en tous points la décision du Conseil de la concurrence.

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, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond :
– 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.

A 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.

Par décision n° 04-D-34 du 22 juillet 2004, le Conseil s'est saisi d'office du respect de l'injonction relative à l'accès direct au tronc commun du logiciel Presse 2000, les mesures prises par les NMPP à ce stade ne justifiant pas la levée de l'injonction. Les investigations quant au respect des autres injonctions sont en cours depuis le mois de septembre 2004.

Au titre de l'année 2004, sept décisions comportaient des injonctions de faire ou de ne pas faire.

04-MC-01 du 15 avril 2004 *relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés Free, Iliad, Ldcom et 9télécom*

Le Conseil de la concurrence a enjoint, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond :
– à la société TPS, d'insérer, en caractères nettement lisibles, dans tous ses documents promotionnels ou publicitaires relatifs à la commercialisation du service « *TPS L* » diffusés à compter de la date de notification de la décision, la mention : *« Offre soumise aux conditions techniques particulières figurant à l'article 2.2 (point 2) des Conditions Générales d'Abonnement* ».

A la société France Télécom :
– d'insérer en caractères nettement lisibles, dans tous ses documents promotionnels ou publicitaires relatifs à la commercialisation du service « *MaLigne tv* » diffusés à compter de la date de notification de la décision, la mention : « *Offre soumise aux conditions techniques particulières figurant à l'article 4 (point 3 du premier paragraphe) des Conditions Spécifiques* » ;
– dans un délai de deux semaines à compter de la date de notification de la décision, d'autoriser la société Neuf Télécom à installer les équipements nécessaires au raccordement de ses DSLAM vidéo à son réseau de desserte en boucle, notamment les commutateurs Ethernet et de répondre aux commandes d'accès de la société Neuf Télécom, y compris lorsque cet opérateur est à la fois « *émetteur* » et « *preneur* ». Ces prestations sont fournies à la société Neuf Télécom dans le cadre des relations contractuelles existantes, dans des conditions non discriminatoires et dans la limite des fonctionnalités que permettent les DSLAM commercialisés sur le marché ;
– à compter de la date de la notification de la décision, de présenter séparément, dans tout contrat relatif à des prestations ADSL vidéo, y compris dans les contrats existants, le prix du transport et le prix de desserte locale des flux vidéo. Cette présentation précise également que les deux prestations sont commercialement indépendantes et peuvent être assurées par deux opérateurs différents.

Le dispositif d'injonctions de cette décision a été annulé par un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 juin 2004.

04-D-30 du 7 juillet 2004 *relative à des marchés publics de transport scolaire en Haute-Corse*

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés Calvi Corse Touristique, Corsicar, Gestion Services, GBTA et Giudicelli Transports 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 III du Code de commerce. Ces engagements sont énoncés aux points 28, 29 et 30 (est cité par erreur le point 31) et la vérification de leur respect est en cours.

04-D-37 du 27 juillet 2004 *relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres dans le Val-de-Marne*

Le Conseil de la concurrence a enjoint à la société OGF de respecter les engagements qu'elle avait souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elle recueillait de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce. Ces engagements sont énoncés au point 75 (est cité par erreur le point 77) de la décision.

Cette décision fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris qui, par un arrêt du 12 avril 2005, a décidé de solliciter l'avis de la Cour de cassation sur une question de droit nouvelle et, en conséquence, de surseoir à statuer.

04-D-42 du 4 août 2004 *relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre du marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier*

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés Armoricaine de restauration, Bodin, Lanfry, Lefèvre, Moullec et Pavy de respecter les engagements qu'elles avaient souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elle recueillait de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce. Ces engagements sont énoncés au point 11 de la décision.
Une enquête a été lancée en mars 2005 afin de vérifier la bonne exécution de ces injonctions.

04-D-44 du 15 septembre 2004 *relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films*

Le Conseil de la concurrence a enjoint aux sociétés Filmdis et Cinésogar :
– de supprimer la clause mentionnée dans les contrats qui les lient avec les exploitants de salles de cinéma indépendants leur interdisant formellement de traiter avec un producteur ou un distributeur ou un autre programmateur sans l'accord préalable des sociétés sous-distributrices, sauf dénonciation du contrat et respect d'un préavis de trois mois ;
– de cesser d'imposer un prix des places aux exploitants de salles indépendants ;
– de cesser d'imposer aux exploitants de salles un réparateur agréé par elles, cet entretien pouvant être réalisé par toute entreprise compétente en la matière ;
– de publier leurs catalogues de films disponibles à une fréquence correspondant au rythme de la programmation ;
– quant à l'ordre et au passage des films, de respecter les termes de la jurisprudence de la cour d'appel de Paris (arrêt du 7 juin 2000, SARL Cinéma le 5 Royal/Société Gaumont Buena Vista International), en tenant compte des critères liés à la qualité des salles mais sans que cette prise en compte n'ait

« *pour objet ou pour résultat de défavoriser systématiquement un exploitant par rapport à l'un de ses concurrents dans sa zone de chalandise* ».

Un arrêt de la cour d'appel de Paris du 29 mars 2005 a partiellement réformé cette décision. Toutes les injonctions prononcées à l'encontre de la société Cinésogar ont été annulées. En ce qui concerne la société Filmdis, les première, quatrième et cinquième injonctions ont été maintenues.

C'est donc sur la base de ce nouveau dispositif d'injonctions établi par la cour d'appel que seront menées les investigations quant à leur respect.

04-D-65 du 30 novembre 2004 *relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial*

Le Conseil de la concurrence a enjoint La Poste de respecter les engagements qu'elle avait souscrits en contrepartie du bénéfice qu'elle recueillait de la mise en œuvre des dispositions de l'article L. 464-2 III du Code de commerce. Ces engagements sont énoncés au point 63 de la décision. Les investigations relatives au respect de ces injonctions sont en cours.

04-MC-02 du 9 décembre 2004 *relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom*

Le Conseil de la concurrence a enjoint à Orange Caraïbe, à titre conservatoire et dans l'attente d'une décision au fond :
– jusqu'à la décision de fond, de supprimer dans tous les contrats, en cours ou à venir, conclus avec ses distributeurs indépendants les obligations d'exclusivité liant ces derniers et notamment le quatrième alinéa du premier article du « *Contrat d'agent commercial* » et les dispositions de l'article 14 du même contrat intitulé *« Non concurrence ».* Orange Caraïbe devra en informer l'ensemble de ses distributeurs indépendants par lettre recommandée avec avis de réception dans un délai maximum de deux mois à compter de la date de notification de la décision. Cette lettre devra comprendre, en annexe, une copie de l'intégralité de la présente décision ;
– de supprimer l'ensemble des obligations d'exclusivité qu'elle impose à Cételec Caraïbes et d'en informer Cételec Caraïbes par lettre recommandée avec avis de réception dans un délai maximum de deux mois à compter de la date de notification de la décision ;
– de faire en sorte que, pour toutes les offres comportant des tarifs différents pour les communications *on net,* d'une part, et *off net,* d'autre part, l'écart entre ces tarifs *on net* et *off net* ne dépasse pas l'écart entre les coûts que Orange Caraïbe supporte pour l'acheminement de ces deux types de communications. Orange Caraïbe en informera ses clients par mention sur leur prochaine facture et par affichage visible dans les agences France Télécom et les points de vente Orange, dans un délai maximum de deux mois à compter de la date de notification de la décision ;
– de permettre que ses clients utilisent les points de fidélité qu'ils ont acquis ou dont ils pourraient faire l'acquisition, en tant qu'à-valoir venant en déduction du prix de tout achat d'un bien ou d'un service qu'elle propose à sa clientèle, la valeur du point étant celle fixée par Orange Caraïbe. Orange Caraïbe en informera ses clients par mention sur leur prochaine facture et par affichage

visible dans les agences France Télécom et les points de vente Orange, dans un délai maximum de deux mois à compter de la date de notification de la décision.

Par un arrêt du 28 janvier 2005, la cour d'appel de Paris a réformé les troisième et quatrième injonctions mais seulement quant à leur délai d'exécution qui est porté à quatre mois à compter de la notification de la décision du Conseil.

Les investigations relatives au respect de ces injonctions, telles que formulées respectivement par le Conseil de la concurrence et lac d'appel, de Paris sont en cours.

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 était de 9 631 398,70 euros ; le montant qui a effectivement été recouvré au cours de l'année 2004 au titre des reliquats des années antérieures s'élève à 9 106 500, 80 euros, soit un taux de recouvrement de 94,55 % ;
– pour l'année 2004, le montant net des recouvrements pris en charge s'élève à 48 174 128 euros ; le montant effectivement recouvré est de 46 571 028 euros, soit un taux de recouvrement de 96,67 %.

Pour le ministre et par délégation,
Le directeur général de la concurrence,
de la consommation et de la répression des fraudes,
Guillaume CERUTTI

Textes

Textes

Code de commerce (partie législative)
Livre IV – De la liberté des prix et de la concurrence..... 347

Articles de l'ordonnance nº 86-1243 n'ayant pas été abrogés 382

Code de commerce
Livre IX – Dispositions relatives à l'outre-mer 383

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 389

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..... 395

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..... 414

Règlement intérieur du Conseil de la concurrence 443

Composition du Conseil de la concurrence à partir du 16 février 2005..... 446

Sections du Conseil de la concurrence au 16 février 2005 448

Arrêté du 22 juin 2004 portant nomination au Conseil de la concurrence..... 450

Arrêté du 4 novembre 2004 portant nomination d'un commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence..... 450

Charte de déontologie..... 451

Code de commerce (partie législative)

Livre IV – De la liberté des prix et de la concurrence

Titre I : 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)
(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

Est puni d'un emprisonnement de quatre ans et d'une amende de 75 000 euros 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

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 82 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 1 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

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 ainsi que dans les articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne et ceux dans lesquels ces dispositions sont invoquées sont attribués, selon le cas et sous réserve des règles de partage de compétences entre les ordres de juridiction, aux tribunaux de grande instance ou aux tribunaux de commerce dont le siège et le ressort sont fixés par décret en Conseil d'État. Ce décret détermine également le siège et le ressort de la ou des cours d'appel appelées à connaître des décisions rendues par ces juridictions.

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)
(Loi nº 2003-660 du 21 juillet 2003 art. 59 *Journal officiel* du 22 juillet 2003)
(Ordonnance nº 2004-274 du 25 mars 2004 art. 25 *Journal officiel* du 27 mars 2004)

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 50 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.

Dans les départements d'outre-mer, lorsqu'une opération de concentration au sens de l'article L. 430-1 a pour effet de porter soit la surface de vente telle que définie à l'article L. 720-4 au-delà du seuil fixé au même article, soit la

part de marché, exprimée en chiffres d'affaires, des entreprises soumises aux dispositions du même article au-delà de 25 %, le ministre peut, dans un délai de trois mois après la réalisation effective de l'opération, la soumettre à la procédure prévue aux articles L. 430-3 et suivants. Toutefois, les dispositions de l'article L. 430-4 ne sont pas applicables à ces opérations.

Article L. 430-3

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 88 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Loi nº 2004-1343 du 9 décembre 2004 art. 83 II *Journal officiel* du 10 décembre 2004)

L'opération de concentration doit être notifiée au ministre chargé de l'Économie avant sa réalisation. La notification peut intervenir dès lors que la ou les parties concernées sont en mesure de présenter un projet suffisamment abouti pour permettre l'instruction du dossier et notamment lorsqu'elles ont conclu un accord de principe, signé une lettre d'intention ou dès l'annonce d'une offre publique. Le renvoi au ministre chargé de l'Économie de tout ou partie d'un cas de concentration notifié à la Commission européenne vaut notification au sens du présent article.

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 n° 2001-420 du 15 mai 2001 art. 49 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)
(Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 art. 32 *Journal officiel* du 24 février 2005)

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.

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.

Pour un fruit ou légume frais ayant fait l'objet, entre le fournisseur et son client, d'un accord sur le prix de cession, l'annonce de prix, hors lieu de vente, est autorisée dans un délai maximum de soixante-douze heures précédant le premier jour de l'application du prix annoncé, pour une durée qui ne peut excéder cinq jours à compter de cette date.

Dans tous les autres cas, toute annonce de prix, hors lieu de vente, portant sur un fruit ou légume frais quelle que soit son origine, doit faire l'objet d'un accord interprofessionnel d'une durée d'un an renouvelable, conclu conformément aux dispositions de l'article L. 632-1 du code rural. Cet accord précise les périodes durant lesquelles une telle annonce est possible et ses modalités.

Cet accord peut être étendu conformément aux dispositions des articles L. 632-3 et L. 632-4 du même code.

Les dispositions des trois alinéas précédents ne sont pas applicables aux fruits et légumes frais appartenant à des espèces non produites en France métropolitaine.

Toute infraction aux dispositions des alinéas ci-dessus est punie d'une amende de 15 000 Euros.

La cessation de la publicité réalisée dans des conditions non conformes aux dispositions du présent article peut être ordonnée dans les conditions prévues à l'article L. 121-3 du Code de la consommation.

Article L. 441-2-1

(inséré par Loi n° 2005-157 du 23 février 2005 art. 33 *Journal officiel* du 24 février 2005)

Pour les produits agricoles périssables ou issus de cycles courts de production, d'animaux vifs, de carcasses ou pour les produits de la pêche et de l'aquaculture, figurant sur une liste établie par décret, un distributeur ou prestataire de services ne peut bénéficier de remises, rabais et ristournes ou prévoir la rémunération de services de coopération commerciale que si ceux-ci sont prévus dans un contrat écrit portant sur la vente de ces produits par le fournisseur.

Ce contrat comprend notamment des clauses relatives aux engagements sur les volumes, aux modalités de détermination du prix en fonction des volumes et des qualités des produits et des services concernés et à la fixation d'un prix.

Lorsqu'un contrat type relatif aux activités mentionnées au premier alinéa est inclus dans un accord interprofessionnel adopté par l'organisation interprofessionnelle reconnue pour le produit concerné et étendu en application des dispositions des articles L. 632-3 et L. 632-4 du code rural, le contrat mentionné au premier alinéa doit être conforme à ce contrat type. Ce contrat type peut notamment comprendre des clauses types relatives aux engagements, aux modalités de détermination des prix mentionnés au deuxième alinéa et au principe de prix plancher, clauses types dont le contenu est élaboré dans le cadre de la négociation commerciale par les cocontractants.

Toute infraction aux dispositions du présent article est punie d'une amende de 15 000 Euros.

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

(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

Toute infraction aux dispositions de l'article L. 441-3 est punie d'une amende de 75 000 euros.

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)
(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

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 15 000 euros.

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

(Article abrogé par la loi nº 2004-1343 du 9 décembre 2004 art. 83 II *Journal officiel* du 10 décembre 2004)

Chapitre II : Des pratiques restrictives de concurrence

Article L. 442-1

(Loi nº 2001-1168 du 11 décembre 2001 art. 13 IV 2° *Journal officiel* du 12 décembre 2001)
(Loi nº 2003-7 du 3 janvier 2003 art. 50 II *Journal officiel* du 4 janvier 2003)

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.

Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2.

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.

Cette disposition s'applique à toutes les activités visées au dernier alinéa de l'article L. 113-2.

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

(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

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 75 000 euros 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

(Ordonnance n° 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

Est puni d'une amende de 15 000 euros 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)
(Loi nº 2003-7 du 3 janvier 2003 art. 50 II *Journal officiel* du 4 janvier 2003)

I. Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, par tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers :

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 une personne immatriculée au répertoire des métiers, 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.

Article L. 442-9

(inséré par Loi nº 2005-157 du 23 février 2005 art. 34 I *Journal officiel* du 24 février 2005)

Engage la responsabilité de son auteur et l'oblige à réparer le préjudice causé le fait, pour tout producteur, commerçant, industriel ou personne immatriculée au répertoire des métiers, de pratiquer ou de faire pratiquer, en situation de crise conjoncturelle telle que définie par l'article L. 611-4 du code rural, des prix de première cession abusivement bas pour des produits figurant sur la liste prévue à l'article L. 441-2-1 du présent code.

Le III et le IV de l'article L. 442-6 sont applicables à l'action prévue par le présent article.

Chapitre III : Autres pratiques prohibées

Article L. 443-1

(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

A peine d'une amende de 75 000 euros, 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

(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

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 30 000 euros 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 45 000 euros 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)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 2 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

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.

Dans le cas où des investigations sont menées au nom ou pour le compte d'une autorité de concurrence d'un autre État membre, en application du 1 de l'article 22 du règlement nº 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, le ministre chargé de l'Économie peut autoriser des agents de cette autorité de concurrence à assister les fonctionnaires habilités mentionnés au premier alinéa ou les rapporteurs mentionnés au deuxième alinéa dans leurs investigations. Les modalités de cette assistance sont fixées par décret en Conseil d'État.

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)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 3 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

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 la Commission européenne, le ministre chargé de l'Économie ou le rapporteur général du Conseil de la concurrence sur proposition du rapporteur, sur autorisation judiciaire donnée par ordonnance du juge des libertés et de la détention du tribunal de grande instance dans le ressort duquel sont situés les lieux à visiter. Ils peuvent également, dans les

mêmes conditions, procéder à la pose de scellés sur tous locaux commerciaux, documents et supports d'information dans la limite de la durée de la visite de ces locaux. 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 d'apporter leur concours en procédant le cas échéant aux réquisitions nécessaires, ainsi que 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 et, le cas échéant, les agents et autres personnes mandatés par la Commission européenne 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 de la 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

(Ordonnance nº 2000-916 du 19 septembre 2000 art. 3 *Journal officiel* du 22 septembre 2000 en vigueur le 1er janvier 2002)

Est puni d'un emprisonnement de six mois et d'une amende de 7 500 euros 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)
(Loi nº 2001-1276 du 28 décembre 2001 art. 85 finances rectificative pour 2001 *Journal officiel* du 29 décembre 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. Les dispositions de la loi du 10 août 1922 relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées ne sont pas applicables à leur gestion.

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

(Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 4 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

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 ainsi qu'aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne 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

(Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 5 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

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 des 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.

La prescription est interrompue également lorsque les faits visés dans la saisine font l'objet d'un acte tendant à leur recherche, leur constatation ou leur sanction par la Commission européenne ou par une autorité de concurrence d'un autre État membre de la Communauté européenne.

Article L. 462-7

(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 6 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Le Conseil ne peut être saisi de faits remontant à plus de cinq 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)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 7 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

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 peut aussi rejeter la saisine dans les mêmes conditions, lorsqu'il est informé qu'une autre autorité nationale de concurrence d'un État membre de la Communauté européenne ou la Commission européenne a traité des mêmes faits relevant des dispositions prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne.

Il peut aussi rejeter la saisine dans les mêmes conditions ou suspendre la procédure, lorsqu'il est informé qu'une autre autorité nationale de concurrence d'un État membre de la Communauté européenne traite des mêmes faits relevant des dispositions prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne. Lorsque cette information est reçue par le rapporteur au stade de l'instruction, le rapporteur général peut suspendre son déroulement.

Le Conseil de la concurrence peut aussi décider de clore dans les mêmes conditions une affaire pour laquelle il s'était saisi d'office.

Il est donné acte, par décision du président du Conseil de la concurrence ou d'un vice-président délégué par lui, des désistements des parties ou des dessaisissements effectués par la Commission européenne.

Article L. 462-9

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 83 *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 8 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

I. 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*.

II. Dans la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, les autorités de concurrence appliquent les dispositions du règlement n° 1/2003 du Conseil relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne, à l'exclusion des dispositions des cinq premiers alinéas du I du présent article.

Pour l'application des dispositions du 4 de l'article 11 de ce règlement, le Conseil de la concurrence transmet à la Commission européenne un résumé de l'affaire ainsi qu'un document exposant l'orientation envisagée, qui peut être la notification de griefs ou le rapport mentionnés à l'article L. 463-2. Il peut mettre ces mêmes documents à la disposition des autres autorités de concurrence des États membres de la Communauté européenne.

Chapitre III : De la procédure

Article L. 463-1

(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 9 I *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

L'instruction et la procédure devant le Conseil de la concurrence sont pleinement contradictoires sous réserve des dispositions prévues à l'article L. 463-4.

Article L. 463-2

(Loi nº 2001-420 du 15 mai 2001 art. 68 I et II *Journal officiel* du 16 mai 2001)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 9 II *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

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 sous réserve des dispositions de l'article L. 463-4 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)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 9 III *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Sauf dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents est nécessaire à la procédure ou à l'exercice de leurs droits par la ou les parties mises en cause, le président du Conseil de la concurrence, ou un vice-président délégué par lui, peut refuser la communication ou la consultation de pièces ou de certains éléments contenus dans ces pièces mettant en jeu le

secret des affaires. Les pièces considérées sont retirées du dossier ou certaines de leurs mentions sont occultées.

Dans les cas où la communication ou la consultation de ces documents, bien que mettant en jeu le secret des affaires, est nécessaire à la procédure ou à l'exercice des droits d'une ou plusieurs des parties, ils sont versés en annexe confidentielle au dossier et ne sont communiqués qu'au commissaire du Gouvernement et à la ou aux parties mises en cause pour lesquelles ces pièces ou éléments sont nécessaires à l'exercice de leurs droits.

Un décret en Conseil d'État précise en tant que de besoin les conditions d'application du présent article.

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

(Loi nº 2003-7 du 3 janvier 2003 art. 50 II *Journal officiel* du 4 janvier 2003)

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)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 10 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

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 aussi accepter des engagements proposés par les entreprises ou organismes et de nature à mettre un terme aux pratiques anticoncurrentielles.

Il peut infliger une sanction pécuniaire applicable soit immédiatement, soit en cas d'inexécution des injonctions soit en cas de non-respect des engagements qu'il a acceptés.

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. Le Conseil de la concurrence peut infliger aux intéressés des astreintes dans la limite de 5 % du chiffre d'affaires journalier moyen, par jour de retard à compter de la date qu'il fixe, pour les contraindre :
a) à exécuter une décision les ayant obligés à mettre fin aux pratiques anticoncurrentielles, à exécuter une décision ayant imposé des conditions particulières ou à respecter une décision ayant rendu un engagement obligatoire en vertu du I ;
b) à respecter les mesures prononcées en application de l'article L. 464-1.

Le chiffre d'affaires pris en compte est calculé sur la base des comptes de l'entreprise relatifs au dernier exercice clos à la date de la décision. L'astreinte est liquidée par le Conseil de la concurrence qui en fixe le montant définitif.

III. 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.

IV. 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

(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 11 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Si les mesures, injonctions ou engagements prévus aux articles L. 464-1 et L. 464-2 ne sont pas respectés, le Conseil peut prononcer une sanction pécuniaire dans les limites fixées à l'article L. 464-2.

Article L. 464-4

(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 12 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)

Les sanctions pécuniaires et les astreintes 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)
(Ordonnance nº 2004-274 du 25 mars 2004 art. 24 I *Journal officiel* du 27 mars 2004)

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. Cette décision est motivée.

Article L. 464-6-1

(inséré par Ordonnance nº 2004-274 du 25 mars 2004 art. 24 II *Journal officiel* du 27 mars 2004)

Le Conseil de la concurrence peut également décider, dans les conditions prévues à l'article L. 464-6, qu'il n'y a pas lieu de poursuivre la procédure lorsque les pratiques mentionnées à l'article L. 420-1 ne visent pas des contrats passés en application du Code des marchés publics et que la part de marché cumulée détenue par les entreprises ou organismes parties à l'accord ou à la pratique en cause ne dépasse pas soit :
a) 10 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui sont des concurrents, existants ou potentiels, sur l'un des marchés en cause ;
b) 15 % sur l'un des marchés affectés par l'accord ou la pratique lorsqu'il s'agit d'un accord ou d'une pratique entre des entreprises ou organismes qui ne sont pas concurrents existants ou potentiels sur l'un des marchés en cause.

Article L. 464-6-2

(inséré par Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 art. 24 II
Journal officiel du 27 mars 2004)

Toutefois, les dispositions de l'article L. 464-6-1 ne s'appliquent pas aux accords et pratiques qui contiennent l'une quelconque des restrictions caractérisées de concurrence suivantes :
a) les restrictions qui, directement ou indirectement, isolément ou cumulées avec d'autres facteurs sur lesquels les parties peuvent influer ont pour objet la fixation de prix de vente, la limitation de la production ou des ventes, la répartition de marchés ou des clients ;
b) les restrictions aux ventes non sollicitées et réalisées par un distributeur en dehors de son territoire contractuel au profit d'utilisateurs finaux ;
c) les restrictions aux ventes par les membres d'un réseau de distribution sélective qui opèrent en tant que détaillants sur le marché, indépendamment de la possibilité d'interdire à un membre du système de distribution d'opérer à partir d'un lieu d'établissement non autorisé ;
d) les restrictions apportées aux livraisons croisées entre distributeurs à l'intérieur d'un système de distribution sélective, y compris entre les distributeurs opérant à des stades différents du commerce.

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 n° 2001-1168 du 11 décembre 2001 art. 33 IV
Journal officiel du 12 décembre 2001)
(Ordonnance n° 2004-274 du 25 mars 2004 art. 24 III
Journal officiel du 27 mars 2004)
(Ordonnance n° 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 13
Journal officiel du 5 novembre 2004)
(Loi n° 2004-1343 du 9 décembre 2004 art. 83 II
Journal officiel du 10 décembre 2004)

Les décisions du Conseil de la concurrence mentionnées aux articles L. 462-8, L. 464-2, L. 464-3, L. 464-5, L. 464-6 et L. 464-6-1 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. Les décisions peuvent prévoir une publication

limitée pour tenir compte de l'intérêt légitime des parties à ce que leurs secrets d'affaires ne soient pas divulgués.

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.

Le ministre chargé de l'Économie peut, dans tous les cas, former un pourvoi en cassation contre l'arrêt de la cour d'appel de Paris.

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)
(Ordonnance nº 2004-1173 du 4 novembre 2004 art. 14 *Journal officiel* du 5 novembre 2004)
(Loi nº 2004 -1343 du 9 décembre 2004 art. 83 II *Journal officiel* du 10 décembre 2004)

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 et du règlement (CE) nº 139/2004 du Conseil, du 20 janvier 2004, relatif au contrôle des concentrations entre entreprises, et par le règlement du Conseil nº 1/2003 (CE) du 16 décembre 2002 relatif à la mise en œuvre des règles de concurrence prévues aux articles 81 et 82 du traité instituant la Communauté européenne. 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)

(modifié par Ordonnance nº 2000-912 du 18 septembre 2000 art. 4 *Journal officiel* du 21 septembre 2000)

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 juin 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 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

(Ordonnance nº 2004-328 du 15 avril 2004 art. 8 *Journal officiel* du 17 avril 2004)
(Loi nº 2004-1343 du 9 décembre 2004 art. 78 XIX *Journal officiel* du 10 décembre 2004)

Ne sont pas applicables à Saint-Pierre-et-Miquelon les articles :

. . . . . .

3° L. 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

(Loi nº 2003-710 du 1er août 2003 art. 38 II *Journal officiel* du 2 août 2003)
(Ordonnance nº 2005-43 du 20 janvier 2005 art. 3 II *Journal officiel* du 22 janvier 2005 en vigueur le 1er février 2005)

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

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1º *Journal officiel* du 21 août 2004)
(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1º *Journal officiel* du 21 août 2004)

Au premier alinéa de l'article L. 430-2, le mot : « *trois* » est remplacé par le mot : « *deux* ». Les quatrième et cinquième alinéas de cet article sont supprimés.

Article L. 924-2

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1º *Journal officiel* du 21 août 2004)
(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1º *Journal officiel* du 21 août 2004)

A l'article L. 430-3, la dernière phrase du premier alinéa est supprimée. Au troisième alinéa du même article, les mots : « *ou le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire* » sont supprimés.

Article L. 924-3

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1º *Journal officiel* du 21 août 2004)
(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1º *Journal officiel* du 21 août 2004)

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 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 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. 924-4

(Ordonnance n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1° *Journal officiel* du 21 août 2004)
(Ordonnance n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1° *Journal officiel* du 21 août 2004)

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. 924-5

(inséré par Ordonnance n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1° *Journal officiel* du 21 août 2004)

Le dernier alinéa de l'article L. 442-3 est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés :
« *La cessation de l'annonce publicitaire 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 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. 924-6

(inséré par Ordonnance n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 1° *Journal officiel* du 21 août 2004)

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° A 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

(Loi nº 2003-710 du 1er août 2003 art. 38 II *Journal officiel* du 2 août 2003)
(Loi nº 2004-130 du 11 février 2004 art. 53 II 2º *Journal officiel* du 12 février 2004)
(Ordonnance nº 2004-274 du 25 mars 2004 art. 49 V *Journal officiel* du 27 mars 2004)

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 L. 954-1

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2º *Journal officiel* du 21 août 2004)

Au premier alinéa de l'article L. 430-2, le mot : « *trois* » est remplacé par le mot : « *deux* ». Les quatrième et cinquième alinéas de cet article sont supprimés.

Article L. 954-2

(Ordonnance nº 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2º *Journal officiel* du 21 août 2004)

A l'article L. 430-3, la dernière phrase du premier alinéa est supprimée. Au troisième alinéa du même article, les mots : « *ou le renvoi total ou partiel d'une opération de dimension communautaire* » sont supprimés.

Article L. 954-3

(Ordonnance n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2° *Journal officiel* du 21 août 2004)

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 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

(Ordonnance n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2° *Journal officiel* du 21 août 2004)

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. 954-5

(Ordonnance n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2° *Journal officiel* du 21 août 2004)

Le dernier alinéa de l'article L. 442-3 est remplacé par quatre alinéas ainsi rédigés :
« *La cessation de l'annonce publicitaire 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 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. 954-6

(inséré par Ordonnance n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2° *Journal officiel* du 21 août 2004)

A l'article L. 442-7, les mots : « *ou coopérative d'entreprise ou d'administration* » sont supprimés.

Article L. 954-7

(inséré par Ordonnance n° 2004-823 du 19 août 2004 art. 3 II 2°
Journal officiel du 21 août 2004)

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 de droit rural applicables 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° A 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 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 représente ; dans le cas où la déclaration est faite au nom du ministre chargé de

l'Économie, elle indique la dénomination et l'adresse du service mentionné au deuxième alinéa de l'article 16 ci-après ;
2° la déclaration précise l'objet du recours ;
3° lorsque la déclaration ne contient pas l'exposé des moyens invoqués, le demandeur doit déposer cet exposé au greffe dans les deux mois qui suivent la notification de la décision du Conseil de la concurrence.

Article 3

La déclaration de recours mentionne la liste des pièces et documents justificatifs produits. Les pièces et documents mentionnés dans la déclaration sont remis au greffe de la cour d'appel en même temps que la déclaration. Le demandeur au recours joint à la déclaration une copie de la décision attaquée.

Lorsque le demandeur au recours n'est pas représenté, il doit informer sans délai le greffe de la cour de tout changement de domicile.

Article 4

Dans les cinq jours qui suivent le dépôt de la déclaration, le demandeur au recours doit, à peine d'irrecevabilité de ce dernier, en adresser par lettre recommandée avec demande d'avis de réception une copie aux parties auxquelles la décision du Conseil de la concurrence a été notifiée, ainsi qu'il ressort de la lettre de notification prévue au deuxième alinéa de l'article 20 du présent décret.

Article 5

Dès l'enregistrement du recours, le greffe de la cour d'appel adresse pour information un exemplaire de la déclaration mentionnée à l'article 2 au Conseil de la concurrence, ainsi qu'au ministre chargé de l'Économie s'il n'est pas demandeur au recours.

Le Conseil de la concurrence transmet au greffe de la cour le dossier de l'affaire qui comporte les procès-verbaux et rapports d'enquête, les griefs, les observations, le rapport, les documents et les mémoires mentionnés aux articles 20 à 22 de l'ordonnance du 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 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

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 nº 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 nº 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 n° 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) n° 1017/68, (CEE) n° 4056/86 et (CEE) n° 3975/87, sont caduques à compter de la date d'application du présent règlement.

2. Les actes de procédure accomplis en application du règlement n° 17 et des règlements (CEE) n° 1017/68, (CEE) n° 4056/86 et (CEE) n° 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

Composition du Conseil de la concurrence à partir du 16 février 2005

■ 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

Bruno Lasserre, conseiller d'État, président

Françoise Aubert, conseiller à la Cour de cassation, vice-présidente

Philippe Nasse, conseiller maître à la Cour des comptes, vice-président

Pierrette Pinot, conseiller à la Cour de cassation, membre

André Gauron, conseiller maître à la Cour des comptes, membre

Edmont Honorat, 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

Anne Perrot, professeur de sciences économiques à l'université de Paris I, vice-présidente

Martine Behar-Touchais, professeur de droit à l'université Paris V, membre

Reine-Claude Mader-Saussaye, présidente de la Confédération de la consommation, du logement et du cadre de vie, membre

Emmanuel Combe, professeur de gestion à l'université Paris I, professeur affilié à l'ESCP-EAP, 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 16 février 2005

Section I

Philippe Nasse, vice-président, Jean-Pierre Bidaud, Christian Charrière-Bournazel, Emmanuel Combe, Edmond Honorat, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, Bernard Piot, membres.

Section II

Anne Perrot, vice-présidente, Martine Behar-Touchais, Bruno Flichy, André Gauron, Edmond Honorat, Marie-Madeleine Renard-Payen, Georges Robin, membres.

Section III A

Bruno Lasserre, président, Françoise Aubert, Anne Perrot 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

Bruno Lasserre, président, Françoise Aubert, Anne Perrot et Philippe Nasse, vice-présidents, Christian Charrière-Bournazel, Emmanuel Combe, Edmond Honorat, Reine-Claude Mader-Saussaye, Pierrette Pinot, Bernard Piot, Georges Robin, membres.

Section IV

Françoise Aubert, vice-présidente, Martine Behar-Touchais, Emmanuel Combe, Bruno Flichy, André Gauron, Reine-Claude Mader-Saussaye, Bernard Piot, Jacques Ripotot, membres.

■ Décisions relatives à l'affectation des membres du Conseil de la concurrence

Par décision du président du Conseil de la concurrence en date du 16 août 2004, M. Edmond Honorat, conseiller d'État, est affecté à la section I, la section II et la section III B du Conseil de la concurrence.

Par décision du président du Conseil de la concurrence en date du 10 septembre 2004, M^me^ Françoise Aubert, vice-présidente du Conseil de la concurrence, est affectée à la section III et la section IV de ce conseil.

Par décision du président du Conseil de la concurrence en date du 10 septembre 2004, M^me^ Pierrette Pinot, conseiller à la Cour de cassation, est affectée aux sections I et III B du Conseil de la concurrence.

Par décision du président du Conseil de la concurrence en date du 1^er^ octobre 2004, M^me^ Anne Perrot, vice-présidente du Conseil de la concurrence, est affectée à la section II et à la section III de ce Conseil.

Par décision du président du Conseil de la concurrence en date du 16 février 2005, M. Emmanuel Combe, professeur de gestion, est affecté aux sections I, III B et IV du Conseil de la concurrence.

Arrêté du 22 juin 2004 portant nomination au Conseil de la concurrence

(NOR : ECOC0400069A)

Par arrêté du ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, en date du 22 juin 2004, M. Guillaume Cerutti, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, est désigné pour exercer les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence.

En cas d'empêchement de M. Guillaume Cerutti, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, les fonctions de commissaire du 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, ou M. Luc Valade, chef de service à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, ou M^me^ Caroline Montalcino, directrice adjointe à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes.

Arrêté du 4 novembre 2004 portant nomination d'un commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence

(NOR : ECOC0400125A)

Par arrêté du ministre d'État, ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, en date du 4 novembre 2004, en cas d'empêchement de M. Guillaume Cerutti, directeur général de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, M. Francis Amand, sous-directeur à la direction générale de la concurrence, de la consommation et de la répression des fraudes, est désigné pour exercer les fonctions de commissaire du Gouvernement auprès du Conseil de la concurrence.

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 459

Index par secteur d'activité 467

Index par entreprises ou organismes..... 471

Index thématique

A

Absence d'éléments suffisamment probants, V. *Défaut d'éléments suffisamment probants / Recevabilité*

Abus de dépendance économique

– Conditions / Appréciation de la dépendance économique : 04-D-11 ; 04-D-26 ; 04-D-36 ; 04-D-44

Abus de position dominante

– Appréciation de la position dominante
– Détention d'une supériorité dans la gestion, l'innovation technique, l'action commerciale : 04-D-12 ; 04-D-48
– Influence déterminante : 04-D-13 ; 04-D-14
– Intégration verticale : 04-D-48
– Monopole de fait : 04-D-05 ; 04-D-09 ; 04-D-48 ; 04-D-56
– Ouverture récente du secteur à la concurrence – existence d'un opérateur historique : 04-D-22
– Parts de marché : 04-D-12 ; 04-D-13 ; 04-D-21 ; 04-D-26 ; 04-D-48 ; 04-D-53 ; 04-D-70 ; 04-D-72
– Pratiques abusives
– Ciseaux tarifaires : 04-D-48
– Clause d'exclusivité : 04-D-13 ; 04-D-28 ; 04-D-44 ; 04-MC-02
– Discrimination : 04-D-32 ; 04-D-38 ; 04-D-45 ; 04-D-76 ; 04-MC-02
– Effet : 04-D-14 ; 04-D-22
– Entraves à l'entrée d'un concurrent sur le marché : 04-D-32 ; 04-D-44
– Offres couplées : 04-D-22
– Pratiques de nature à induire la confusion entre prestations : 04-D-21 ; 04-D-37 ; 04-D-70
– Pratiques dilatoires / procédures judiciaires abusives : 04-D-23 ; 04-D-26 ; 04-D-32
– Pratique de dénigrement : 04-D-55
– Prédation : 04-D-17 ; 04-D-72 ; 04-D-79
– Prix imposés : 04-D-44
– Refus d'accès : 04-D-09 ; 04-D-54 ; 04-D-76
– Refus de vente : 04-D-09 ; 04-D-12 ; 04-D-26 ; 04-D-76 ; 04-D-60
– Remises, ventes liées, de fidélité : 04-D-13 ; 04-D-21 ; 04-D-56 ; 04-D-65 ; 04-MC-02
– Rupture brutale de relations commerciales : 04-D-26
– Subventions croisées / aides commerciales / prix prédateurs : 04-D-19 ; 04-D-73 ; 04-D-79
– Tarification globale : 04-D-49

Accès au dossier

– Délai de consultation : 04-D-49

Accord horizontal / Entente horizontale

– Entente horizontale en matière d'appel d'offres : 04-D-01 ; 04-D-03 ; 04-D-04 ; 04-D-08 ; 04-D-15 ; 04-D-16 ; 04-D-20 ; 04-D-30 ; 04-D-42 ; 04-D-43 ; 04-D-50 ; 04-D-57 ; 04-D-78
– Entente horizontale entre entreprises du même secteur : 04-D-07 ; 04-D-25 ; 04-D-27 ; 04-D-33 ; 04-D-49 ; 04-D-74

Accord vertical / Entente verticale

– Conditions générales de vente
– Clause d'exclusivité : 04-D-38 ; 04-D-63 ; 04-D-67
– Imposition de prix (entente sur les prix) : 04-D-12 ; 04-D-67
– Interdiction de vente sur internet : 04-D-64
– Distribution / réseau de distribution
– Discrimination : 04-D-76
– Prix imposés : 04-D-12 ; 04-D-67
– Refus de distribution : 04-D-55

Acte administratif et réglementaire, V. *Compétence*

Activité de production, de distribution et de service, V. *Compétence*

Affectation du commerce entre États membres, V. *Droit communautaire*

Agence locale, V. *Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles*

Agents habilités à procéder aux enquêtes, V. *Enquête*

Agrément, V. *Entente*

Alignement, V. *Entente*

Amende, V. *Sanction*

Appel d'offres, V. *Entente ; Marché*

Approvisionnement exclusif, V. *Accord vertical / Distribution*

Association d'entreprises, V. *Entente / Groupement d'entreprises / Organisation professionnelle*

Autorité de la chose jugée

– 04-D-21 ; 04-D-44 ; 04-D-48

Avis relatifs à des projets de décrets

– 04-A-03 ;04-A 05 ; 04-A-09 ; 04-A-10 ; 04-A-11 ; 04-A-12 ; 04-A-22

Avis relatifs à des questions de concurrence

– 04-A-01 ; 04-A-02 ; 04-A-04 ; 04-A-06 ; 04-A-13 ; 04-A-14 ; 04-A-18 ; 04-A-19 ; 04-A-21 ; 04-A-23

Avis rendus à la demande de l'ART

– 04-A-15 ; 04-A-17

B

Barèmes de prix, Barèmes professionnels, V. *Conditions générales de vente ; Entente*

Barrières à l'entrée, V. *Marché pertinent*

Boycott (exclusion ; menace d'exclusion ; refus d'accès)

– 04-D-25 ; 04-D-56

C

Cession d'entreprises, V. *Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles*

Compétence

– Compétence du Conseil de la concurrence : 04-D-05 ; 04-D-06 ; 04-D-22 ; 04-D-26 ; 04-D-39 ; 04-D-49 ; 04-D-56 ; 04-D-79
– Compétence territoriale : 04-D-45 ; 04-D-74

Concentration (avis rendus en matière de)

– 04-A-07 ; 04-A-08 ; 04-A-16 ; 04-A-20

Conditions générales de vente, V. *Accord vertical*

Conseil de la concurrence

– Avis, V. *Compétence*
– Compétence, V. *ce mot*
– Décision, V. Sanction

– Instruction, V. *Enquête ; Procès-verbal ; Droits de la défense ; Notification des griefs ; Rapport*
– Saisine, V. *ce mot*

Contribution au progrès économique, V. *Exemptions*

Contradictoire, V. *Droits de la défense*

Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme, V. *Droits de la défense*

Coopération commerciale, V. *Accord vertical / Conditions générales de vente*

D

Défaut d'éléments suffisamment probants

– 04-D-06 ; 04-D-11 ; 04-D-29 ; 04-D-36 ; 04-D-54 ; 04-D-60 ; 04-D-61 ; 04-D-69 ; 04-D-71 ; 04-D-77

Délégation de pouvoirs, V. *Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles*

Délimitation du marché, V. *Marché pertinent*

De Minimis

– 04-D-63 ; 04-D-64

Dépendance économique, V. *Abus de dépendance économique*

Discrimination, V. *Abus de position dominante ; Entente*

Distribution, V. *Accord vertical*

Dommage à l'économie, V. *Sanction*

Droit communautaire

– Affectation du commerce entre États membres : 04-D-74 ; 04-D-77
– Prise en compte du droit communautaire : 04-D-05 ; 04-D-06

Droits de la défense

– Défaut d'audition par le rapporteur : 04-D-48
– Durée de la procédure : 04-D-03 ; 04-D-49 ; 04-D-74
– Loyauté des enquêteurs : 04-D-07 ; 04-D-49
– Notification des griefs complémentaires, V. *ce mot*
– Notification des griefs, V. *ce mot*
– Procès équitable, V. *Impartialité ; Contradictoire*

E

Échanges d'informations, V. *Entente*

Enquête

– Confrontation des personnes mises en cause avec les auteurs des déclarations : 04-D-49
– Demande d'enquête du Conseil : 04-D-49
– Régularité des procès-verbaux d'enquête, V. *Procès-verbal*

Entente

– Accord horizontal, V. *ce mot*
– Accord sur les prix, V. *Appel d'offres, Barèmes de prix, Fixation des prix, Prix imposés* : 04-D-07 ; 04-D-12
– Accord vertical, V. *ce mot*
– Appel d'offres : V. *Accord horizontal*
– Bordereau de prix unitaires : 04-D-04 ; 04-D-16
– Boycott, V. *ce mot*
– Clause d'exclusivité : 04-D-66
– Concertation sur la fixation / la hausse des prix : 04-D-07 ; 04-D-12 ; 04-D-74
– Concertation horizontale, V. *Accord horizontal*
– Conditions générales de vente, V. *Accord vertical*
– Coopération commerciale, V. *Accord vertical*

– Dénigrement : 04-D-75
– Discrimination : 04-D-05 ; 04-D-39 ; 04-D-7
– Distribution exclusive, V. *Accord vertical*
– Distribution sélective, V. *Accord vertical*
– Échanges d'informations avant la remise des offres : 04-D-01 ; 04-D-03 ; 04-D-08 ; 04-D-15 ; 04-D-20 ; 04-D-30 ; 04-D-42 ; 04-D-43 ; 04-D-78
– Entente horizontale, V. *Accord horizontal*
– Entente verticale, V. *Accord vertical*
– Entreprises appartenant à un même groupe : 04-D-08 ; 04-D-30 ; 04-D-43
– Exemption, V. *ce mot*
– Groupement d'entreprises membres de l'entente : 04-D-20 ; 04-D-50 ; 04-D-57
– Maître d'œuvre : 04-D-58
– Objet anticoncurrentiel, V. *ce mot*
– Offre de couverture : 04-D-03 ; 04-D-08
– Organisation professionnelle : 04-D-07 ; 04-D-25 ; 04-D-40 ; 04-D-45 ; 04-D-49
– Organisme de certification : 04-D-75
– Parallélisme de comportements : 04-D-33 ; 04-D-78
– Prédation : 04-D-74
– Prix discriminatoires, V. *Discrimination*
– Répartition du marché : 04-D-38 ; 04-D-43 ; 04-D-50
– Volonté d'exclusion d'un concurrent : 04-D-49

Exclusivité, V. *aussi Accord vertical*

Exemption (art. 10 de l'ordonnance du 1er décembre 1986, devenu art. L. 420-4 du Code de commerce)

– Exemption légale : 04-D-49

Expertise

– 04-D-79

F

Faisceau d'indices, V. *Preuve*

Filiale, V. *Groupement d'entreprises ; Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles*

Franchise, V. *Ententes verticales*

Fusion, V. *Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles*

G

Groupement d'entreprises

– Création d'un groupement en réponse à un appel d'offres : 04-D-20 ; 04-D-50 ; 04-D-57

I

Impartialité, V. *Droits de la défense*

Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles

– Groupe d'entreprises / Relations mères-filiales : 04-D-22 ; 04-D-32 ; 04-D-42 ; 04-D-43 ; 04-D-46 ; 04-D-56
– Persistance de la personnalité juridique de l'auteur des pratiques : 04-D-03 ; 04-D-15

Injonction, V. *aussi Sanction*

– Examen du respect des injonctions : 04-D-18 ; 04-D-34 ; 04-D-47
– 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*

L

Liquidation judiciaire, V. *Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles*

M

Marché

– Marché pertinent
– Délimitation du marché de produits : 04-D-05 ; 04-D-09 ; 04-D-10 ; 04-D-12 ; 04-D-13 ; 04-D-14 ; 04-D-21 ; 04-D-22 ; 04-D-26 ; 04-D-28 ; 04-D-32 ; 04-D-35 ; 04-D-38 ; 04-D-48 ; 04-D-55 ; 04-D-56 ; 04-D-70 ; 04-D-79 ; 04-MC-02
– Délimitation géographique du marché : 04-D-02 ; 04-D-09 ; 04-D-10 ; 04-D-12 ; 04-D-13 ; 04-D-21 ; 04-D-22 ; 04-D-26 ; 04-D-28 ; 04-D-32 ; 04-D-39 ; 04-D-48 ; 04-D-56 ; 04-D-66 ; 04-MC-02
– Délimitation du marché dans le cadre d'un appel d'offres : 04-D-01 ; 04-D-03 ; 04-D-08 ; 04-D-15 ; 04-D-16 ; 04-D-25 ; 04-D-30 ; 04-D-42 ; 04-D-43 ; 04-D-50 ; 04-D-57 ; 04-D-58
– Marché oligopolistique : 04-D-43

Mesures conservatoires

– Recevabilité de la saisine au fond 04-MC-01 ; 04-MC-02 ; 04-D-06 ; 04-D-29 ; 04-D-45 ; 04-D-51 ; 04-D-54
– Conditions de fond de la demande de mesures conservatoires
– Atteinte grave aux intérêts du secteur ou à l'économie : 04-MC-01 ; 04-MC-02
– Atteinte grave aux intérêts des consommateurs : 04-MC-01
– Urgence / Immédiateté de l'atteinte : 04-MC-02
– Liens entre la mesure demandée et la saisine au fond : 04-MC-02
– Délais de procédure / dépôt de pièces hors délai 04-D-40 ; 04-D-51
– Nature des mesures conservatoires 04-MC-01 ; 04-MC-02

Monopole, V. *Abus de position dominante*

N

Non-lieu

– 04-D-10 ; 04-D-19 ; 04-D-23 ; 04-D-24 ; 04-D-33 ; 04-D-34 ; 04-D-35 ; 04-D-38 ; 04-D-41 ; 04-D-53 ; 04-D-55 ; 04-D-57 ; 04-D-58 ; 04-D-63 ; 04-D-64 ; 04-D-66 ; 04-D-67 ; 04-D-68 ; 04-D-72

Non établi

– 04-D-01 ; 04-D-04 ; 04-D-14 ; 04-D-16 ; 04-D-20 ; 04-D-22 ; 04-D-27 ; 04-D-28 ; 04-D-73 ; 04-D-79

Notification des griefs

– Défaut de signature : 04-D-01
– Destinataire : 04-D-48
– Notification au ministre intéressé : 04-D-01 ; 04-D-44 ; 04-D-49

Notification des griefs complémentaires

– 04-D-48

Notification du rapport, V. *Rapport*

Nullité d'acte de procédure / de la procédure devant le Conseil de la concurrence, V. *Procès-verbal*

P

Parts de marché, V. *Abus de position dominante*

Personnes publiques, V. *aussi Compétence*

– Domaine public, V. *Compétence*
– Marchés publics, V. *Appel d'offres ; Entente ; Marché*
– Mission de service public, V. *Compétence*
– Prérogatives de puissance publique, V. *Compétence*

Pièces, V. *Accès au dossier*

Position dominante, V. *Abus de position dominante*

Pratiques concertées, V. *Entente*

Pratiques discriminatoires, V. *Entente ; Abus de position dominante*

Prescription

– Acquisition de la prescription : 04-D-31 ; 04-D-41 ; 04-D-46 ; 04-D-59
– Actes interruptifs : 04-D-16 ; 04-D-26 ; 04-D-35 ; 04-D-46 ; 04-D-49 ; 04-D-56 ; 04-D-63
– Effet : 04-D-16 ; 04-D-63

Preuve

– Motivation des dénonciations : 04-D-21
– Valeur probatoire des indices : 04-D-08 ; 04-D-12 ; 04-D-16

Prix abusivement bas

– 04-D-10 ; 04-D-33

Procédure

– Jonction de procédures : 04-D-33

Procès-verbal

– Mentions du procès-verbal
– Informations sur l'objet de l'enquête : 04-D-07 ; 04-D-15 ; 04-D-49 ; 04-D-74

Publicité de la décision, V. *Sanction*

Q

Qualité à agir, V. *Saisine*

R

Rapport

– Contenu et pièces annexes : 04-D-01 ; 04-D-18 ; 04-D-48
– Défaut de signature du rapport : 04-D-01

Recevabilité

– Éléments devant être joints à la saisine : 04-D-48
– Mesures conservatoires : 04-MC-02 ; 04-D-54

Remise, V. *Abus de position dominante / Pratiques abusives / Accord vertical / Conditions générales de vente ; Entente*

Respect d'injonction

– 04-D-18 ; 04-D-34 ; 04-D-47

Restructuration d'entreprise, V. *Imputabilité des pratiques anticoncurrentielles*

S

Saisine

– Conditions générales de recevabilité, V. *Recevabilité*
– Intérêt à agir : 04-D-45 ; 04-D-48
– Qualité à agir : 04-D-04 ; 04-D-45
– In rem : 04-D-32 ; 04-D-48 ; 04-D-49 ; 04-D-56 ; 04-D-73

Sanction

– Amnistie : 04-D-25
– Injonctions
– Examen de respect d'injonction : 04-D-18 ; 04-D-34 ; 04-D-47
– Injonction de faire : 04-MC-01 ; 04-MC-02 ; 04-D-44

– Injonction de ne pas faire : 04-D-44 ; 04-D-49
– Loi nouvelle plus sévère / loi du 15 mai 2001, augmentant le montant maximum des sanctions (non-application) 04-D-03 ; 04-D-09 ; 04-D-12 ; 04-D-13 ; 04-D-21 ; 04-D-25 ; 04-D-26 ; 04-D-30 ; 04-D-32 ; 04-D-37 ; 04-D-39 ; 04-D-42 ; 04-D-43 ; 04-D-44 ; 04-D-48 ; 04-D-49 ; 04-D-50 ; 04-D-56 ; 04-D-70 ; 04-D-75
– Publication de la décision 04-D-07 ; 04-D-09 ; 04-D-25 ; 04-D-39 ; 04-D-43 ; 04-D-49
– Sanctions pécuniaires
– Dispense de sanction pécuniaire : 04-D-15 ; 04-D-74
– Éléments individuels : 04-D-07 ; 04-D-08 ; 04-D-12 ; 04-D-15 ; 04-D-21 ; 04-D-39 ; 04-D-47 ; 04-D-49 ; 04-D-65 ; 04-D-75 ; 04-D-78
– Gravité des pratiques : 04-D-03 ; 04-D-07 ; 04-D-08 ; 04-D-12 ; 04-D-42 ; 04-D-43 ; 04-D-56 ; 04-D-65 ; 04-D-78
– Transmission au parquet : 04-D-07 ; 04-D-39

Secret des affaires

– 04-D-34 ; 04-D-48 ; 04-MC-01

T

Tarifs, V. *Barèmes*

Territorialité, V. *Compétence*

Transaction

– 04-D-30 ; 04-D-37 ; 04-D-42 ; 04-D-65

Transmission du dossier au Parquet, V. *Sanctions*

U

Urgence, V. *Mesures conservatoires*

V

Ventes liées, V. *Abus de position dominante*

Visites et saisie, V. *Enquête*

Index par secteur d'activité (codes NAF)

01 – Agriculture, chasse, services annexes

Services annexes à l'élevage
04-D-49

02 – Sylviculture, exploitation forestière, services annexes

Services forestiers
04-D-02

15 – Industries alimentaires

Boulangerie et boulangerie-pâtisserie
04-D-07

Fabrication de fromages
04-D-13

Vinification
04-D-35

Production de viandes de boucherie
04-D-39

22 – Édition, imprimerie, reproduction

Édition de revues et périodiques
04-D-14 ; 04-D-41

Édition de livres
04-D-23

Édition de journaux
04-D-34 ; 04-D-38 ; 04-D-40 ; 04-D-45 ; 04-D-56 ; 04-A-19

Autres activités d'édition
04-D-55 ; 04-D-61

Autre imprimerie
04-D-78

24 – Industrie chimique

Fabrication de médicaments
04-D-05 ; 04-D-06 ; 04-D-77 ; 04-A-03

Fabrication de produits pharmaceutiques de base
04-D-26

Fabrication de savons, détergents et produits d'entretien
04-D-28

Fabrication d'autres produits pharmaceutiques
04-D-26

26 – Fabrication d'autres produits minéraux non métalliques

Fabrication d'éléments en béton pour la construction
04-D-47

29 – Fabrication de machines et d'équipements

Fabrication d'appareils électroménagers
04-D-16

30 – Fabrication de machines de bureau et de matériel informatique

Fabrication de machines de bureau
04-D-76

Fabrication d'ordinateurs et d'autres équipements informatiques
04-D-76

31 – Fabrication de machines et appareils électroniques

Fabrication de fils et câbles isolés
04-D-75

32 – Fabrication d'équipements de radio, télévision et communication

Fabrication d'appareils de téléphonie
04-D-72

33 – Fabrication d'instruments médicaux, de précision, d'optique et d'horlogerie

Fabrication de matériel d'imagerie médicale et de radiologie
04-D-60

Fabrication d'appareils médicochirurgicaux
04-A-02

36 – Fabrication de meubles ; industries diverses

Autres activités manufacturières
04-D-11

40 – Production et distribution d'électricité, de gaz et de chaleur

Production d'électricité
04-D-19

Distribution de combustibles gazeux
04-A-05

Distribution et commerce d'électricité
04-D-11 ; 04-D-19

45 – Construction

Autres travaux d'installation
04-D-04 ; 04-D-16

Construction de bâtiments divers
04-D-02 ; 04-D-32 ; 04-D-42

Construction de lignes électriques et de télécommunications
04-D-01 ; 04-D-16

Travaux d'installations électriques
04-D-03

Réalisation de réseaux
04-D-08 ; 04-D-50 ; 04-D-52

Construction de chaussées routières et de sols sportifs
04-D-15 ; 04-D-20 ; 04-D-57

Forages et sondages
04-D-52

Construction d'ouvrages d'art
04-D-58

50 – Commerce et réparation automobile

Commerce de véhicules automobiles
04-D-29

Commerce de détail de carburants
04-D-63 ; 04-A-06

51 – Commerce de gros et intermédiaires du commerce

Commerce de gros de produits pharmaceutiques
04-D-05 ; 04-D-06 ; 04-D-26 ; 04-D-77 ; 04-A-02

Commerce de gros de produits laitiers, œufs, huiles
04-D-13

Commerce de gros de boissons
04-D-31

Commerce de gros d'appareils électroménagers et de radios et télévisions
04-D-33 ; 04-D-64

Commerce de gros d'habillement, autres commerces de gros de biens de consommation
04-D-12

Autres intermédiaires spécialisés du commerce
04-D-34 ; 04-D-38 ; 04-D-45

Commerce de gros de viandes de boucherie
04-D-39

Commerce de gros d'ordinateurs, d'équipements informatiques périphériques et de progiciels
04-D-76 ; 04-A-14

Commerce de gros d'autres machines et équipements de bureau
04-A-14

Centrales d'achats alimentaires
04-A-18

52 – Commerce de détail et réparation d'articles domestiques

Commerce de détail de livres, journaux et papeterie
04-D-34 ; 04-D-38 ; 04-D-45

Vente par correspondance sur catalogue général
04-D-54 ; 04-D-64

Commerce d'alimentation générale
04-D-63

Commerce de détail d'appareils électroménagers et de radio-télévision
04-D-64

Commerce de détail de produits pharmaceutiques
04-A-03

Commerce de détail d'articles de sport et de loisirs
04-D-12

Hypermarchés
04-A-18

Supermarchés
04-A-18

55 – Hôtels et restaurants

Hôtels touristiques avec restaurant
04-D-31 ; 04-D-59

Débits de boissons
04-D-31

Restauration de type traditionnel
04-D-31

Restauration de type rapide
04-D-31

60 – Transports terrestres

Transports routiers réguliers de voyageurs
04-D-30

Transports routiers de marchandises de proximité
04-D-36

Transports routiers de marchandises interurbains
04-D-36

Transports urbains de voyageurs
04-D-43

Transports ferroviaires
04-D-51

Transports de voyageurs par taxis
04-A-04

61 – Transports par eau

Transports maritimes
04-D-74 ; 04-D-79

Transports côtiers
04-D-74

63 – Services auxiliaires des transports

Agences de voyages
04-D-51

Services portuaires, maritimes et fluviaux
04-D-79

Gestion d'infrastructure de transports terrestres
04-A-06

64 – Postes et télécommunications

Télécommunications (hors transmissions audiovisuelles)
04-D-17 ; 04-D-18 ; 04-D-22 ; 04-D-48 ; 04-D-67 ; 04-D-73 ; 04-A-01 ; 04-A-15 ; 04-A-17 ; 04-A-21 ; 04-A-23 ; 04-MC-01 ; 04-MC-02

Transmission d'émissions de radio et de télévision
04-D-24 ; 04-A-09 ; 04-MC-01

Postes nationales
04-D-61 ; 04-D-65

Autres activités de courrier
04-D-36

72 – Activités informatiques

Édition de logiciels (non personnalisés)
04-D-29 ; 04-D-68

Autres activités de réalisation de logiciels
04-D-68

73 – Recherche et développement

Recherche-développement en sciences physiques et naturelles
04-D-71

74 – Services fournis principalement aux entreprises

Activités d'architecture
04-D-25

Gestion de supports de publicité
04-D-32

Études de marché et sondages
04-D-40

Ingénierie, études techniques
04-D-53 ; 04-D-71

Agences, conseil en publicité
04-D-62

Activités juridiques
04-D-69

Activités comptables
04-A-13

Analyses, essais et inspections techniques
04-D-75

75 – Administration publique

Activités générales de sécurité sociale
04-A-13

80 – Éducation

Écoles de conduite
04-D-09

85 – Santé et action sociale

Centres de collecte et banques d'organes
04-D-26

Activités hospitalières
04-A-02

Pratique médicale
04-A-02 ; 04-A-03

92 – Activités récréatives, culturelles et sportives

Projection de films cinématographiques
04-D-10

Édition de chaînes thématiques
04-D-24 ; 04-MC-01

Production de programmes de télévision
04-D-24

Production de films pour la télévision
04-D-27

Distribution de films cinématographiques
04-D-44

Gestion de salles de spectacles
04-D-66

Gestion d'installations sportives
04-D-66

Édition de chaînes généralistes
04-A-09 ; 04-MC-01

Production de programmes de télévision
04-A-09

Autres activités sportives
04-A-09

93 – Services personnels

Pompes funèbres
04-D-21 ; 04-D-37 ; 04-D-46 ; 04-D-70

Index par entreprises ou organismes

A

ABG Mochel
04-D-39

Agfa Gevaert
04-D-60

Allez
04-D-04

Alsace Viande
04-D-39

AOL
04-D-17

Apple Computer France
04-D-54

Argédis
04-D-63

Armoricaine de restauration et de travaux (ART)
04-D-42

Arnaud Marin (entreprise)
04-D-46

Association architecture et commande publique (A&CP)
04-D-25

Association des opérateurs de services de télécommunications (AOST)
04-D-22

Association française des cinémas d'art et d'essai
04-D-10

Association française des opérateurs privés de télécommunications (AFOPT)
04-D-22

Association française des réseaux et services de télécommunications (AFORS)
04-A-01

Association française des sociétés d'autoroutes et d'ouvrages à péage (ASFA)
04-D-06

Atelier d'architecture Argia Oxandabaratz
04-D-25

Atelier d'architecture et d'économie Duhourcau-Vernet-Cillaire
04-D-25

Autocars Mariani
04-D-30

Autocars Musso
04-D-43

Autorité de régulation des télécommunications (ART)
04-A-15 ; 04-A-17

B

Bado Sport 2000
04-D-12

Balsam France Mediasport
04-D-15

Bauters
04-D-15

Bisseuil
04-D-58

Bœhringer-Ingelheim
04-D-05

Bornhauser Molinari Melun (BMM)
04-D-01

Bouygues Télécom
04-D-48 ; 04-A-17 ; 04-D-67

Bouygues Télécom Caraïbe SA
04-MC-02

Broglio
04-D-50

Brother France
04-A-14

BSTP
04-D-08

C

Cabinet d'architecture Hebrard et Lacassagne
04-D-25

Cabinet d'architecture Olivier Soupre
04-D-25

Cabinet d'ingénierie Duplouy (LPC)
04-D-52

CAE
04-D-75

Calvi Corse touristique
04-D-30

Canal J
04-D-24

Capraro
04-D-58

Cardella Cirem
04-D-03

Carmag
04-D-63

Cars Bridet
04-D-43

Casino de Paris
04-D-66

Caves de la côte radieuse (CCR)
04-D-35

Cegetel
04-D-48

CEGETP
04-D-08

Centrale Catalogne Enrobés
04-D-57

Centrale d'achat des professionnels de l'électro-ménager (Caprofem)
04-D-64

Centrale Roussillon enrobés
04-D-57

Centre d'études techniques de l'équipement (CETE)
04-D-53

Centre d'études techniques de Lyon (CETE de Lyon)
04-D-52

Centre d'expertise du bâtiment et des travaux publics (CEBTP)
04-D-71

Centre scientifique et technique du bâtiment (CSTB)
04-D-71

Centres d'insémination artificielle
04-D-49

Chambre syndicale de l'imprimerie de Moselle
04-D-78

Channiland
04-D-74

Charentaise d'équipement électrique (CEE)
04-D-04

Chez François Sport Montagne
04-D-12

Cinéma Saint-André-des-Arts
04-D-10

Cinésogar
04-D-44

Ciné-Théâtre du Lamentin
04-D-44

Cinévog
04-D-10

Cinq Parnassiens (les)
04-D-10

Cisi SA
04-D-68

Club Achat Service (CAS)
04-D-64

Codes Rousseau
04-D-09

Cofigès
04-D-63

Colas Île-de-France Normandie
04-D-15

Colas Midi Méditerranée
04-D-57

Com'line
04-D-64

Comité interprofessionnel des vins doux naturels (CIVDN)
04-D-35

Communauté d'agglomération de Laval (CAL)
04-D-39

Communauté urbaine de Bordeaux (CUB)
04-A-19

Compagnie française du méthane (CFM)
04-A-05

Concurrence (société)
04-D-33 ; 04-D-67

Condor Ferries
04-D-74

Conseil de l'ordre des architectes d'Aquitaine
04-D-25

Conseil de la concurrence
04-D-10 ; 04-D-19 ; 04-D-24 ; 04-D-31 ; 04-D-49 ; 04-D-53 ; 04-D-65 ; 04-D-67

Convergence
04-D-69

Corsicar
04-D-30

Covisint
04-D-29

D

Décathlon
04-D-12

Decaux (Groupe)
04-D-32

Destination Paris
04-D-59

Digitechnic
04-D-76

Direction départementale de l'équipement de Dordogne
04-D-52

Direction départementale de l'équipement du Lot
04-D-58

Directions départementales de l'équipement (DDE)
04-D-53

Doody
04-D-36

DPD France
04-D-36

E

Ecolab
04-D-28

EDA
04-D-63

EDF
04-D-19

EDF-GDF Services
04-D-01

Électricité moderne SA
04-D-03

Electro Entreprise Charentaise (EEC)
04-D-04

Elf
04-D-63

Elvea-La Vie de l'Auto
04-D-41

Émeraude Lines
04-D-74

En tout cas France
04-D-15

En tout cas Mediasport
04-D-15

Entreprise industrielle
04-D-03 ; 04-D-04 ; 04-D-16

Equip'sols
04-D-20

Ernée Viandes
04-D-39

Erve Finance
04-D-39

Est Imprimerie
04-D-78

Établissement français du sang (EFS)
04-D-26

ETDE
04-D-16

ETNA France
04-D-48

EURL Marc Labarbe
04-D-56

EUROPQN
04-D-40

Eurosyntec
04-D-15

Eurovia
04-D-15

Expedia Inc.
04-D-51

Export Presse
04-D-45

F

Famille éducatrice
04-D-14

Fédération de l'hospitalisation privée (FHP)
04-A-02

Fédération départementale de la boulangerie et boulangerie pâtisserie de la Marne
04-D-07

Fédération des experts-comptables de France
04-A-13

Fédération française des taxis de province
04-A-04

Fédération interprofessionnelle de la communication d'entreprise (Ficome)
04-A-21

Fédération nationale des artisans de taxis
04-A-04

Fédération nationale des taxis indépendants
04-A-04

Fermiers de l'Erve (les)
04-D-39

Filmdis
04-D-44

Filotex
04-D-75

France Télécom
04-D-18 ; 04-D-22 ; 04-D-48 ; 04-MC-01 ; 04-MC-02 ; 04-A-01 ; 04-A-21

France Télécom Câble
04-D-24

France Télécom Mobiles
04-D-67

Free
04-MC-01

G

G3S
04-D-60

Garczynski et Traploir (GT)
04-D-16

Gardinia (nouvellement Newell Fashions Germany)
04-D-11

Gaz du Sud-Ouest (GSO)
04-A-05

GDF
04-A-05

Geemarc SA
04-D-72

Geemarc Télécom
04-D-72

Germain Environnement
04-D-02

Gestion Services
04-D-30

GL e-commerce
04-D-51

Glaxosmithkline (GSK)
04-D-05 ; 04-D-06 ; 04-D-77

GL-Expedia
04-D-51

Global Distribution System (GSD)
04-D-59

Go Sport
04-D-12

Grolier Interactive Europe/Online Groupe
04-D-73

Groupe France Télécom
04-D-73

Groupe La Dépêche du Midi
04-D-56

Groupe Société
04-D-13

Groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne (GIPCA)
04-D-26

Groupement national des cinémas de recherche (GNCAR)
04-D-10

Guidicelli Balagne Transport Auto (GBTA)
04-D-30

Guidicelli Transports
04-D-30

H

Hachette Livre
04-D-23

Henkel-Ecolab
04-D-28

Hiriart
04-D-08

I

Iliad
04-MC-01

Imagin
04-D-78

Imprimerie du Fort Moselle
04-D-78

Imprimerie Kœhl
04-D-78

Imprimerie Marchal
04-D-78

Imprimerie Michel
04-D-78

Institut français des experts-comptables (IFEC)
04-A-13

J

Janssen-Cilag
04-D-05

Jean Lefebvre (Entreprise)
04-D-15

L

La Poste
04-D-61 ; 04-D-65

Laboratoire des Ponts et Chaussées de Clermont-Ferrand
04-D-52

Lacombe Réseaux
04-D-04

Laquet
04-D-15

Lastminute. com
04-D-51

LDCom
04-MC-01

Légende Assurances
04-D-41

Lilly France
04-D-05

M

Mahé
04-D-16

Mainguy
04-D-16

Marbrerie Gilbert Doussin
04-D-70

Matière
04-D-58

Mayenne Viande
04-D-39

Merck Sharp & Dohme BV (MSD B.V.)
04-D-05

Merck Sharp & Dohme-Chibret (MSD Chibret)
04-D-05

Merlin Édition
04-D-55

Messageries lyonnaises de presse (MLP)
04-D-34

Métropole Télévision
04-D-27 ; 04-MC-01

Microsoft
04-D-76

Ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie
04-D-03 ; 04-D-06 ; 04-D-07 ; 04-D-08 ; 04-D-09 ; 04-D-12 ; 04-D-15 ; 04-D-16 ; 04-D-20 ; 04-D-21 ; 04-D-25 ; 04-D-28 ; 04-D-42 ; 04-D-43 ; 04-D-47 ; 04-D-50 ; 04-D-55 ; 04-D-57 ; 04-D-58 ; 04-D-62 ; 04-D-63 ; 04-D-64 ; 04-D-66 ; 04-D-68 ; 04-D-74 ; 04-D-75 ; 04-D-78 ; 04-A-03 ; 04-A-05 ; 04-A-09

MK2
04-D-10

Musy
04-D-15

N

Necta Vending Solution SpA
04-D-63

Neuf Télécom
04-D-18 ; 04-MC-01

Newell Window Fashions Germany (Gmbh)
04-D-11

Nexans
04-D-75

Norgine Pharma
04-D-05

Nouvelles Messageries de presse parisienne (NMPP)
04-D-34 ; 04-D-45

O

OCP Distribution
04-D-06

Office national des forêts (ONF)
04-D-02

OGF
04-D-37

Olympia (l')
04-D-66

Omnium de gestion et de financement (OGF)
04-D-70

Opinion indépendante (l')
04-D-56

Orange
04-A-17

Orange Caraïbe SA
04-MC-02

P

Palais des Congrès
04-D-66

Palais des sports
04-D-66

Palais Omnisports de Paris-Bercy (POPB)
04-D-66

Panini France
04-D-55

Peugeot Citroën Automobiles SA
04-D-29

Pfizer
04-D-05

PGCC Technologie
04-D-68

Philips Électronique Grand public SAS
04-D-72

Phœnix Pharma
04-D-05

Pierre grise
04-D-14

Planète Câble
04-D-24

Pompes funèbres générales (PFG)
04-D-37 ; 04-D-70

Pompes funèbres privées Marbrerie Lamotte et Fils
04-D-37

Prisma Presse
04-D-23

Privileg
04-D-39

Productiv (Société)
04-D-77

Prosign
04-D-20

R

Régie départementale des passages d'eau de la Vendée
04-D-79

Reims Bio
04-D-26

Réseaux publics et services (RPS)
04-D-01

Rétro-Viseur
04-D-41

Rivet
04-D-04

Robin
04-D-04

S

SAR
04-D-20

SADE Compagnie générale de travaux hydrauliques
04-D-08

Safaa
04-D-63

SAMVA
04-D-41

Sanofi-Synthelabo
04-D-05

Saunier Duval Électricité (SDEL)
04-D-16

SCORES
04-D-15

SCP Gérard Fouré-Labrot et Nicolas Bignon
04-D-56

SCP Hervé Chassaing-Jacques Rivet et Rémi Fournié
04-D-56

SCP Paul Arnauné et Éric Prim
04-D-56

SCREG Sud-Est
04-D-57

Seco
04-D-16

SEE Bayol
04-D-08

Sematec
04-D-11

Servier
04-D-05

SETARS
04-D-15

SETRA
04-D-68

SFR
04-D-48 ; 04-D-67 ; 04-A-17

Shell
04-D-63

Signal
04-D-48

SNATP
04-D-08

SNC Studio du Dragon
04-D-10

SNCF
04-D-51

SO. MA. RO
04-D-20

SOBATP
04-D-08

SOBECA
04-D-01 ; 04-D-04

Société anonyme d'économie mixte des pompes funèbres intercommunales de la région grenobloise
04-D-21

Société Bodin
04-D-42

Société civile des auteurs réalisateurs producteurs
04-D-10

Société d'agence et de diffusion (SAD) de Strasbourg
04-D-38

Société d'aménagement d'espace et d'environnement (SAEE)
04-D-15

Société d'études et de souscription automobile (SESA)
04-D-41

Société Danoy
04-D-57

Société de gratuits d'information (SGI)
04-A-19

Société de travaux publics des Hautes-Vosges (STPHV)
04-D-50

Société des caves et des producteurs réunis de Roquefort (Groupe Société)
04-D-13

Société Jacques Coupet
04-D-57

Société Jean Lefebvre
04-D-57

Société Lanfry
04-D-42

Société Lefèvre
04-D-42

Société Malet
04-D-57

Société Moullec
04-D-42

Société Pavy
04-D-42

Société R. Marin
04-D-46

Société technique d'abattage de Laval (STAL)
04-D-39

Société travaux publics entreprises électriques (STPEE)
04-D-01

Socodivin
04-D-35

SOCOTEC
04-D-75

Soficar
04-D-63

Softeam SA
04-D-68

SOGEA Sud-Ouest
04-D-08

Sogec Gestion
04-D-62

Soltechnic
04-D-20

Spie Trindel
04-D-04

Sport Évasion
04-D-12

Sportingsols
04-D-15

Sports loisirs équipements (SLE)
04-D-15

Stade de France
04-D-66

Sturno
04-D-16

Suburbaine de canalisation et de grands travaux
04-D-01

Sügro
04-D-63

Syndicat des cinémas d'art de répertoire et d'essai
04-D-10

Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de télécommunications (SIPPEREC)
04-A-23

Syndicat national de l'équipement de bureau et de l'informatique (SEBI)
04-A-14

Syndicat national des vétérinaires d'exercice libéral (SNVEL)
04-D-49

T

Tarket SAS
04-D-15

Tarkett Sommer
04-D-15

Tecnodim
04-D-78

Ténor
04-D-48

Ténor Conseil
04-D-29

Terrassements et canalisations (TERCA)
04-D-01

TF1
04-D-27 ; 04-MC-01

T-Online
04-D-73

Total
04-D-63

Transports automobiles de la Côte-d'Azur et de la Vallée du Loup
04-D-43

Transports grassois et méditerranéen
04-D-43

Travaux publics seine-et-marnais (TPSM)
04-D-01

TSL Sport Équipement
04-D-12

U

UFC-Que Choisir
04-A-18

UGC Ciné-Cité
04-D-10

Union électrique industrielle et rurale (UEIR)
04-D-04

Union nationale des coopératives agricoles d'élevage et d'insémination artificielle (UNCEIA)
04-D-49

Union professionnelle de la carte postale (UPCP)
04-D-61

Union syndicale de la production audiovisuelle (USPA)
04-D-27

Upper Deck
04-D-55

V

Vedettes inter-îles vendéennes
04-D-79

Viamark
04-D-20

Vinci
04-D-15

Vingt Minutes France
04-D-40

VirginMega
04-D-54

Voyages-SNCF. com
04-D-51

W

Wanadoo
04-D-17

Weigel Sport
04-D-12

Z

Zanussi Vending
04-D-63

Recours devant la cour d'appel de Paris

Recours devant la cour d'appel de Paris

Décisions 2004 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris (mise à jour le 3 mai 2005)

	Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
04-D-02 du 10 février 2004	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Germain Environnement à l'encontre de l'Office national des forêts	27/07/2004 Rejet
04-D-04 du 20 février 2004	relative au secteur des travaux d'électrification rurale réalisés dans le département de la Charente-Maritime	21/09/2004 Rejet
04-D-07 du 11 mars 2004	relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne	26/10/2004 Réformation partielle (fond confirmé / annulation de l'injonction de publication)
04-D-08 du 30 mars 2004	relative au marché de travaux d'assainissement de la commune de Pontacq	09/11/2004 Réformation partielle
04-D-12 du 7 avril 2004	relative à une saisine de la société Go Sport concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution d'articles de sport et de loisirs	29/06/2004 Désistement
04-D-13 du 8 avril 2004	relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des caves et des producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée	09/11/2004 Rejet
04-D-18 du 13 mai 2004	concernant l'exécution de la décision n° 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau	11/01/2005 Réformation partielle (fond confirmé / doublement de la sanction pécuniaire)
04-D-26 du 30 juin 2004	relative à la saisine de la SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne	25/01/2005 Rejet
04-D-32 du 8 juillet 2004	relative à la saisine de la société More group France contre les pratiques du groupe Decaux	22/02/2005 Rejet
04-D-37 du 27 juillet 2004	relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres dans le Val-de-Marne	Affaire pendante
04-D-39 du 3 août 2004	relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie	22/02/2005 Réformation partielle (fond confirmé / modification de l'injonction de publication)

04-D-40 du 3 août 2004	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 20 Minutes France	21/09/2004 Rejet
04-D-44 du 15 septembre 2004	relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films	29/03/2005 Réformation
04-D-45 du 16 septembre 2004	relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Export Press à l'encontre du groupe des Nouvelles Messageries de Presse Parisienne	12/04/2005 Rejet
04-D-48 du 14 octobre 2004	relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom	12/04/2005 Annulation
04-D-60 du 29 novembre 2004	relative à la saisine de la société G3S à l'encontre de pratique mises en œuvre sur le marché de la reprographie médicale par la société AGFA-GEVAERT	Affaire pendante
04-D-73 du 21 décembre 2004	relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la fourniture d'accès à internet	Affaire pendante
04-D-76 du 22 décembre 2004	relative à une saisine de la société Digitechnic	Affaire pendante
04-D-78 du 22 décembre 2004	relative à des pratiques mises en œuvre dans le département de la Moselle par six entreprises d'imprimerie à l'occasion de l'impression des bulletins de vote pour les élections présidentielles des 21 avril et 5 mai 2002	Affaire pendante
04-D-79 du 23 décembre 2004	relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV)	Affaire pendante
Décisions (sur des demandes de mesures conservatoires)		**Arrêts cour d'appel**
04-MC-01 du 15 avril 2004	relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés Free, Iliad, LDCom et 9 Télécom	29/06/2004 Réformation
04-MC-02 du 9 décembre 2004	relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom	28/01/2005 Réformation partielle (analyse confirmée / modification du délai d'exécution de certaines injonctions)

Décisions 2003 ayant fait l'objet d'un 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 partielle
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	04/05/2004 Rejet
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	06/04/2004 Rejet
03-D-45 du 25 septembre 2003	relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des calculatrices à usage scolaire	21/09/2004 Rejet
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	22/06/2004 Rejet
03-D-60 du 17 décembre 2003	relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de l'horlogerie de luxe	29/06/2004 Rejet
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	29/06/2004 Rejet
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	21/09/2004 Rejet
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	29/06/2004 Rejet

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 présentées par la société Cegetel	29/04/03 Réformation partielle (analyse confirmée / modification des modalités de l'injonction)
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

Décisions 2002 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris

	Décisions (au fond)	Arrêts cour d'appel
02-D-03 du 29 janvier 2002	relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la Sarl Technic Publicité	24/09/2002 Réformation (renvoi devant le Conseil)
02-D-09 du 20 février 2002	relative à une saisine du Syndicat français de l'express international (SFEI) et autres	11/03/2003 Irrecevabilité
02-D-14 du 28 février 2002	relative à la situation de la concurrence dans le secteur d'activité des géomètres-experts et des géomètres-topographes	24/06/2003 Réformation partielle
02-D-16 du 5 mars 2002	relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport aérien de passagers par hélicoptères sur l'hélistation de Cannes Palm Beach	19/11/2002 Rejet
02-D-17 du 12 mars 2002	relative à des pratiques relevées lors de la passation de marchés concernant la rénovation du centre hospitalier de Narbonne	16/10/2002 Rejet
02-D-33 du 10 juin 2002	relative à des pratiques dans le secteur du traitement des coupons de réduction	04/02/2003 Rejet
02-D-35 du 13 juin 2002	relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Spinevision	04/02/2003 Rejet
02-D-36 du 14 juin	relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des lunettes d'optique sur le marché de l'agglomération lyonnaise	18/03/2003 Réformation
02-D-37 du 14 juin 2002	relative à des pratiques concernant le secteur des tuyauteries de gaz	04/02/2003 Rejet
02-D-40 du 14 juin 2002	relative à une saisine et à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Olitec	14/01/2003 Désistement
02-D-42 du 28 juin 2002	relative à des pratiques relevées dans le secteur de la distribution des appareils électroménagers et d'électronique grand public	04/07/2003 Annulation partielle
02-D-43 du 2 juillet 2002	relative à des pratiques relevées lors de marchés de travaux sur réseaux de distribution d'eau passés par le Syndicat intercommunal d'alimentation en eau de la région de Dunkerque (SLAERD)	18/02/2003 Annulation
02-D-44 du 14 juin 2002	relative à la situation de la concurrence dans les secteurs de l'eau potable et de l'assainissement, notamment en ce qui concerne la mise en commun des moyens pour répondre à des appels à concurrence	18/02/2003 Rejet
02-D-47 du 25 juillet 2002	relative à une saisine de la société Vérimédia	29/04/2003 Irrecevabilité
02-D-57 du 19 septembre 2002	relative aux pratiques dans le secteur des roulements à billes et assimilés	17/06/2003 Réformation
02-D-59 du 25 septembre 2002	relative aux pratiques mises en œuvre dans le secteur des transports routiers de voyageurs dans le département de l'Ain	02/07/2003 Rejet

02-D-60 du 27 septembre 2002	relative à des pratiques mises en œuvre par la Chambre syndicale des entreprises de déménagement et l'Association française de déménageurs internationaux	27/05/2003 Réformation
02-D-61 du 27 septembre 2002	relative à une saisine de la Société moderne d'assainissement et de nettoiement (SMA) dirigée contre des pratiques relevées lors de l'attribution du marché d'exploitation de la décharge de Bagnols-en-Forêt	24/06/2003 Irrecevabilité
02-D-62 du 27 septembre 2002	relative aux pratiques relevées dans le secteur du déménagement des personnels de la marine nationale en Bretagne	17/06/2003 Réformation partielle 09/09/2003 Arrêt rectificatif
02-D-68 du 14 novembre 2002	relative à des pratiques mises en œuvre sur le secteur des tuyaux de gaz flexibles	01/07/2003 Désistement
02-D-76 du 19 décembre 2002	relative à une saisine de la société CGU Courtage concernant un marché public de l'OPAC de Villeurbanne	02/07/2003 Rejet
Décisions (sur des demandes de mesures conservatoires)		**Arrêts cour d'appel**
02-MC-01 du 24 janvier 2002	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Canal Europe Audiovisuel	14/03/2002 Rejet
02-MC-03 du 27 février 2002	relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentée par la société T-Online France	09/04/2002 Rejet
02-MC-04 du 11 avril 2002	relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Antalis	21/05/2002 Réformation partielle (analyse confirmée / modification de la formulation de l'injonction)
02-MC-06 du 30 avril 2002	relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par la société RMC Info	04/06/2002 Rejet
02-MC-07 du 15 mai 2002	relative à une saisine présentée par la société Pharma-Lab	26/06/2002 Rejet
02-MC-09 du 12 juin 2002	relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par la société Pharmajet	16/07/2002 Désistement + Rejet

Décisions 2001 ayant fait l'objet d'un recours devant la cour d'appel de Paris

Décisions (au fond)		Arrêts cour d'appel
01-D-02 du 6 mars 2001	relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des enrobés bitumineux de la communauté urbaine de Bordeaux	13/11/2001 Annulation
01-D-03 du 14 mars 2001	relative à une saisine de monsieur et madame Mahé	26/06/2001 Irrecevabilité
01-D-07 du 11 avril 2001	relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la répartition pharmaceutique	22/01/2002 Rejet
01-D-12 du 12 avril 2001	relative à une saisine de la société Chépar	26/02/2002 Rejet
01-D-13 du 19 avril 2001	relative à la situation de la concurrence dans le secteur du transport public de voyageurs dans le département du Pas de Calais	18/12/2001 Irrecevabilité Rejet
01-D-14 du 4 mai 2001	relative à des pratiques relevées lors de marchés de fabrication et de mise en œuvre d'enrobés bitumeux sur les routes départementales de l'Isère	29/01/2002 Réformation partielle
01-D-16 du 24 avril 2001	relative à des pratiques relevées à l'occasion de la construction du tramay de Grenoble	29/01/2002 Rejet
01-D-17 du 25 avril 2001	relative à des pratiques anticoncurentielles dans les marchés d'électricification de la région du Havre	20/11/2001 Réformation partielle
01-D-31 du 5 juin 2001	relative à des pratiques relevées lors de la passation des marchés d'électrification rurale et d'éclairage public de Vendée	12/02/2002 Annulation
01-D-36 du 28 juin 2001	relative à des pratiques relevées dans le secteur du béton prêt à l'emploi et des produits en béton en Côte-d'Or	09/04/2002 Réformation
01-D-45 du 19 juillet 2001	relative à une saisine présentée par la société Casino France	05/02/2002 Désistement
01-D-49 du 31 août 2001	relative à une saisine et demande de mesures conservatoires présentées par la société Concurrence concernant la société Sony	09/04/2002 Rejet
01-D-58 du 24 septembre 2001	relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe Benetton sur le marché de la distribution du vêtement du prêt-à-porter et de la maille	07/05/2002 Rejet
01-D-59 du 25 septembre 2001	relative à des pratiques relevées lors de marchés de travaux routiers dans le département du Gard	12/03/2002 Désistement
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 affectés dans le département de la Guyane	09/04/2002 Annulation
01-D-66 du 10 octobre 2001	relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom à l'occasion d'une offre sur mesure conclue en 1998	30/04/2002 Rejet
01-D-67 du 19 octobre 2001	relative à des pratiques relevées à l'occasion de la passation de marchés publics de travaux routiers dans le département des Bouches-du-Rhône	30/04/2002 Rejet
01-D-81 du 19 décembre 2001	relative à une saisine du syndicat CFDT Radio Télé	04/06/2002 Rejet
Décisions (sur des demandes de mesures conservatoires)		**Arrêts cour d'appel**
01-MC-06 du 19 décembre 2001	relative à une saisine et demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés Télé 2 et Cegetel	26/03/2002 Désistement

Liste des décisions et avis

Liste des décisions et avis

Décisions

Décision nº 04-D-01 du 6 février 2004 relative à des pratiques concernant un marché de travaux souterrains gaz et électricité organisés par EDF-GDF en Seine-et-Marne

Décision nº 04-D-02 du 10 février 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Germain Environnement à l'encontre de l'Office national des forêts

Décision n° 04-D-03 du 18 février 2004 relative à des pratiques relevées lors d'un appel d'offres lancé par la direction régionale des douanes à Marseille pour la mise en conformité électrique de la cité de la Joliette

Décision nº 04-D-04 du 20 février 2004 relative au secteur des travaux d'électrification rurale réalisés dans le département de la Charente-Maritime

Décision nº 04-D-05 du 24 février 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Phœnix Pharma à l'encontre de pratiques mises en œuvre par des laboratoires pharmaceutiques

Décision nº 04-D-06 du 24 février 2004 relative à une saisine du ministre de l'Économie, des Finances et de l'Industrie, à l'encontre de pratiques mises en œuvre par la société Laboratoire Glaxosmithkline

Décision nº 04-D-07 du 11 mars 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur de la boulangerie dans le département de la Marne

Décision nº 04-D-08 du 30 mars 2004 relative au marché de travaux d'assainissement de la commune de Pontacq

Décision nº 04-D-09 du 31 mars 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Codes Rousseau dans le secteur des supports pédagogiques pour auto-écoles

Décision nº 04-D-10 du 1er avril 2004 relative à des pratiques de la société UGC Ciné-Cité mises en œuvre dans le secteur de l'exploitation des salles de cinéma

Décision nº 04-D-11 du 6 avril 2004 relative à une saisine de la société SEMATEC contre les pratiques de la société Newell Window Fashions Germany (Gmbh)

Décision nº 04-D-12 du 7 avril 2004 relative à une saisine de la société Go Sport concernant des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution d'articles de sport et de loisirs

Décision nº 04-D-13 du 8 avril 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la Société des caves et des producteurs réunis de Roquefort dans le secteur des fromages à pâte persillée

Décision nº 04-D-14 du 20 avril 2004 relative à la saisine de M. et Mme X..., concernant un refus d'insertion d'annonces publicitaires

Décision nº 04-D-15-du 28 avril 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur des revêtements synthétiques pour sols sportifs

Décision nº 04-D-16 du 3 mai 2004 relative à des pratiques relevées sur les marchés d'électrification rurale et d'éclairage public dans le département du Morbihan

Décision nº 04-D-17 du 11 mai 2004 relative à la saisine et à la demande de mesures conservatoires présentées par les sociétés AOL France SNC et AOL Europe SA

Décision nº 04-D-18 du 13 mai 2004 concernant l'exécution de la décision nº 00-MC-01 du 18 février 2000 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 9 Télécom Réseau

Décision nº 04-D-19 du 19 mai 2004 relative à des pratiques imputées à Électricité de France (EDF)

Décision nº 04-D-20 du 14 juin 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur des marchés publics de signalisation routière horizontale en régions Aquitaine et Midi-Pyrénées

Décision nº 04-D-21 du 17 juin 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres de la région grenobloise

Décision nº 04-D-22 du 21 juin 2004 relative à la saisine de l'Association française des opérateurs privés en télécommunications (AFOPT) et de l'Association des opérateurs de services de télécommunications (AOST) portant sur la commercialisation par France Télécom du tarif promotionnel « *Primaliste longue distance* »

Décision nº 04-D-23 du 23 juin 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Hachette Livre sur le marché des guides pratiques à vocation touristique

Décision nº 04-D-24 du 23 juin 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société France Télécom Câble à l'encontre des chaînes Planète Câble et Canal J

Décision nº 04-D-25 du 23 juin 2004 relative aux pratiques mise en œuvre dans le domaine des honoraires d'architecte dans les marchés de maîtrise d'œuvre en Aquitaine

Décision nº 04-D-26 du 30 juin 2004 relative à la saisine de la SARL Reims Bio à l'encontre de pratiques mises en œuvre par le groupement d'intérêt public Champagne-Ardenne

Décision nº 04-D-27 du 1er juillet 2004 relative aux pratiques de certaines chaînes de télévision à l'égard des producteurs d'œuvres audiovisuelles

Décision nº 04-D-28 du 2 juillet 2004 relative aux pratiques mises en œuvre par la société Henkel-Ecolab dans le secteur des lessives industrielles

Décision n° 04-D-29 du 6 juillet 2004 relative aux pratiques mises en œuvre par les sociétés Peugeot Citroën Automobiles SA et Covisint sur le marché des applications Web-EDI mises en place dans le secteur automobile

Décision n° 04-D-30 du 7 juillet 2004 relative à des marchés publics de transport scolaire en Haute-Corse

Décision n° 04-D-31 du 8 juillet 2004 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la fourniture de bières aux cafés, hôtels et restaurants

Décision n° 04-D-32 du 8 juillet 2004 relative à la saisine de la société More group France contre les pratiques du groupe Decaux

Décision n° 04-D-33 du 19 juillet 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur les marchés de certains produits d'électronique grand public en 1998 et 1999 : téléviseurs, magnétoscopes, caméscopes, Hi-Fi, audio, appareils numériques et DVD

Décision n° 04-D-34 du 22 juillet 2004 relative à l'exécution de l'article 1er 1er tiret de la décision n° 03-MC-04 du 22 décembre 2003

Décision n° 04-D-35 du 23 juillet 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des vins doux naturels d'appellation d'origine contrôlée Rivesaltes

Décision n° 04-D-36 du 23 juillet 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur du transport des petits colis

Décision n° 04-D-37 du 27 juillet 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des pompes funèbres dans le Val-de-Marne

Décision n° 04-D-38 du 27 juillet 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché de la distribution de la presse dans la région de Strasbourg

Décision n° 04-D-39 du 3 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans les secteurs de l'abattage et de la commercialisation d'animaux de boucherie

Décision n° 04-D-40 du 3 août 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société 20 Minutes France

Décision n° 04-D-41 du 4 août 2004 relative à une saisine de la Société d'études et de souscription d'assurances (SESA) concernant le marché de l'assurance des véhicules de collection

Décision n° 04-D-42 du 4 août 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le cadre du marché de la restauration de la flèche de la cathédrale de Tréguier

Décision n° 04-D-43 du 8 septembre 2004 relative à l'attribution de marchés publics organisés par la commune de Grasse dans le secteur des transports scolaires et périscolaires

Décision n° 04-D-44 du 15 septembre 2004 relative à une saisine présentée par le Ciné-Théâtre du Lamentin dans le secteur de la distribution et de l'exploitation de films

Décision n° 04-D-45 du 16 septembre 2004 relative à la demande de mesures conservatoires présentée par la société Export Press à l'encontre du groupe des Nouvelles Messageries de presse parisienne

Décision nº 04-D-46 du 30 septembre 2004 relative à une saisine de l'entreprise Arnaud Marin concernant des pratiques mises en œuvre par la société R. Marin

Décision nº 04-D-47 du 12 octobre 2004 concernant l'exécution de la décision nº 03-D-12 du 3 mars 2003 Décision nº 04-D-48 du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom

Décision nº 04-D-48 du 14 octobre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par France Télécom, SFR Cegetel et Bouygues Télécom

Décision nº 04-D-49 du 28 octobre 2004 relative à des pratiques anticoncurrentielles dans le secteur de l'insémination artificielle bovine

Décision nº 04-D-50 du 3 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre lors d'appels d'offres organisés par le Syndicat intercommunal d'assainissement de la Vallée-des-Lacs (88)

Décision nº 04-D-51 du 4 novembre 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentée par la société Lastminute. com

Décision nº 04-D-52 du 9 novembre 2004 relative à une saisine du cabinet d'ingénierie Dupouy concernant des pratiques mises en œuvre par le laboratoire des ponts et chaussées de Clermont-Ferrand, rattaché au Centre d'études techniques de Lyon et par la direction départementale de l'équipement de Dordogne

Décision nº 04-D-53 du 9 novembre 2004 concernant des pratiques mises en œuvre par les Centres d'études techniques de l'équipement, les directions départementales de l'équipement et les directions départementales de l'agriculture et de la forêt dans le secteur des services d'ingénierie

Décision nº 04-D-54 du 9 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Apple Computer, Inc. dans les secteurs du téléchargement de musique sur internet et des baladeurs numériques

Décision nº 04-D-55 du 10 novembre 2004 relative à des pratiques relevées dans le secteur des images de collection pour enfants

Décision nº 04-D-56 du 15 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par le groupe La Dépêche du Midi et des commissaires-priseurs de Toulouse

Décision nº 04-D-57 du 16 novembre 2004 relative aux marchés publics de travaux de revêtement de chaussées dans le département des Pyrénées Orientales

Décision nº 04-D-58 du 24 novembre 2004 relative à un marché de construction d'un pont à Cajarc (Lot)

Décision nº 04-D-59 du 25 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des centrales hôtelières de réservation électronique

Décision nº 04-D-60 du 25 novembre 2004 relative à la saisine de la société G3S à l'encontre de pratiques mises en œuvre sur le marché de la reprographie médicale par la société AGFA-GEVAERT

Décision nº 04-D-61 du 25 novembre 2004 relative à une saisine de l'Union professionnelle de la carte postale à l'encontre de La Poste pour la commercialisation de produits de carterie

Décision nº 04-D-62 du 30 novembre 2004 relative au respect de l'injonction prononcée à l'encontre de la société SOGEC Gestion par le Conseil de la concurrence dans sa décision nº 02-D-33 en date du 10 juin 2002

Décision nº 04-D-63 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des activités annexes des stations-service

Décision nº 04-D-64 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution d'appareils électrodomestiques

Décision nº 04-D-65 du 30 novembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par La Poste dans le cadre de son contrat commercial

Décision nº 04-D-66 du 1er décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par des salles et stades parisiens sur le secteur de la billetterie

Décision nº 04-D-67 du 1er décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur de la distribution des téléphones mobiles et des abonnements de téléphonie mobile

Décision nº 04-D-68 du 14 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre à l'occasion des marchés de réalisation du logiciel Arcad en 1996 et 1997

Décision nº 04-D-69 du 14 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Convergence concernant le recouvrement de créances

Décision nº 04-D-70 du 16 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le secteur des pompes funèbres de la région de Saint-Germain-en-Laye

Décision nº 04-D-71 du 17 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par le Centre Scientifique et Technique du Bâtiment (CSTB)

Décision nº 04-D-72 du 21 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la société Philips Electronique Grand Public dans le secteur de la téléphonie résidentielle

Décision nº 04-D-73 du 21 décembre 2004 relative à la situation de la concurrence dans le secteur de la fourniture d'accès à internet

Décision nº 04-D-74 du 21 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des liaisons maritimes entre la France et les îles anglo-normandes

Décision nº 04-D-75 du 22 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre sur le marché des câbles informatiques pour réseaux locaux

Décision nº 04-D-76 du 22 décembre 2004 relative à une saisine de la société Digitechnic

Décision nº 04-D-77 du 22 décembre 2004 relative à une saisine de la société Productiv à l'encontre du laboratoire GlaxoSmithKline

Décision nº 04-D-78 du 22 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre dans le département de la Moselle par six entreprises d'imprimerie à

l'occasion de l'impression des bulletins de vote pour les élections présidentielles des 21 avril et 5 mai 2002

Décision nº 04-D-79 du 23 décembre 2004 relative à des pratiques mises en œuvre par la Régie départementale des passages d'eau de la Vendée (RDPEV)

■ Mesures conservatoires

Décision nº 04-MC-01 du 15 avril 2004 relative aux demandes de mesures conservatoires présentées par les sociétés FREE, ILIAD, LDCOM et 9TELECOM

Décision nº 04-MC-02 du 9 décembre 2004 relative à une demande de mesures conservatoires présentées par la société Bouygues Télécom Caraïbe à l'encontre de pratiques mises en œuvre par les sociétés Orange Caraïbe et France Télécom

■ Avis

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

Avis nº 04-A-01 du 8 janvier 2004 relatif à une demande d'avis de l'Association française des réseaux et services de télécommunications (AFORS) sur les principes généraux des relations contractuelles entre les utilisateurs et les différents acteurs du dégroupage

Avis nº 04-A-02 du 16 janvier 2004 relatif à une saisine de la Fédération de l'hospitalisation privée

Avis nº 04-A-03 du 28 janvier 2004 relatif à un projet de décret concernant des catégories de médicaments à prescription restreinte et la vente de médicaments au public par certains établissements de santé et modifiant le Code de la santé public et le Code de la sécurité sociale

Avis 04-A-04 du 29 janvier 2004 relatif à une demande de la Fédération nationale des taxis indépendants concernant la réglementation de l'activité des taxis

Avis nº 04-A-05 du 30 janvier 2004 relatif au projet de décret fixant les tarifs d'accès aux réseaux de transport du gaz et aux terminaux méthaniers

Avis nº 04-A-06 du 16 avril 2004 relatif aux conditions d'attribution par les sociétés d'autoroutes des autorisations d'installations commerciales sur les aires autoroutières

Avis nº 04-A-07 du 18 mai 2004 relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Sogebra-Heineken dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR

Avis n° 04-A-08 du 18 mai 2004 relatif à plusieurs acquisitions d'entrepôts réalisées par le groupe Scottish & Newcastle-Kronenbourg dans le secteur de la distribution de bières dans le circuit CHR

Avis n° 04-A-09 du 28 mai 2004 relatif à un projet de décret sur la commercialisation par les ligues professionnelles des droits d'exploitation audiovisuelle des compétitions ou manifestations sportives

Avis n° 04-A-10 du 15 juin 2004 portant sur un projet de décret relatif à l'importation des médicaments vétérinaires et modifiant le Code de la santé publique

Avis n° 04-A-11 du 22 juin 2004 relatif au projet de décret relatif aux tarifs de cession de l'électricité aux distributeurs non nationalisés

Avis n° 04-A-12 du 30 juin 2004 relatif à un projet de décret modifiant les missions exercées par l'Institut géographique national (IGN)

Avis n° 04-A-13 du 12 juillet 2004 relatif à la mise en place du Service Emploi-Entreprise

Avis n° 04-A-14 du 23 juillet 2004 relatif à une saisine du Syndicat national de l'équipement de bureau et de l'informatique (SEBI)

Avis n° 04-A-15 du 28 juillet 2004 relatif à la convention-type « *Département innovant* » de France Télécom

Avis n° 04-A-16 du 28 juillet 2004 relatif à l'acquisition d'une partie des actifs du groupe Moulinex par le groupe SEB

Avis n° 04-A-17 du 14 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Autorité de régulation des télécommunications en application de l'article L. 37-1 du Code des postes et communications électroniques

Avis n° 04-A-18 du 18 octobre 2004 relatif à une demande d'avis présentée par l'Union fédérale des consommateurs (UFC-Que Choisir) relative aux conditions de la concurrence dans le secteur de la grande distribution non spécialisée

Avis n° 04-A-19 du 21 octobre 2004 relatif à l'occupation du domaine public pour la distribution de journaux gratuits

Avis n° 04-A-20 du 22 octobre 2004 relatif à l'acquisition par la société Arc International des sociétés Groupe Vachaud Distribution, Financière Saint Laurent, Piffaut et Callens-Lesage

Avis n° 04-A-21 du 28 octobre 2004 relatif à une demande d'avis de la Fédération interprofessionnelle de la communication d'entreprise (FICOME) ayant trait aux conditions d'exercice par France Télécom, des activités d'opérateur d'accès d'une part, et d'installation-maintenance de systèmes de télécommunications d'autre part

Avis n° 04-A-22 du 9 novembre 2004 relatif au projet de décret fixant les tarifs des réseaux de distribution du gaz

Avis n° 04-A-23 du 20 décembre 2004 relatif à une demande d'avis du Syndicat intercommunal de la périphérie de Paris pour l'électricité et les réseaux de télécommunications (SIPPEREC) sur les conditions d'accès à la sous-boucle locale